

GÁBOR HAMZA (*)

ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO IN EUROPA E TRADIZIONE ROMANISTICA

1. – Con una delibera datata 26 maggio 1989 (OJ 1989 C 158/400), il Parlamento delle Comunità Europee si è appellato agli stati membri perché questi facessero degli sforzi per uniformizzare i propri diritti privati (diritto civile e commerciale)⁽¹⁾. La CE in tal senso ha istituito una commissione con lo scopo di preparare tali progetti⁽²⁾. Il 6 maggio del 1994 (OJ 1994 C 205/518) il Parlamento dell’Unione Europea a Strasburgo ha un’altra volta richiamato l’attenzione degli stati membri all’importanza di uniformizzare i propri diritti privati per rendere possibile l’edificazione del mercato interno⁽³⁾. Durante la seduta del 1999 del Consiglio dell’Unione Europea tenutasi a Tampere (Finlandia), la suddetta questione è stata ancora una volta al centro del dibattito. L’articolo 39 della dichiarazione approvata a Tampere richiama l’attenzione della Commissione alla necessità di uniformare il diritto privato degli stati membri. Il Parlamento dell’Unione Europea il 15 novembre del 2001 ha approvato un’altra decisione (OJ 2001 C 255/1) relativa all’avvicinamento (*approximation, rapprochement, Rechtsangleichung*) del diritto civile e commerciale degli

(*) Professore ordinario nell’Università degli Studi “Eötvös Loránd” di Budapest.

⁽¹⁾ Per quel che riguarda l’unificazione avvenuta nell’area del diritto privato ed i precedenti dell’unificazione nell’antichità classica cioè quella greco-romana vedi: F. MAROI: *Tendenze antiche e recenti verso l’unificazione internazionale del diritto privato*. Roma, 1933, p. 7 sqq. e p. 15. Riguardo all’importanza del trattato *Peri nomón* di Theophrastos (allievo di Aristotele) rispetto all’unificazione (“approssimazione”) del diritto (privato) delle *poleis* greche vedi: G. HAMZA, *Comparative Law and Antiquity*, Budapest, 1991, p. 11 sqq.

⁽²⁾ B. GROßFELD – K. BILDA, *Europäische Rechtsangleichung, Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationales Privatrecht und Europarecht*, 33 (1992), p. 426 sqq.

⁽³⁾ D. STAUDENMAYER, *Perspektiven des Europäischen Vertragsrechts*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (Hrsg. von R. SCHULZE – H. SCHULTE-NÖLKE) Tübingen, 2001, p. 429 sqq.

stati membri⁽⁴⁾. Dobbiamo menzionare anche la risoluzione datata 23 marzo 2006 del Parlamento dell'Unione Europea nella quale viene accennata la necessità di portare a termine una completa codificazione del diritto europeo dei contratti⁽⁵⁾.

Quasi dieci anni prima della delibera del Parlamento Europeo, nel 1980 un gruppo di esperti guidati dal professor Ole Lando (il gruppo venne denominato *Commission on European Contract Law*) con l'appoggio della CE si è preso in carica di elaborare i principi del diritto contrattuale europeo⁽⁶⁾. L'*Accademia dei Giusprivatisti Europei* nata nell'ottobre del 1990 con sede a Pavia, ha (avuto) tra i suoi membri un gran numero di giusromanisti, tra cui Peter Stein, professore a Cambridge e presidente stesso dell'Accademia, Theo Mayer-Maly, professore a Salisburgo fino alla sua scomparsa nel 2007, Fritz Sturm professore a Lausanne, Dieter Medicus professore a Monaco di Baviera, e fino alla sua morte avvenuta nel 2004, Roger Vigneron professore a Liegi. Nell'ambito dell'*Accademia dei Giusprivatisti Europei* troviamo il *Groupe d'études pour le droit européen commun* (GEDEC), il quale è in procinto di preparare il testo di un codice che contiene il diritto europeo dei contratti (*Code Européen des Contrats*)⁽⁷⁾. Come base del progetto del codice sono utilizzati il Libro Quarto (*Delle obbligazioni*) del Codice civile italiano del 1942, che sotto vari aspetti unisce le tradizioni del *Code civil* francese del 1804 e del BGB tedesco del 1900⁽⁸⁾, nonchè il

⁽⁴⁾ H.J. SONNENBERGER, *Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven, Recht der Internationalen Wirtschaft*, 48 (2002), p. 489 sqq. Vedi ancora: J. BASEDOW, *Grundlagen des europäischen Privatrechts*, Juristische Schulung, 44 (2004), p. 89 sqq.

⁽⁵⁾ Cfr. D. WALLIS, *European Contract Law, The Way Forward Political Context, Parliament's Preoccupations and Process*, in *European Research Area (ERA) Special Issue, European Contract Law* (2006), p. 8 sqq. e K.-H. LEHNE, *European Contract Law, The European Parliament's Prospective*, in *European Research Area (ERA) Special Issue, European Contract Law* (2006), p. 12 sqq. Vedi ancora: F. CAFAGGI, *Una governance per il diritto europeo dei contratti*, in *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?* (A cura di F. CAFAGGI), Padova, 2003, 183-211.

⁽⁶⁾ O. LANDO, *Principles of European Contract Law, Rebls Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56 (1992), p. 261 sqq.

⁽⁷⁾ GANDOLFI dà un riassunto sui risultati dell'Accademia di Pavia e sull'attività e funzione dei gruppi di lavoro, G. GANDOLFI, *Pour un code européen des contrats, Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 707 sqq. Vedi ancora: P.G. GAGGERO, *Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese*, Rivista di diritto civile, 43 (1997), p. 113-120

⁽⁸⁾ Vedi al riguardo, F. RANIERI, *Die "causa" des Vertrages und die Entwicklung des Europäischen Vertragsrechts, Ein Beitrag zur historischen Rechtsvergleichung*, in *Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Hrsg. von W. WIEGAND – Th. KOLLER – H.P. WALTER), Bern, 2009, p. 637-662.

Contract Code⁽⁹⁾ preparato da Harvey McGregor durante gli anni sessanta e settanta del XX secolo per l'*English Law Commission*⁽¹⁰⁾. Nella fondazione dell'*Accademia dei Giusprivatisti Europei* ha avuto un ruolo importante Giuseppe Gandolfi, professore (romanista e civilista rinomato) dell'Università di Pavia⁽¹¹⁾.

L'armonizzazione nonchè l'unificazione del diritto ha naturalmente anche i suoi oppositori. Peter Ulmer, professore di Heidelberg, non nasconde il suo scetticismo sull'unificazione del diritto degli stati membri della CE. Sembra avere la stessa opinione il grande civilista francese Jean Carbonnier (1908-2003), il quale ha avuto dei dubbi a proposito della necessità e dell'urgenza dell'armonizzazione⁽¹²⁾. È come assistere alla polemica riguardante la necessità della codificazione in Germania (*Kodifikationsstreit*) svoltasi tra Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) e Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) — anche se in condizioni storiche, sociali e giuridiche nettamente diverse da quelle degli inizi del XIX secolo.

Anche se non è ancora chiaro se l'Europa abbia bisogno oppure no di un diritto uniforme (*droit uniforme*), per quanto riguarda la legislazione di diritto privato è indiscutibile la necessità di un'armonizzazione, che naturalmente dovrà avere un'intensità diversa a seconda dei diversi rami del diritto privato (civile e commerciale). Si pone anche la questione di come portare a termine l'armonizzazione. Si pongono varie soluzioni tra cui il regolamento, la direttiva o l'armonizzazione (l'unificazione) tramite leggi (atti legislativi) delle legislazioni nazionali degli stati europei⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ H. MCGREGOR, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano – London, 1993, Vedi ancora: SIR LESLIE G. SCARMAN, *A Code of English Law? A lecture given in the University of Hull on 25 February 1966*, University of Hull, 1966.

⁽¹⁰⁾ Il materiale dei dibattiti dell'Accademia di Pavia e dei gruppi di lavoro fino ad ora è stato pubblicato in due volumi. Vedi: *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (A cura di P. STEIN), Milano, 1993, e *Atti accademici 1992-1994* (A cura di P. STEIN), Milano, 1996.

⁽¹¹⁾ L'*Avant-projet du Code Européen des Contrats* fu pubblicato nella redazione del professor Giuseppe Gandolfi. Vedi: *Code Européen des Contrats-Avant-projet* (Ed. G. GANDOLFI), Milano, 2001. Vedi ancora: G. GANDOLFI, *Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 10 (2002), p. 1-4.

⁽¹²⁾ P. ULMER, *Vom deutschen zum europäischen Privatrecht*, *Juristen Zeitung*, 47 (1992), p. 1 sqq.

⁽¹³⁾ O. REMIEN, *Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze? Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56 (1992), p. 30 e ancora: *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts*, *Juristen Zeitung*, 47 (1992), p. 277 sqq.

Gli sforzi per armonizzare i diritti degli stati europei non sono stati assolutamente contraddetti dal fatto che nel 1970 in Inghilterra e in Scozia non si è riusciti nell'intento di approvare il *Law of contracts* ⁽¹⁴⁾. Il diritto romano, che indiscutibilmente costituisce la base dell'unità giuridica europea, potrebbe ricoprire un ruolo molto importante nel corso di un processo che potrebbe durare anche decenni ⁽¹⁵⁾. Il ruolo del diritto romano può essere agevolato anche dal fatto che anche attualmente sono applicati i principi dell'autonomia privata e della libertà contrattuale ⁽¹⁶⁾. Ma allo stesso tempo è indiscutibile che l'importanza di questi principi diviene tendenzialmente sempre meno rilevante. Come esempio va citata la tutela del consumatore. La più forte protezione del consumatore, quale attore più debole del diritto privato, ha come effetto l'indebolimento dei principi dell'autonomia privata e della libertà contrattuale ⁽¹⁷⁾. Il diritto comunitario infatti induce all'indebolimento continuo del principio di libertà contrattuale.

A nostro avviso il diritto romano può ricoprire un ruolo importante per quanto riguarda lo sviluppo della pratica giuridica europea uniforme. All'epoca del *ius commune*, proprio grazie al diritto romano, detto anche la *lingua franca* dei giuristi, in Europa si faceva valere uno *stilus curiae* uniforme. Lo *stilus curiae* uniforme è divenuto parte della storia dopo che i sistemi (ordinamenti) giuridici hanno assunto diverse caratteristiche nazionali (*ius patrium*).

La formazione giuridica che ancora una volta sta assumendo carattere internazionale, nella quale il diritto romano a sua volta può assumere un ruolo integrante, a lungo andare potrebbe portare all'armonizzazione dello *stilus curiae* ⁽¹⁸⁾.

Vedi ancora, R. HERBER, *Deutsche Zivilrechtskodifikation und internationale Rechtsvereinheitlichung. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik* (Hrsg. von K. SCHMIDT), Berlin, 1990, p. 269 sqq.

⁽¹⁴⁾ W. TILMAN, *Kodifikation des Privatrechts in der Gemeinschaft*, in *Für Recht und Staat, Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag* (Hrsg. von K. LETZGUS et al.), München, 1994, p. 441 sqq.

⁽¹⁵⁾ R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2 (1994), p. 244 sqq.

⁽¹⁶⁾ P. HOMMELHOFF, "Europarechtliche Bezüge" im Zivilrecht, *Überlegungen zur Gestaltung des akademischen Unterrichts*, in *Für Recht und Staat, Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag* (Hrsg. von K. LETZGUS et al.), München, 1994, p. 340 sqq.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. BUSSANI, *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Torino, 2005 e M.W. HESSELINK, *European Contract Law? A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?* in *Liber amicorum Guido Alpa, Private Law Beyond the National Systems* (Ed. by M. ADENAS et al.), London, 2007, p. 699-728.

⁽¹⁸⁾ F. RANIERI, *Der europäische Jurist, Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe*, *Ius Commune*, 17 (1990), p. 10 sqq.

2. – Il diritto romano ha un'importanza vitale per la società medievale, sia per quanto riguarda la sfera laica che quella ecclesiastica. Il diritto romano nel XVI secolo costituisce la base dell'umanesimo giuridico (*Juristischer Humanismus*), ma non è meno importante per quanto concerne i concetti radicati nel razionalismo del diritto naturale. Nel corso del XIX secolo la tradizione romanistica subisce variazioni tramite la pandettistica nello spirito del positivismo scientifico. Il diritto romano costituisce in gran parte la base delle codificazioni moderne del diritto privato realizzate nell'Ottocento.

Gioca un ruolo innegabilmente importante nella sfera politica anche nel XX secolo: basta tener conto dell'articolo 19 del programma della NSDAP (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) approvato il 24 febbraio del 1920, il quale viene ulteriormente rafforzato dall'interpretazione di Alfred Rosenberg, che a sua volta è considerata "*interpretatio simplex*". La recezione del diritto romano considerato come diritto estraneo ("*fremdes Recht*") al popolo tedesco, ed inoltre come diritto individualistico, cosmopolita, materialista, liberale ed inoltre come diritto che tiene conto solo degli interessi personali, nella giurisprudenza della Germania degli anni trenta dello scorso secolo è stata vissuta come sventura nazionale (*nationales Unglück*) e come avvenimento tragico (*Tragik*). Merita di essere citato il fatto che Carl Schmitt (1888-1985) — nel suo saggio intitolato *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes* — ritiene che l'articolo 19 del programma della NSDAP, che a sua volta invocava la messa in disparte del diritto romano tramite l'introduzione del *deutsches Gemeinrecht* (*ius commune Germanicum*), sia addirittura una *verfassungsgerechtlche Bestimmung ersten Ranges*.

La tendenza giuridica dell'*antike Rechtsgeschichte* non tiene praticamente conto dell'influenza del diritto romano, né in termini giuridici né in quelli politici. I rappresentanti di questa tendenza capeggiati da Leopold Wenger (1874-1953) non tengono conto dell'influenza esercitata dal diritto romano sullo sviluppo del diritto e della giurisprudenza (scienza del diritto) europea. Per quanto riguarda il diritto romano che giustamente può essere considerato *ius commune Europaeum*, i rappresentanti della sopracitata tendenza, alcuni dei quali sono tutt'oggi attivi, non prendono minimamente in considerazione il ruolo che il diritto romano ha giocato grazie all'*interpretatio multiplex* nello sviluppo del diritto e della dottrina giuridica dei paesi europei. Arrivano alla stessa conclusione anche coloro i quali ritengono che la comparazione dei diritti dei diversi stati possa funzionare solamente nel caso in cui quest'ultimi abbiano raggiunto un pari sviluppo socio-economico.

Questa tendenza ha il difetto di ridurre il ruolo della comparazione a un livello che è al limite del razionale. Anche nelle opere di Ernst Schönbauer (1886-1966), il quale riduce l'applicabilità della comparazione solamente ai diritti delle etnie che hanno raggiunto lo stesso livello di

civilizzazione (*Zivilisationsstufe* o *Zivilisationsgrad*), oppure siano etnicamente vicine l'una all'altra. Sotto vari aspetti è vicina a questa tendenza quella secondo la quale gli istituti giuridici dei diritti moderni non possono essere comparati con quelli del diritto romano, trattandosi di un diritto di una società che si basava sullo sfruttamento di schiavi. I sostenitori di questa teoria si dimenticano del ruolo giocato dalla continuità nel campo del diritto.

Alla fine del XX secolo nella sua opera intitolata *Aufklärungen über Recht*, pubblicata nel 1981⁽¹⁹⁾, il professor Uwe Wesel di Berlino polemizza con l'idea che tende ad accettare le strutture e le costruzioni giuridiche che si ripetono, che cioè si trovano in vari sistemi (ordinamenti) giuridici. Notiamo che Theo Mayer-Maly ha scritto del fenomeno di "ritorno delle figure giuridiche" (*Wiederkehr von Rechtsfiguren*)⁽²⁰⁾. Naturalmente questa tendenza non è talmente estrema da negare la legittimità di una costruzione giuridica che è legata solamente ad una formazione socio-economica, il che renderebbe impossibile considerare il diritto romano come *ratio scripta*.

È segno della *déformation professionnelle* il fatto che i giuristi attribuiscono un'importanza esagerata alla teoria secondo la quale la maggior parte dei negozi giuridici — il termine "negozio giuridico" (*negotium juridicum*) proviene da Johannes Althusius (1557/63-1638) — può essere portato a termine con l'aiuto delle stesse costruzioni giuridiche indipendentemente dal fattore storico⁽²¹⁾. Ma tutto ciò non cambia il fatto che negli ultimi tempi la legislazione e la pratica giuridica di vari paesi, sia europei che extra-europei, hanno varie volte applicato gli istituti o le costruzioni del diritto romano per risolvere casi giuridici correnti (attuali).

L'influenza della tradizione non può esonerare il ricercatore dall'esaminare le differenze di contenuto e la diversa funzione economica. Questo è vero anche per la presa in esame delle disposizioni riguardanti i monopoli ed i cartelli, che a prima vista può sembrare addirittura estremo. La regolamentazione di diritto romano postclassico-imperiale riguardante i "monopoli" e "cartelli" tra i quali in molti casi possono essere riscontrati gli elementi del *ius publicum*, sono ovviamente molto diversi dalla regolamentazione nel diritto

⁽¹⁹⁾ U. WESEL, *Aufklärungen über Recht: Zehn Beiträge zur Entmythologisierung*, Frankfurt am Main, 1981.

⁽²⁰⁾ TH. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, *Juristen Zeitung*, 26 (1971), p. 1-3.

⁽²¹⁾ Il termine *negotium juridicum* viene interpretato nel senso di un *terminus technicus* avente un contenuto ben preciso più tardi da Daniel Nettelblatt (1719-1791), allievo di Christian Wolff. Secondo la concezione di Nettelblatt il *negotium juridicum* è identico ad *actus juridicus* (*rechtlisches Geschäft*) che è parte integrante della Parte Generale (*Allgemeiner Teil*) della struttura elaborata dai rappresentanti della dottrina delle pandette (*Pandektendoktrin*).

moderno (attuale), ma allo stesso tempo è innegabile che le condizioni socio-economiche che caratterizzano la sopraccennata regolamentazione hanno parecchi punti in comune⁽²²⁾.

3. – L'espressione "recezione" legata al diritto romano, che secondo un'interpretazione corretta più che per "occupazione culturale", sta per "dottrinizzazione del diritto" (*Verwissenschaftlichung*). La recezione non può essere legata né alla *Reichskammergerichtsordnung* approvata nel 1495 alla Dieta tenuta a Worms, né all'ordinamento "leggendario" dell'imperatore Lothar III (imperatore del *Sacrum Romanum Imperium* dal 1133 al 1137). La recezione del diritto romano in Germania significa piuttosto una tradizione intellettuale che si basa sul diritto romano, il quale è legato solo in minima parte ad un sistema (ordinamento) giuridico ben preciso o definito (*ius positivum*). La presenza di un'interpretazione di questo tipo della recezione del diritto romano può essere continuamente dimostrata grazie ai giuristi tedeschi formati negli *studia generalia* del Nord Italia.

I segni della recezione legata al diritto positivo, vale a dire il ruolo sussidiario del diritto romano, possono essere riscontrati già a partire dal XI secolo. Nel XIII secolo elementi di diritto romano si mostrano anche nella pratica dei tribunali ecclesiastici. A nostro avviso è qui che si fa valere l'influenza dei commentatori, mentre il diritto romano considerato come 'letteratura giuridica' ha fatto il suo ingresso in Germania grazie ai glossatori. Il fatto che l'influenza del diritto romano venga divisa in due parti non significa naturalmente sottovalutare il valore dell'opera dei commentatori, vale a dire l'approvazione della teoria di Savigny, il quale considerava quest'ultimi dei "postglossatori" (*Postglossatoren*).

La recezione non si limitò al diritto romano, ma si estese anche al diritto canonico ed al diritto feudale longobardo. È così che nasce il *ius commune* = *gemeines Recht*, cioè un diritto che riguarda sia il diritto pubblico che quello privato, e che fa da rivale al *Landsrecht* (diritto locale o *ius particolare*). L'armonia tra il *ius commune* e i diritti particolari locali, in altre parole l'adattamento del *ius commune* alle condizioni di vita locali venne portata a termine dai pratici del diritto (*Rechtspraktiker*).

La dimensione della recezione del diritto romano è differente per ciascun paese europeo. A questo riguardo sono decisivi il livello della pratica giuridica, il sistema politico e quello economico del paese. Nel XIII secolo in gran parte della penisola Iberica le condizioni furono tali che il diritto romano venne recepito tramite le *Siete Partidas*, codice di Alfonso X (detto "El Sabio"). In Svizzera la recezione solo parziale del diritto romano (cioè non si tratta di una

⁽²²⁾ Cfr. G. HAMZA, *Zum Verhältnis zwischen Wirtschaft und Recht im Römischen Reich. Eine Skizze zum römischen "Kartellrecht"*, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae*, Sectio Juridica, 23 (1981), p. 87-100.

receptio in globo o di una *receptio in complexu*), è riconducibile alle speciali condizioni politiche presenti nel paese. Vi è un rapporto molto stretto tra il diritto romano e il *ius caesareum* o “diritto imperiale” (*Kaiserrecht*).

Il diritto romano serve da base ideologica alla *renovatio imperii*, la quale acquisisce un’importanza rilevante sotto il dominio degli Hohenstauf. Lo *ius publicum Romanum* costituisce la base giuridica della legittimità della creazione dell’impero mondiale (*Weltkaisertum*)⁽²³⁾.

Anche se la tendenza dei pratici è caratterizzata dall’esagerata importanza attribuita alla prassi tedesca — il che significa un ulteriore allontanamento dalle fonti di diritto romano — e alla casuistica, la prima volta in cui possiamo parlare di ‘dottrina delle pandette’ (*Pandektendoktrin*), e nel caso dei cameralisti tedeschi. Nella sua opera intitolata *Usus modernus pandectarum* Samuel Stryk (1640-1710), professore dal 1694 dell’università di Halle ha cercato di fare un “compromesso” tra le basi romanistiche del diritto privato e le regole del diritto privato vigente in Germania (*einheimisches Recht*) avvalendosi a volte dei concetti di diritto naturale (*ratio naturalis*)⁽²⁴⁾.

L’utilizzazione dell’espressione ‘dottrina delle pandette’ è legittima anche se questa tendenza non è capace di fare dei passi avanti, il che è dovuto principalmente al suo modo di vedere troppo dettagliato, cioè non globale.

Deve essere sottolineato il fatto che il diritto romano assume un ruolo importante anche nel sorgere di un numero notevole dei concetti del diritto naturale. Lo sviluppo del diritto naturale “moderno”, giustamente denominato “*Entzauberung der Welt*” da Max Weber (1864-1920), è inseparabile dal concetto di *ius naturale* o *ius naturae* dei giuristi romani⁽²⁵⁾. L’intento dei giureconsulti romani di dedurre lo *ius civile* dal *ius naturale* è caratteristica fondamentale anche del diritto naturale del XVI e XVII secolo. L’influenza del diritto romano può essere riscontrata anche nel diritto naturale cristiano-scolastico. Hugo Grotius (1583-1645) che fu rappresentante del diritto naturale razionale, sosteneva che l’*auctoritas* o accoglienza del diritto romano nell’epoca dopo la caduta dell’Impero Romano è riconducibile all’ “*imperium rationis iuris Romani*”.

⁽²³⁾ Per quel che riguarda la distinzione tra il *ius privatum* e il *ius publicum* nel diritto romano vedi: G. HAMZA, *Reflections on the Classification (divisio) into “Branches” of Modern Legal Systems and Roman Law Tradition*, in *Fides Humanitas Ius*, Studii in onore di Luigi Labruna, vol. IV., p. 2449-2476.

⁽²⁴⁾ Cfr. K. LUG, *Samuel Stryk (1640-1710) und der “Usus modernus pandectarum”*. In: *Die Bedeutung der Wörter – Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zu, 70. Geburtstag.* (Hrsg. von M. Stolleis et al.), München, 1991. p. 219-235.

⁽²⁵⁾ Riguardo la concezione dei Romani sul *ius naturale* vedi: G. HAMZA, *Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne*, Ricerche dedicate al prof. Filippo Gallo, vol. I. Napoli, 1997, p. 349-362.

Il diritto romano ricopre un ruolo decisivo anche nella concezione di Samuel Pufendorf (1632-1694), autore del *De iure naturae et gentium libri octo* (1672) e sostenitore del diritto naturale secularizzato. “L’incontro” della “dottrina delle pandette” e del diritto naturale non avviene, il che è riconducibile alle caratteristiche del diritto naturale (qui si intende soprattutto il modo di vedere caratteristico del diritto pubblico), nonché all’interesse mostrato dai professori di diritto naturale, che invece di interessarsi al diritto, preferivano dedicarsi alla filosofia (serve da ottimo esempio il caso di Christian Wolff (1679-1754), autore dell’opera di fondamentale importanza *Ius naturae methodo scientifica pertractatum I-VIII.*)⁽²⁶⁾.

4. – La divergenza tra l’*Usus modernus pandectarum* ed il diritto naturale può essere risolta dalla pandettistica sviluppatasi nell’opera dei rappresentanti della scuola storica. La pandettistica che aveva come scopo la creazione della “filosofia del diritto positivo” (Franz Wieacker), è caratterizzata dal modo di vedere storico, dall’utilizzazione delle fonti giustinianee, dall’esigenza di sistematizzare, dall’intenzione di sviluppare la filosofia del diritto, ed infine dall’intento di allontanarsi dal particolarismo. Tenendo conto delle sopracennate caratteristiche, il diritto delle pandette del XIX secolo, il “*heutiges römisches Recht*” deve essere separato dall’*Usus modernus pandectarum*, in cui domina l’elemento del particolarismo giuridico (*Rechtspartikularismus*).

Il diritto delle pandette (*Pandektenrecht*) del XIX secolo, il quale grazie all’opera di fondamentale importanza di Georg Friedrich Puchta (1798-1846) intitolata “*Lehrbuch der Pandekten*” e pubblicata nel 1838 viene chiamata anche “*Pandekten*”, secondo le parole del giureconsulto tedesco stesso, è teoria generale del diritto privato in applicazione in Germania basato sul diritto romano (*heutiges römisches Recht*).

Anche se la pandettistica è venuta alla luce sul territorio tedesco cioè nei paesi tedeschi, non possiamo parlare solamente esclusivamente di pandettistica tedesca (*deutsches Pandektenrecht* o *deutsche Pandektenwissenschaft*), visto che questa tendenza non include solo la dottrina del *gemeines Recht*, ed è inevitabile che venga tenuto conto dell’influenza che quest’ultimo ha esercitato fuori della Germania.

In questo contesto basti pensare all’influenza esercitata dalla pandettistica tedesca in Inghilterra. John Austin (1790-1859), che ha acquisito la teoria del diritto di Jeremy Bentham (1748-1832), nell’esame dei concetti giuridici adoperò i metodi della pandettistica. Austin ritiene che il *Das Recht des Besitzes* di Savigny sia l’opera giuridica più completa mai esistita. John Austin è stato

⁽²⁶⁾ Cfr. K. LUIG, *Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff*, in *Libertas, Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart, Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Franz Wieacker* (Hrsg. von O. BEHRENDIS – M. DIEBELHORST), Ebelsbach, 1991, p. 209-261.

influenzato anche dal *System des Pandektenrechts* di Anton Friedrich Justus Thibaut, la prima edizione del quale venne pubblicata nel 1803. Quest'opera di Thibaut, che tra il 1803 ed il 1834 è stata pubblicata in ben otto edizioni, ha esercitato un'influenza rilevante sulla scienza giuridica inglese (*English legal science*). L'*Introduction to the Study of Jurisprudence* di Nathaniel Lindley, del 1845, è la traduzione della parte generale dell'opera di Thibaut. Anche nell'*Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas* di Sir Henry James Sumner Maine (1822-1888), pubblicato nel 1861, può essere riscontrata l'influenza della pandettistica tedesca⁽²⁷⁾.

5. – I membri dell'*Accademia dei Giusprivatisti Europei* di Pavia, tra cui troviamo sia gli esperti del diritto romano, che del *Common law* inglese, ed anche del diritto moderno codificato, nelle loro opere tendenti alla codificazione del diritto europeo dei contratti cercano di trovare un "compromesso" tra il diritto privato continentale basato sulla tradizione del diritto romano e tra il *Common law*.

È innegabile che tra il diritto romano e il diritto inglese (*Common law*) ci sono parecchie similitudini. Ma allo stesso tempo è indiscutibile anche il fatto che tra i due diritti sopraccennati ci siano delle divergenze enormi soprattutto dal punto di vista teorico. Il diritto romano può essere definito *diritto giurisprudenziale*, che significa che non tiene conto dei precedenti⁽²⁸⁾. Ma l'interpretazione del diritto giurisprudenziale varia a seconda dell'appartenenza dei ricercatori a diverse tendenze (scuole) giuridiche. Secondo Savigny la caratteristica più importante del *Juristenrecht* è la tendenza a sistematizzare. Questa sua teoria si presenta molto marcatamente nella sua opera intitolata *System des heutigen römischen Rechts*. Rudolf von Jhering (1818-1892) affronta l'argomento da tutt'altra prospettiva. Secondo lui l'attualità del diritto romano consiste nella sua metodologia e nella sua ideologia.

Il carattere di diritto giurisprudenziale del *ius Romanum* viene sottolineato con particolare vigore nell'*Europa und das römische Recht* di Paul Koschaker (1879-1951)⁽²⁹⁾. Quest'ultimo ritiene che il diritto romano sia l'ideale controparte alla tendenza del diritto positivo. Secondo Koschaker è innegabile il carattere di *judge made law* del diritto inglese (*Common law*) il che chiarisce la differenza tra i due diritti, visto che anche lui ritiene che il diritto romano sia un *Juristenrecht*. Il *ius Romanum* non può essere ritenuto in nessuna fase del suo sviluppo e della sua storia come "diritto dei precedenti" (*law of precedents*). Su questa affermazione si

⁽²⁷⁾ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, MILANO, 1967.

⁽²⁸⁾ G. HAMZA, *Sir Henry Maine et le droit comparé*, in *Philia, Scritti per Gennaro Franciosi* (A cura di F.M. d'IPPOLITO) vol. II, Napoli, 2008, p. 1217-1232.

⁽²⁹⁾ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München – Berlin, 1966⁴. La prima edizione di questa opera fu pubblicata nel 1947.

trova l'accordo (consenso) di vari autori, tra i quali citiamo Buckland, McNair, Schiller, Dawson, van Caenegem, Pringsheim e Peter.

6. – Il carattere di diritto giurisprudenziale del diritto romano può essere ravvisato in tutte le fasi del suo sviluppo⁽³⁰⁾. Analizzando il *Common law* come *judge made law*, bisogna prendere in considerazione le caratteristiche sia storiche che ideologiche dello sviluppo di quest'ultimo. Prendendo in esame la dottrina dello *stare decisis*, possiamo citare alcune caratteristiche dello *ius consuetudinarium* inglese. Merita di essere citato il fatto che nel diritto inglese l'interpretazione delle leggi (*statutes*) è molto elastica o flessibile. Il giudice è molto meno legato dalle leggi (*statutes*) che dai casi precedenti (*precedents*). Henry de Bracton (1210-1268), autore dell'opera intitolata *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, è il primo a sostenere anche teoricamente la forza obbligatoria (*vigor*) dei casi precedenti⁽³¹⁾. Tutto ciò si presenta molto più marcatamente nel seguente principio (*legal maxim*): "...*Si tamen similia evenerit, per simile iudicentur, dum bona est occasio a similibus procedere ac similia*" (De Leg. f. 1 b).

Costituisce una delle differenze più caratteristiche tra il diritto romano e quello inglese l'*ars distinguendi*, cioè l'arte ("ars") dei giureconsulti romani di distinguere gli elementi giuridicamente rilevanti da quelli senza rilevanza giuridica. Grazie all'*ars distinguendi* può essere messa in risalto la propensione per il pensiero astratto (astrazione) dei giureconsulti romani, che fino ad adesso non è stato riconosciuto ai romani (fra gli altri anche il romanista Fritz Schulz (1879-1957) negò questa propensione per l'astrazione (*abstraktes Rechtsdenken*) dei giuristi romani). Nei *responsa* dei giureconsulti romani vengono a galla solamente gli elementi giuridicamente rilevanti, il che è completamente l'opposto del diritto inglese, dove la *ratio decidendi* e l'*obiter dicta* sono praticamente inseparabili.

Ma il ruolo giocato dai casi precedenti (*law of precedents*) deve essere esaminato anche per quanto riguarda il diritto romano. Questa questione merita di essere analizzata sia in base alle fonti giuridiche che a quelle non giuridiche. Il ruolo dei precedenti è rilevante nell'ambito del diritto delle successioni, e soprattutto nel caso della *querela inofficiosi testamenti*⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Rispetto allo sviluppo della giurisprudenza romana vedi: A. FÖLDI – G. HAMZA, *A római jog története és institúciói*, 14, *átdolg. és bőv. kiad.* (Storia ed istituzioni del diritto romano, 14^a riveduta e ampliata edizione), Budapest, 2009, p. 84 sqq.

⁽³¹⁾ Secondo l'opinione di alcuni autori l'opera *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* fu redatta probabilmente o da RALEIGH o da YORK in un'epoca anteriore, HENRY DE BRACON (BRATTON o BRETTON) ha intrapreso soltanto la rielaborazione di questa opera tra 1230 e 1250.

⁽³²⁾ J.P. DAWSON, *Gifts and Promises, Continental and American Law Compared*, New Haven – London, 1980.

La dottrina dello *stare decisis* assume un'importanza vitale nello sviluppo del diritto inglese (*Common law*) moderno. Naturalmente nella scienza giuridica (*legal science*) moderna vi è una distinzione molto marcata tra la *ratio decidendi* e l'*obiter dicta*, il che pretende un'impegno ben preciso da parte del giudice, il che viene sottolineato da parecchi autori (per esempio Montrose, Simpson, Derham, Allen, Cross e Paton). Il ruolo della dottrina di *stare decisis* è riconducibile al fatto, che a partire dal medioevo l'attività del giudice costituisce l'elemento più importante del diritto (*judge made law*) il quale cioè il giudice non a caso viene chiamato da John Philip Dawson (1902-1985) "l'oracolo del diritto" (*Oracle of Law*)⁽³³⁾.

7. – Nello sviluppo del diritto privato in Europa assume un ruolo sempre più importante la tendenza di convergenza o avvicinamento, il che vuol dire che le differenze tra *Common law* e *civil law* si relativizzano di giorno in giorno.⁽³⁴⁾ Questa tendenza viene sottolineata per esempio negli saggi di Paolo Gallo⁽³⁵⁾, James Gordley⁽³⁶⁾, Mathias W. Reimann⁽³⁷⁾ e Reinhard Zimmermann⁽³⁸⁾.

Per quanto riguarda l'area del diritto delle obbligazioni (dei contratti) parecchie costruzioni giuridiche del diritto continentale sono state recepite tacitamente dal diritto inglese (*Common law*). È da mettere in risalto che alcuni autori inglesi sottolineano il ruolo importante della tradizione del diritto romano per quanto riguarda l'*English private law*⁽³⁹⁾.

⁽³³⁾ J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law* Ann Arbor (Mich.), 1968.

⁽³⁴⁾ Cfr. E. BUCHER, *England and the Continent, Distinguishing the Peculiarities of the English Common Law of Contract*, Zurich/St. Gall, 2009.

⁽³⁵⁾ P. GALLO, *La recezione dei modelli continentali nel diritto inglese delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, vol. I, Milano, 1994, p. 473-494.

⁽³⁶⁾ J. GORDLEY, *Common law und civil law, eine überholte Unterscheidung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1 (1993), p. 498 sqq. e idem: «Common law» v. «civil law», *Una distinzione che va scomparendo?* in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, vol. I, Milano, 1994, p. 559 sqq.

⁽³⁷⁾ M. REIMANN, *Die Erosion der klassischen Formen, Rechtskulturelle Wandlungen des Civil Law und Common Law im Europa des 19. und 20. Jahrhunderts*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 28 (2006), p. 209-234.

⁽³⁸⁾ R. ZIMMERMANN, *Der europäische Charakter des englischen Rechts, Historische Verbindungen zwischen Civil Law und Common Law*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1 (1993) p. 4 sqq.

⁽³⁹⁾ *English Private Law, I-II*. (Ed. by P. BIRKS), Oxford, 2000. Per quel che riguarda gli aspetti filosofici del concetto di contratto vedi: J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991.

Il diritto privato dei paesi europei nonchè di un numero notevole di quelli extraeuropei si basa in sostanza nel diritto romano o in altri termini nella tradizione romanistica⁽⁴⁰⁾, anche se bisogna tener conto della diversa intensità di questo rapporto, che varia a seconda delle diverse tradizioni sociali nonchè storico-economiche⁽⁴¹⁾.

ABSTRACT

Harmonisation efforts relating to private law are not without opposition. Although, it is, doubtlessly, undecided whether or not Europe, in the present moment, needs at all any sort of a unified legal system, it is obvious that harmonization in the field of civil (private) legislation is unavoidable. However, the way of realization of law harmonization is uncertain. It could take the form in particular of regulation, directive and also could be realized via coordinated national legislation. Roman law served as a foundation for the 16th century legal humanism and was a goldmine for the rationalist Natural Law doctrines. In the 19th century, Roman law is molded in the spirit of legal positivism primarily through German Science of Pandects, and, finally, Roman law is also an eminent material of the great private law codices. The members of the *Accademia dei giusprivatisti europei*, among whom we can find experts of Roman law, common law, and modern codified private law, in their efforts to codify the European law of contracts, view as their mission the creation of a compromise between the Roman law-based on continental private law, and the contract constructions of common law. The private law of European countries, no doubt, in different extent and building on different historical traditions, is connected to Roman law. Taking into serious consideration the significant role of Roman law in the comparative analysis of the evolution of European private law is justified.

Il Parlamento delle Comunità Europee si è appellato la prima volta con una delibera del 26 maggio 1989 agli stati membri perchè questi facessero degli sforzi per uniformare i propri diritti privati. L'*Accademia dei Giusprivatisti Europei* nata nel 1990 con sede a Pavia ha iniziato a preparare il testo di un codice che contiene il diritto europeo dei contratti. Come base del progetto del codice sono utilizzati il Libro Quarto del Codice civile italiano del 1942, che sotto vari aspetti unisce le tradizioni del *Code civil* francese del 1804 e del BGB tedesco del 1900, nonchè il *Contract Code* preparato da Harvey McGregor durante gli anni sessanta e settanta del XX secolo per l'*English Law Commission*. Il diritto romano può ricoprire un ruolo importante nel corso di un

⁽⁴⁰⁾ Cfr. G. HAMZA, *Le développement du droit privé européen, Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest, 2005, e idem *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*, Budapest, 2009.

⁽⁴¹⁾ Per quel che riguarda l'aspetto storico della tendenza di convergenza o avvicinamento vedi ancora nella letteratura: H. COING, *European Common Law, Historical Foundations*, in *New Perspectives for a Common Law of Europe* (Ed. by M. CAPPELLETTI), Bruxelles, 1978, p. 31 ff.

processo che potrebbe durare anche decenni. Il diritto romano ha un'importanza vitale per la società medievale, sia per quanto riguarda la sfera laica che quella ecclesiastica. Il diritto romano nel XVI secolo costituisce la base dell'umanesimo giuridico, ma non è meno importante per quanto concerne i concetti radicati nel razionalismo del diritto naturale. Nel corso del XIX secolo la tradizione romanistica subisce variazioni tramite la pandettistica nello spirito del positivismo scientifico. Il diritto romano costituisce finalmente in gran parte la base delle codificazioni moderne del diritto privato realizzate nell'Ottocento. Il diritto romano può essere definito *diritto giurisprudenziale*, che significa che non tiene conto dei precedenti. Secondo Savigny la caratteristica più importante del *Juristenrecht* è la tendenza a sistematizzare. Nello sviluppo del diritto privato in Europa assume un ruolo sempre più importante la tendenza di convergenza, il che vuol dire che le differenze tra *Common law* e *civil law* si relativizzano. Per quanto riguarda l'area del diritto delle obbligazioni (dei contratti) parecchie costruzioni giuridiche del diritto continentale sono state recepite tacitamente dal diritto inglese (*Common law*). Il diritto privato dei paesi europei nonché di un numero notevole di quelli extraeuropei si basa in sostanza sul diritto romano, anche se bisogna tener conto della diversa intensità di questo rapporto, che varia a seconda delle diverse tradizioni sociali nonché storico-economiche.

ALESSANDRO BERNARDI

RINASCITA E METAMORFOSI DELLA DIFESA SOCIALE IN ITALIA (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La difesa sociale nel sistema penale italiano: tra retaggi storici e apparenti ritorni. – 3. L'attuale, generalizzata crisi degli strumenti di difesa sociale previsti dal codice penale. – 4. Il commiato dell'attuale politica criminale italiana dai presupposti, fini e metodi della difesa sociale. – 5. Rinascita e mutazioni della difesa sociale nel diritto penale italiano. La valorizzazione di vecchie e nuove tipologie criminologiche di autore. – 6. La disciplina penale dei malati mentali. Dal dogma della pericolosità sociale escludente alla valorizzazione della funzione curativo-risocializzativa. – 7. Il diritto penale minorile e il primato dell'istanza rieducativa sulle esigenze di sicurezza collettiva. – 8. La rivalorizzazione della recidiva tra colpa d'autore e finalità neutralizzativa. – 9. Le riforme in tema di reati sessuali. Il ricorso privilegiato all'incapacitazione del reo e l'attenzione al recupero della vittima. – 10. La disciplina dell'immigrazione quale luogo problematico di rivitalizzazione e stravolgimento delle strategie di difesa sociale.

1. Premessa.

Il tema di questo seminario internazionale — volto a cogliere i profili di rinnovata attualità della scuola positiva e del movimento di difesa sociale⁽¹⁾, ma anche i mutamenti dell'ideologia defensionista così come dei suoi

(*) *Versione italiana, ampliata e corredata di note, della relazione svolta il 26 marzo 2010 nell'ambito del seminario "Renaissance et mutations de la défense sociale" organizzato dal "Groupement européen de recherche sur les normativités" (GERN) a Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint Louis.*

⁽¹⁾ Attualità dimostrata, del resto, dalla persistenza e vivacità della *Société internationale de défense sociale*, in merito alla cui evoluzione storica cfr., per tutti, M. PISANI, *Les sept premiers congrès de défense sociale*, in *Cahiers de défense sociale*, n° 1, 1973, 25 ss.; L. FOFFANI, *30 ans de Congrès sur la Défense Sociale (de Paris 1971 à Lisbonne 2002)* in *Cahiers de défense sociale*, 2003, 299 ss.

precipitati normativi e applicativi — è talmente vasto e complesso che un suo adeguato approfondimento, ancorché circoscritto alla realtà di un solo Paese, risulta incompatibile con i limiti di una relazione congressuale.

In questa sede mi limiterò pertanto a esporre e argomentare, in modo oltremodo sintetico, due tesi.

La prima è che l'Italia, ammesso e non concesso che mai lo sia stato, ha da tempo cessato di essere il paradiso della difesa sociale: innanzitutto perché nel nostro sistema penale si registra una profonda crisi degli (o quantomeno della massima parte degli) strumenti nei quali ha trovato espressione il determinismo positivista, vale a dire delle tradizionali misure di sicurezza previste nella parte generale del codice penale; inoltre, perché i testi normativi introdotti negli ultimi tempi per lottare contro le forme di criminalità più pericolose o comunque più idonee a suscitare allarme sociale — pur presentando indubbiamente quella impronta utilitaristica che da sempre costituisce uno dei tratti caratterizzanti la dottrina defensionista — non sembrano nel loro complesso ispirarsi al pensiero positivista.

La seconda tesi è che, per contro, nel sistema penale italiano i segni di rivitalizzazione e metamorfosi della difesa sociale possono essere colti osservando la complessiva evoluzione della disciplina prevista rispetto a talune, vecchie e nuove, tipologie criminologiche d'autore. In particolare, rispetto ad alcune di queste, è evidente la progressiva tendenza a valorizzare il versante umanitario del positivismo giuridico e dunque — in una prospettiva di sostanziale continuità col movimento della nuova difesa sociale — a privilegiare le istanze risocializzative sulle esigenze di tutela collettiva. Laddove per contro, rispetto ad altre tipologie d'autore, viene esaltato il versante securitario del positivismo o addirittura viene attuata una sorta di commistione tra i concetti di pericolosità sociale e di colpa d'autore. Si dà così vita ad un vero e proprio ossimoro giuridico all'interno del quale l'antitesi tra i concetti di irresponsabilità e responsabilità penale sfocia in un processo di iper-personalizzazione dell'illecito destinato a travolgere i principi di materialità e offensività.

2. La difesa sociale nel sistema penale italiano: tra retaggi storici e apparenti ritorni.

Un osservatore frettoloso del sistema penale italiano potrebbe essere indotto a ritenere che tale sistema sia tutt'ora fortemente influenzato dalle teorie positiviste; che in esso financo taluni aspetti della difesa sociale per lungo tempo accantonati siano oggi tornati prepotentemente alla ribalta, sino a fare del nostro Paese il luogo per eccellenza ove indagare sui processi di sopravvivenza, rinascita e trasformazione del "diritto penale della pericolosità".

In effetti, è noto che molti dei principali esponenti della scuola positiva in ambito criminologico sono di origine italiana e che questa scuola ha abbracciato da subito e senza riserve il concetto di difesa sociale⁽²⁾. L'impatto del positivismo criminologico sul mondo scientifico italiano si dimostrò talmente forte che certe idee della difesa sociale finirono con l'essere recepite già nel codice penale del 1889, nonostante la matrice "liberale" e sostanzialmente antipositivista di quest'ultimo; in effetti, in esso erano previste talune misure di sicurezza di durata indeterminata nei confronti non solo degli infermi di mente, ma anche dei semi-infermi di mente, dei minori, dei sordomuti e degli ubriachi abituali che avessero commesso un reato e che fossero considerati dal giudice pericolosi⁽³⁾.

In ogni caso, come si sa, le concezioni della difesa sociale esercitarono un influsso ben maggiore nel codice penale del 1930, tuttora in vigore. Esso, pur accogliendo i canoni della scuola classica (responsabilità personale, imputabilità, colpevolezza, natura retributiva della sanzione penale) non si limita infatti a contrapporre ad essi, rispetto a talune categorie di autori di reati (malati di mente, minori di quattordici anni), i fondamentali postulati positivisti (negazione del libero arbitrio e conseguentemente negazione della responsabilità individuale e della pena con funzione retributivo-repressiva); ma riconosce e generalizza la funzione giuridica di difesa della società nei confronti della criminalità. Nell'ambito di questa funzione, in particolare, viene prevista la possibilità di applicare misure di sicurezza a tutte gli autori di reati (imputabili, non imputabili e semimputabili⁽⁴⁾) se ritenuti socialmente pericolosi (art. 202 c.p.), cioè probabilmente destinati a commettere in futuro nuove infrazioni penali (art. 203 c.p.)⁽⁵⁾. Tali misure di sicurezza hanno una funzione preventivo-rieducativa, essendo destinate a evitare la commissione di futuri reati tramite la rimozione delle cause che hanno condotto l'autore a delinquere. Si è così affermato un sistema dualistico detto "del doppio binario" fondato su due binomi: responsabilità

⁽²⁾ Cfr., emblematicamente, F. GRAMATICA, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, Bocca, 1934, *passim*; Id., voce *Difesa sociale*, in *Novissimo digesto italiano*, III edizione, vol. V, Torino, Utet, 1979, 635 ss.

⁽³⁾ S. RANIERI, *Dai 'nuovi orizzonti' di Enrico Ferri alla trasformazione in atto del sistema penale*, in *Critica penale*, anno VII, n. 2, 1952, 1 ss.

⁽⁴⁾ È infatti opportuno precisare che il codice penale italiano del 1930 riconosce anche la categoria della seminfermità mentale o "vizio parziale di mente", sorta di *tertium genus* che sussiste quando la capacità di intendere e di volere risulta, a causa di una malattia, grandemente scemata (art. 89 c.p.). Agli autori di reati mentalmente seminfermi la pena viene diminuita.

⁽⁵⁾ In base a tale articolo, la pericolosità sociale viene desunta dalle circostanze oggettive e soggettive indicate dall'art. 133 c.p. e concernenti, rispettivamente, le modalità del reato commesso e gli elementi personali dai quali desumere "capacità a delinquere dell'autore".

individuale-pena e pericolosità sociale-misura di sicurezza. Fermo restando che, diversamente dalle pene, le misure di sicurezza ⁽⁶⁾ possono avere durata indeterminata e sono almeno in linea di principio applicabili anche retroattivamente ⁽⁷⁾.

La Costituzione repubblicana del 1948, pur ispirandosi a concezioni politiche e sociali molto diverse da quelle alla base del codice penale fascista del 1930 e pur focalizzando indubbiamente la propria attenzione sul principio di responsabilità personale (art. 27 comma 1), ha a sua volta fatto salvo il sistema del doppio binario, ammettendo il ricorso a misure di sicurezza (art. 25 comma 3) e dunque riconoscendo la categoria della pericolosità sociale.

Come si è appena visto, a partire dalla fine dell'800 il sistema penale italiano non ha mai abbandonato del tutto i postulati positivisti correlati alle esigenze di difesa della società, ma anzi li ha trasposti in appositi istituti (in particolare, quello della "pericolosità sociale") e misure (quelle, per l'appunto, di sicurezza). Ma, si potrebbe pensare, l'influsso positivista sul sistema penale italiano non si limiterebbe a questi retaggi di parte generale, ma si manifesterebbe anche attraverso sotterranei "ritorni", riconducibili a ben precisi gruppi di fattispecie. Infatti, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, il legislatore penale italiano ha varato numerose riforme le quali — pur senza ispirarsi esplicitamente a modelli di difesa sociale — sono volte a "lottare" contro certe forme di criminalità ⁽⁸⁾, a carattere sia organizzata sia non organizzata, in quanto avvertite come estremamente pericolose per lo Stato e l'intera comunità dei cittadini, e dunque tali da suggerire l'adozione di efficaci meccanismi di tutela collettiva.

⁽⁶⁾ Il titolo VIII del codice penale italiano è interamente dedicato alle misure di sicurezza. Esse vengono distinte in misure di sicurezza personali (artt. 199 a 235 c.p.) e patrimoniali (artt. 236 a 240 c.p.). Le prime, alquanto numerose, si distinguono in misure di sicurezza detentive (colonia agricola o casa di lavoro, casa di cura o di custodia, ospedale psichiatrico giudiziale, riformatorio giudiziario) e non detentive (libertà vigilata, divieto di soggiorno in uno o più Comuni, o in una o più Province, divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche, espulsione dello straniero). Le misure di sicurezza patrimoniali sono invece solo due (cauzione di buona condotta e confisca).

⁽⁷⁾ In quanto, per l'appunto, considerate a carattere non intimidativo-punitivo, bensì neutralizzativo. Peraltro, sulla dubbia conformità alla CEDU della retroattività *in malam partem* di quelle misure di sicurezza caratterizzate da un indiscusso e significativo coefficiente di afflittività cfr. BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge* (art. 7), in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, CEDAM, 2001, 276 ss.

⁽⁸⁾ Sui concetti di "lotta alla criminalità" e di "diritto penale di lotta" cfr., per tutti, DONINI M., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi editore, 2007.

Tra le suddette forme di criminalità organizzata meritano di essere innanzitutto ricordate *tre distinte forme di criminalità terroristica* (terrorismo nero di derivazione fascista, terrorismo rosso di derivazione comunista e terrorismo internazionale di varia derivazione, anche se negli ultimi anni di prevalente derivazione islamica). Sebbene differenti per cadenze temporali, per matrice politica e anche per forme di manifestazione⁽⁹⁾, queste forme di terrorismo avevano e tuttora hanno un dato in comune: quello di attentare alla sicurezza sia dello Stato e delle sue istituzioni, sia della intera collettività, sia di singoli cittadini. Tra le forme di criminalità organizzata specificamente prese di mira dallo Stato con apposite norme meritano altresì di essere ricordate *quelle di tipo mafioso*, dirette a costituire, un vero e proprio contro-potere illegale all'interno dello Stato, con pretesa di controllo del territorio e di assoggettamento dei suoi abitanti a regole e imposizioni supportate dalla minaccia di "sanzioni non giuridiche" quanto mai efficaci (esclusione dai circuiti sociali ed economici, danneggiamento di cose e animali, morte di quanti si oppongono alla "legge della mafia"). Queste ultime forme di criminalità — per vero da lungo tempo esistenti nel nostro Paese — proprio a partire dagli anni '70 si sono indubbiamente rafforzate, approfittando anche del prevalente impegno dello Stato sul fronte del terrorismo. Esse sono così progressivamente venute allo scoperto, rivendicando spazi d'azione sempre più ampi. Inoltre, accanto a queste forme di criminalità organizzata, ormai internazionalmente note, si sono via via costituite in Italia altre forme di criminalità organizzata, non sempre riconducibili alle associazioni di stampo mafioso: basti pensare a talune organizzazioni criminali specializzate nel traffico delle droghe e/o delle armi, ovvero dedite al mercato dei clandestini, ovvero ancora deputate allo sfruttamento della prostituzione, alle estorsioni, ai sequestri di persona, alla pedofilia, al commercio illegale di organi destinati al trapianto, di sostanze dopanti, di medicinali avariati o scaduti. Si tratta, come è facile capire, di manifestazioni criminali destinate anch'esse a creare grande allarme sociale, e pertanto oggetto di vigorose risposte sanzionatorie da parte dello Stato.

Ma, come detto, negli ultimi decenni non sono solo le forme di criminalità organizzata a destare grande preoccupazione. Sia pure per ragioni parzial-

⁽⁹⁾ Il terrorismo nero privilegiando il ricorso a stragi di comuni cittadini e al depistaggio, per aumentare la "tensione sociale" e creare il terreno propizio ad un "colpo di Stato"; il terrorismo rosso privilegiando il sequestro e l'omicidio di soggetti additati a "nemici del popolo", per stimolare la rivolta del proletariato e l'avvento del "socialismo reale", il terrorismo internazionale privilegiando attentati particolarmente spettacolari, spesso realizzati da soggetti votati a morire nel corso dell'azione terroristica, per fungere da esempio nei confronti di interi settori dell'opinione pubblica internazionale e per negoziare con lo Stato partendo da una posizione di forza.

mente diverse — ma innanzitutto per il loro aumento quantitativo e il loro carattere sempre più aggressivo — un analogo livello di preoccupazione generano infatti anche *svariate forme di criminalità di strada* (scippi, furti nelle abitazioni, piccole rapine, vandalismi, spaccio di modeste quantità di droga, aggressioni in luoghi pubblici quali innanzitutto gli stadi sportivi) commesse il più delle volte da appartenenti a ben precisi gruppi, classi, categorie (tossicomani, immigrati clandestini, contestatori di varia estrazione politica, *hooligans*, ecc.).

Orbene, per contrastare queste forme di criminalità il legislatore italiano ha scelto di far ricorso a strumenti e meccanismi destinati a derogare ai canoni della scuola classica in quanto almeno apparentemente improntati al primato della difesa sociale, all'esigenza di combattere energicamente fenomeni che, se non debellati o quantomeno contenuti, mettono a serio rischio la civile convivenza.

3. *L'attuale generalizzata crisi degli strumenti di difesa sociale previsti dal codice penale.*

Come si è visto, retaggi storico-scientifici (espressi, in particolare, nel binomio pericolosità-misure di sicurezza) e recenti interventi legislativi volti a contrastare fenomeni criminali nuovi o comunque di crescente impatto sociale concorrono a far ritenere che il sistema penale italiano sia tuttora (se non addirittura vieppiù) caratterizzato da principi e da misure peculiari della difesa sociale. Come vedremo subito, però, questa impressione si rivela — ad un più approfondito esame — ingannevole.

A) Una siffatta opinione risulta infatti in larga parte fallace innanzitutto per quanto concerne l'effettivo livello di "vitalità" dei suddetti retaggi storico-scientifici. In effetti, quegli istituti e misure peculiari della difesa sociale che sono tuttora presenti all'interno del codice penale si rivelano in pratica — vale a dire nel diritto vivente applicato nei tribunali — in profonda crisi, sino a costituire addirittura, in certi casi, dei veri e propri ruderi storici⁽¹⁰⁾. E, invero, in crisi risulta essere innanzitutto il riconoscimento della pericolosità sociale, presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza. Attualmente — grazie all'intervento della Corte costituzionale e del legislatore — la pericolosità sociale deve sempre essere concretamente accertata dal giudice alla luce dei parametri di gravità del reato e di capacità a delinquere del colpevole indicati dal-

⁽¹⁰⁾ Per tutti, G. DE VERO, *Introduzione al diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2002, 90; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 209; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2007, 614).

l'art 133 c.p.⁽¹¹⁾. In questo senso, talune figure previste dal codice penale — vale a dire quelle del “delinquente abituale” (art. 102 a 104 c.p.), del “delinquente professionale” (art. 105 c.p.) e del “delinquente per tendenza” (art. 108 c.p.) — pur non essendo state abrogate, non costituiscono più ipotesi di pericolosità sociale presunta, e pertanto non implicano più l'automatico assoggettamento alle misure di sicurezza di chi è riconosciuto rientrare in tali figure⁽¹²⁾. In altre parole, per l'applicazione della misura di sicurezza all'autore occorre ormai, sempre e comunque, l'accertamento in concreto della pericolosità, oltre eventualmente alla dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere. Anche per questo, come meglio vedremo in seguito, specie nei confronti dei soggetti imputabili e semi-imputabili, le misure di sicurezza sono sempre meno utilizzate, dimostrandosi la magistratura molto riluttante ad applicarle, in assenza di obblighi giuridici in tal senso, quale strumento complementare alla pena⁽¹³⁾. Addirittura, come accennato, alcune di esse possono essere tranquillamente definite dei veri e propri relitti storici, rinvenibili all'interno del codice ma di fatto mai utilizzati. Il recente incremento del ricorso alle misure di sicurezza della libertà vigilata, dell'espulsione dello straniero dallo Stato⁽¹⁴⁾ e, soprattutto, della confisca⁽¹⁵⁾, può essere considerato, da questo punto di vista, la classica “eccezione che conferma la regola”.

(¹¹) In base a tale norma “Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1. dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2. dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3. dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1. dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2. dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3. dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4. dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.”

(¹²) Viceversa, tali ipotesi di pericolosità qualificata implicano taluni effetti negativi previsti dall'art. 109 c.p. (in particolare, l'esclusione dall'amnistia e dalla sospensione condizionale nonché, se del caso, gli aumenti di pena previsti dall'art. 99 c.p. in tema di recidiva).

(¹³) Cfr., tra gli altri, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 574, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., 385.

(¹⁴) Cfr., da ultimo e per tutti, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., 287 ss.

(¹⁵) Misura la quale, invero, tende ad assumere sempre nuove forme e ad essere utilizzata sempre più frequentemente.

4. *Il commiato dell'attuale politica criminale italiana dai presupposti, fini e metodi della difesa sociale.*

A ben vedere, poi, anche le suddette, attuali forme di lotta alla manifestazioni criminali considerate le più pericolose e allarmanti (criminalità organizzata, criminalità di strada) sono effettuate non certo *sulla base dei tradizionali presupposti della difesa sociale (a)*, nonché solo saltuariamente per *i fini (b)* e con *i metodi (c)* propri di quest'ultima. Le osservazioni che seguono vogliono solo esplicitare tali affermazioni, senza nessuna pretesa di sistematicità e completezza.

a) come si è in precedenza ricordato, *presupposti della difesa sociale* sono il determinismo positivista, dunque l'assenza di libertà di scelta, di responsabilità morale, di imputabilità, di colpevolezza, di sanzioni retributive (in senso sia giuridico che etico). Di qui il ricorso da parte dei seguaci di tale movimento non tanto alle pene in senso proprio (che risulterebbero non giustificabili) quanto prevalentemente a misure neutralizzative della pericolosità, ivi compresa, se necessario, la misura consistente nella morte dell'autore⁽¹⁶⁾.

Ora, è evidente che gli attuali, summenzionati indirizzi della politica criminale italiana non muovono certo da questi presupposti. Al contrario, specialmente rispetto ai settori della criminalità che destano nei cittadini maggiore allarme, tende oggi ad affermarsi una presunzione di totale libertà di scelta, e dunque di piena responsabilità morale dell'autore del reato; presunzione la quale opera anche nei confronti di soggetti rispetto ai quali, per le loro caratteristiche sociali ed etniche, si potrebbe essere tentati di riproporre, almeno in parte, le teorie del determinismo positivista. Così, vengono ritenuti espressione di una volontà almeno in linea di principio libera (vale a dire non condizionata) tutti i reati-scopo commessi nell'ambito di associazioni a delinquere, nonostante i loro autori siano spesso cresciuti in un contesto sociale e familiare talmente criminogeno da suggerire la possibilità che in capo ad essi sussista un vizio di volontà, o che comunque la loro colpevolezza risulti soggetta a quegli stessi meccanismi di attenuazione (per condizionamento sociale) riscontrabili nei confronti degli appartenenti a minoranze etniche immigrate. Come noto, questi ultimi soggetti, in ragione della loro vistosa crescita numerica in Italia come in tutti gli altri Stati occidentali, commettono sempre più di frequente quelli che ormai comunemente vengono definiti

⁽¹⁶⁾ In merito all'ammissibilità della quale cfr., per tutti, E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, Fratelli Bocca, 1900, 882 ss.; R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, Bocca, 1885, 426 ss.; C. LOMBROSO, *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, 820 ss.

“reati culturali”⁽¹⁷⁾. Reati rispetto ai quali viene spesso ammesso (specie ma non solo nei Paesi anglosassoni) il ricorso a *cultural defenses* implicanti l’attenuazione o addirittura l’esclusione della pena⁽¹⁸⁾.

Ma, ripeto, per intuibili ragioni di opportunità, in Italia non si è mai pensato di riconoscere l’operatività di qualsivoglia *cultural defense* rispetto ai reati appartenenti alla criminalità organizzata o di strada. Al contrario, si assiste alla messa in opera di meccanismi di repressione fondati innanzitutto sull’enfatizzazione della colpevolezza individuale, sulla esasperazione delle esigenze di “retribuzione giuridica”. Anche se per vero, come vedremo subito, questi argomenti di stampo retribuzionista servono spesso a giustificare il ricorso a misure dimentiche di ogni requisito proporzionalista, in quanto sotteraneamente concepite a scopo di neutralizzazione.

b) quanto *ai fini della difesa sociale*, è risaputo che essi variano a seconda dei singoli filoni della stessa, ma che in definitiva sono essenzialmente riconducibili a quelli, tra loro nettamente distinti, di *neutralizzazione del delinquente socialmente pericoloso* ovvero di *risocializzazione di tale soggetto*. Orbene, anche rispetto a tali fini l’attuale politica criminale italiana sembra percorrere strade differenti da quelle più congeniali alle tradizionali politiche di difesa sociale.

b1) Certo, relativamente *allo scopo di neutralizzazione*, le recenti leggi italiane indirizzate a lottare contro le due summenzionate forme di criminalità mirano appunto, anche se non soprattutto, alla neutralizzazione dei loro autori, specie attraverso il ricorso, per i soggetti coinvolti in forme gravi di criminalità organizzata, a pene detentive di lunga o lunghissima durata, e attraverso il ricorso a pene detentive effettive (cioè non sospese) e di media durata per gli autori di reati di strada, se plurirecidenti. Ma, in base all’attuale postulato del libero arbitrio, tale neutralizzazione parrebbe essere — almeno in teoria — la conseguenza di meccanismi legislativi di lotta alla criminalità improntati non già a concezioni positiviste, bensì all’idea di retribuzione, nonché alla funzione di prevenzione generale negativa della pena (secondo la quale il ricorso alla minaccia di sanzioni assai severe avviene con il precipuo scopo di disincentivare tutti gli appartenenti alla collettività dal porre in essere comportamenti criminali avvertiti come particolarmente lesivi della

⁽¹⁷⁾ Con tale espressione si fa convenzionalmente riferimento a quei fatti (considerati reati dalla legge del luogo in cui sono stati commessi) che sono frutto di un c.d. “conflitto normativo”, in quanto imposti, approvati, accettati, tollerati o comunque giustificati in base alle norme culturali e/o giuridiche vigenti nel gruppo culturale minoritario cui l’autore appartiene.

⁽¹⁸⁾ Cfr., per tutti, A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2006, 77 ss.; A. RENTELN, *The Cultural Defense*, New York, Oxford University Press, 2004, passim; A. PHILLIPS, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts*, in *Modern Law Review*, 2003, n. 66, 2003, 510 ss.

sicurezza collettiva). In caso poi di fallimento dell'effetto di intimidazione generale della pena, sempre in base al postulato del libero arbitrio, l'applicazione di una sanzione così severa da risultare di fatto neutralizzante viene giustificata sul piano teorico non tanto e non solo per ragioni di difesa sociale⁽¹⁹⁾. Viene giustificata, piuttosto, sia alla luce della essenza retributiva della pena sia in vista degli effetti di "intimidazione in concreto" derivanti da una sanzione siffatta (vale a dire in vista della attitudine della componente afflittiva insita nella esperienza della sanzione concretamente irrogata a disincentivare l'autore dalla commissione di ulteriori reati). Come ben si vede, giova ribadirlo, tanto nel momento legislativo quanto nel momento giudiziario le scelte sanzionatorie seguono — quantomeno in teoria — logiche che presuppongono un autore non dominato nei suoi istinti da fattori biologici o socioculturali, ma al contrario libero e responsabile, dunque — diversamente da quanto presupposto dalla teorie "pure" della difesa sociale — meritevole di essere retribuito e capace di essere motivato attraverso la pena.

b2) Un discorso non molto diverso sembra potersi fare riguardo *al fine della risocializzazione* — per vero mai negletto dalla difesa sociale⁽²⁰⁾ ed inoltre particolarmente caro alle più moderne correnti defensioniste ed in particolare alla "nuova difesa sociale"⁽²¹⁾. Certamente, anche a causa degli influssi della difesa sociale sul sistema penale italiano, all'interno di quest'ultimo la risocializzazione costituisce pur sempre un fine essenziale, imprescindibile: tant'è che la "rieducazione del condannato" — da intendersi, per l'appunto, in un'ottica non morale, ma sociale — risulta essere l'unica finalità della pena esplicitamente prevista nella Costituzione (art. 27 comma terzo). Occorre tuttavia riconoscere che nella moderna legislazione penale italiana volta a contrastare la criminalità organizzata, ovvero la criminalità di strada, la componente risocializzativa della sanzione non risulta adeguatamente valorizzata.

Questa affermazione potrebbe suscitare sorpresa, soprattutto ove ci si riferisca specificamente all'attività di contrasto della criminalità organizzata, politica e mafiosa. È infatti noto che la legislazione italiana in materia è stata la prima a incentivare con ogni mezzo (ma specialmente con la promessa sia di significative riduzioni della pena, sia di ulteriori benefici in sede di esecuzione della stessa) comportamenti in capo al reo riconducibili in modo più o meno evidente al concetto di "pentimento" nelle sue diverse accezioni, dunque anche in quella funzionale alla reintegrazione del colpevole all'in-

⁽¹⁹⁾ La qual cosa, secondo la massima parte della dottrina, trasformerebbe indebitamente l'autore del reato in un mero strumento di politica criminale.

⁽²⁰⁾ Cfr., per tutti, R. BISI, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, Franco Angeli editore, 2004, 95.

⁽²¹⁾ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Editions Cujas, 1954.

terno della società. Per vero, già nel codice penale italiano del 1930 si rinvenivano norme volte a “premiare” uno o più concorrenti nel reato con consistenti riduzioni di pena in caso di realizzazione di comportamenti antagonistici rispetto a quello incriminato, in quanto volti a elidere o diminuire il danno causato dal reato⁽²²⁾. Si trattava, tuttavia, di forme di premio che, proprio in quanto corrispettive ad una diminuzione della gravità oggettiva del reato, si giustificavano innanzitutto in una prospettiva di retribuzione/proporzione. Viceversa, è solo a partire dagli anni '70 dello scorso secolo che, proprio per lottare più efficacemente contro le forme di criminalità considerate maggiormente pericolose, si introducono a favore dell'autore del reato benefici sempre più allettanti⁽²³⁾ e applicabili anche in caso di comportamenti (detti “di pentimento”) consistenti non già in forme di più o meno intensa riparazione dell'offesa, bensì in forme di collaborazione con l'autorità inquirente, destinate ad agevolare l'individuazione dei colpevoli e l'accertamento della singola responsabilità penali⁽²⁴⁾.

Va inoltre ammesso che le norme penali italiane volte a prevedere tali ulteriori benefici in caso di collaborazione processuale sono state introdotte non in vista del fine primario della rieducazione-risocializzazione dell'autore, ma soprattutto in vista della contribuzione di quest'ultimo allo smantellamento dell'associazione criminale attraverso la rivelazione dei nomi dei compartecipi, nonché alla messa a disposizione delle autorità inquirenti e giudicanti di materiale probatorio atto a semplificare le attività investigative e decisionali delle suddette autorità. Più precisamente, lungi dal favorire una vera “risocializzazione” del reo, i suddetti benefici si configurano come mezzi processuali di indagine incentrati su forme di pressione psicologica nei confronti dell'imputato, tanto più efficaci quanto più l'applicazione di tali benefici dipenda da parametri di incerta definizione e dunque, in definitiva, dalla discrezionalità del giudice⁽²⁵⁾. Una controprova del ruolo marginale assunto dalla funzione rieducativa all'interno del trattamento sanzionatorio

⁽²²⁾ Cfr., in particolare, l'art. 56 c.p. in tema di delitto tentato. In base ai commi 3 e 4 di tale articolo “Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà”.

⁽²³⁾ In quanto consistenti non solo nella diminuzione della pena applicabile, ma anche nella concessione di ulteriori conseguenze favorevoli, quali la concessione della sospensione condizionale o della semilibertà.

⁽²⁴⁾ Cfr., per tutti, T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, 529 ss.

⁽²⁵⁾ Appare superfluo sottolineare quanto tali norme “premiali” implicino pericoli di degradazione del sistema penale e del costume giudiziario.

previsto ed applicato nei confronti dei partecipi alle associazioni criminali è costituita dal fatto che nei confronti di quanti non hanno fornito (o potuto fornire) prove concrete del loro “pentimento” sono previste forme di “carcere duro” (art. 41 bis ord. pen.)⁽²⁶⁾. Forme di carcerazione, queste, considerate da larga parte della dottrina ai limiti della legittimità costituzionale⁽²⁷⁾ proprio in quanto carenti sul versante rieducativo, anzi tendenzialmente idonee a rafforzare la desocializzazione dell’autore e la sua contrapposizione alle istituzioni. Del resto è noto che tanto più la pena detentiva, a causa delle sue modalità esecutive, si caratterizza per un elevato coefficiente di afflittività, tanto meno essa è in grado di correggere e dunque risocializzare l’autore⁽²⁸⁾.

Pur nella diversità della loro complessiva disciplina penale, considerazioni in parte analoghe possono farsi anche con riferimento al trattamento punitivo previsto nei confronti dei “criminali di strada”, dato che il processo di progressivo aumento della durata delle sanzioni detentive previste ed applicate ad essi (specie se recidivi) è pensato essenzialmente per “retribuirli”, per intimidirli⁽²⁹⁾ e per neutralizzarli; viceversa, solo negando la realtà si può dire che tale processo è pensato innanzitutto per favorire la risocializzazione di tali soggetti. Del resto, è ben noto che le pene detentive non solo di lunga ma anche di media durata, seppure sul piano teorico si prestano a consentire il trattamento progressivo del reo in vista della sua reimmissione in libertà, sul piano pratico (soprattutto a causa delle poche risorse disponibili all’interno delle carceri, vale a dire della carenza di supporti scolastici, medici, psicologici) rischiano di divenire una scuola di criminalità, e dunque di restituire alla società, una volta terminata la pena, un soggetto più pericoloso di prima.

b3) Ma le attuali forme di lotta sviluppate in Italia nei confronti della criminalità organizzata, e più ancora quelle nei confronti della criminalità di

⁽²⁶⁾ Consistenti nella sospensione dell’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti, e nell’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, che comportano tra l’altro la limitazione all’estremo dei colloqui coi familiari (uno al mese, di non più di dieci minuti), la sottoposizione a censura della corrispondenza, la limitazione della cosiddetta “ora d’aria”, l’impossibilità di comunicare tra gruppi diversi di detenuti, ecc.

⁽²⁷⁾ Cfr., tra gli altri, F. GIUNTA, *L. 16 febbraio 1995, n. 36 - Proroga delle disposizioni di cui all’art. 41 bis l. 26 luglio 1975, n. 354, sulla sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, in *La legislazione penale*, 1996, p. 45 ss.; M. RUOTOLO, *Quando l’emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 417 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr., emblematicamente, N. Bobbio, “Prefazione” a I. Invernizzi, *Il carcere come scuola di rivoluzione*, Torino, Einaudi Editore, 1973, p. X.

⁽²⁹⁾ A livello astratto (prevenzione generale negativa) e a livello concreto (prevenzione speciale negativa).

strada, non sono solo finalizzate ad attuare una intimidazione e una “retribuzione” (per di più spesso “sproporzionata per eccesso”) ⁽³⁰⁾ del reo del tutto estranee alla concezione positivista del diritto penale; non si limitano a perseguire la neutralizzazione di tale soggetto in modi diversi da quelli tradizionalmente fatti propri dalla difesa sociale; non si limitano a sacrificare l’istanza risocializzativa ben al di là di quanto auspicato dalle moderne evoluzioni della difesa sociale. Esse si prefiggono anche ulteriori fini tradizionalmente trascurati dai diversi filoni della dottrina positivista. Qui mi limiterò a sottolineare che nel nostro Paese le leggi contro la criminalità organizzata, ma soprattutto quelle contro la criminalità di strada, tendono a perseguire finalità definite di *prevenzione generale integratrice*. Finalità, queste, consistenti nel consolidare la fiducia dei cittadini nel diritto ⁽³¹⁾ concentrando la lotta contro il crimine in quei settori rispetto ai quali l’attività repressiva trova il massimo consenso della pubblica opinione. In questo modo si finisce oltretutto col canalizzare il consenso sociale sulle forze politiche al potere, grazie anche allo sforzo di queste ultime non tanto nel realizzare le riforme più urgenti, razionali ed efficaci in vista della sicurezza collettiva, quanto nell’assecondare le pulsioni e i “bisogni di pena” espressi da un elettorato in cerca di una sia pur illusoria tutela rispetto al crimine ⁽³²⁾.

Attraverso un’abile manipolazione della *prevenzione generale integratrice* realizzata con l’aiuto dei media e con proclami sull’importanza e la decisività per la sicurezza collettiva delle moderne, summenzionate leggi penali italiane volte a lottare contro le succitate forme di criminalità organizzata e di strada ⁽³³⁾, il potere politico riesce anche a distrarre l’attenzione della collettività dalla dannosità sociale insita nella *criminalità politica e dei colletti bianchi* (le quali peraltro costituiscono anch’esse, il più delle volte, forme di criminalità organizzata che sarebbe fondamentale debellare in vista del bene pubblico). In tal modo in Italia sono state varate nell’indifferenza quasi generale riforme tese a depenalizzare molte delle suddette forme di criminalità, o comunque a vanificare l’attività di contrasto svolta rispetto ad esse

⁽³⁰⁾ Cfr., ad esempio, A. BERNARDI, *Ombres et lumières de la politique criminelle italienne dans l’ère de l’urgence perpétuelle*, in *Déviance et société*, 2004, 441.

⁽³¹⁾ Cfr., per tutti, G. DE VERO, *L’incerto percorso e le prospettive di approdo dell’idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439 ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, 269 ss.

⁽³²⁾ Cfr., ad esempio, E. MONTANI, *La criminalità degli immigrati e le norme del pacchetto sicurezza*, 2008, in <http://www.side-isle.it/ocs/viewabstract.php?id=233&cf=2>.

⁽³³⁾ A proposito dell’enfasi posta in Italia sui pericoli connessi alla criminalità di strada cfr. A. BERNARDI, *Ombres et lumières de la politique criminelle italienne dans l’ère de l’urgence perpétuelle*, cit., 443 ss.

dalle forze di polizia e dalla magistratura. Sembra superfluo sottolineare che — concentrando l'attenzione dell'elettorato su ben specifiche "forme di criminalità" o su "tipi criminologici di autore" e al contempo distogliendo l'attenzione da forme di criminalità a volte altrettanto se non più gravi — si finisce col rendere un cattivo servizio alla intera società. Quest'ultima necessita infatti di una difesa dal crimine non già "a macchia di leopardo", ma equamente indirizzata contro tutte le attività illegali capaci di ledere in misura significativa beni giuridici di rilievo costituzionale.

c) Passando infine all'esame dei *metodi* prescelti dalle recenti leggi penali italiane per lottare contro la criminalità organizzata e di strada, merita quantomeno di essere sottolineato l'allontanamento se non addirittura il sovvertimento di taluni dei tradizionali metodi concepiti dalla scuola positiva.

c1) Il riferimento è innanzitutto a quei provvedimenti di varia natura (politico-amministrativa, economica, scientifica, familiare, educativa, ecc.) denominati "sostitutivi penali". Certamente, in questa sede non si vuole negare né l'ingenuità di certi "sostitutivi"⁽³⁴⁾, né la difficoltà della loro applicazione, di cui lo stesso Ferri era del resto consapevole⁽³⁵⁾, né l'eccessiva ingerenza pubblica che molti di essi determinano nella vita privata⁽³⁶⁾. E tuttavia, non può non colpire quanto l'esperienza italiana, specie di questi ultimi anni, abbia dimostrato di non tenere assolutamente conto neppure dei più ragionevoli e accessibili sostitutivi penali suggeriti dalla scuola della difesa sociale.

Il primo e forse il più efficace di questi sostitutivi potrebbe consistere nella "scuola dell'esempio" offerta dai pubblici poteri attraverso i loro insegnamenti, attraverso i loro concreti comportamenti (se virtuosi), nonché attraverso i valori espressi dai loro stessi prodotti normativi, attraverso i messaggi ad essi sottesi⁽³⁷⁾. Viceversa, l'esempio di sé proposto da certi uomini politici italiani di primissimo piano è quantomeno sconcertante, così come sconcertanti sono le loro "lezioni di illegalità" (nel senso di disprezzo delle tradizioni di civiltà, di spregio e demonizzazione delle istituzioni e specialmente di quelle deputate al controllo giudiziario dello Stato di diritto). Sconcertante si rivela del resto anche l'attuale politica legislativa italiana — costellata di sempre più frequenti leggi di depenalizzazione, o comunque di indulti,

⁽³⁴⁾ Cfr., tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2009, 559.

⁽³⁵⁾ "Perché essa implicherebbe il sovvertimento di una immensa quantità di energie, abitudini, tradizioni", R. BISI, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, cit., 95.

⁽³⁶⁾ Cfr. A. GABELLI, *Sulla scuola positiva del diritto penale in Italia*, in *Rivista penale*, 1886, 524 ss.

⁽³⁷⁾ Sul ruolo centrale ricoperto dalla "scuola dell'esperienza e dell'esempio" proposta sia dagli istituti deputati alla didattica sia in generale dai pubblici poteri cfr. FERRI E., 1930, 445.

condoni e sanatorie varie, specialmente nei confronti dei delinquenti abbienti — la quale dimostra così di non tener in nessun conto la valenza diseducativa e criminogena insita sia nella legittimazione, attraverso appositi atti normativi, di comportamenti socialmente dannosi e riprovevoli, sia nel varo a getto continuo di soluzioni legali volte a sanare con sanzioni pecuniarie irrisorie la commissione di reati anche gravi (per esempio, in materia di inquinamento, di urbanistica, di industria e commercio). Oltretutto, la vieppiù frequente emanazione di leggi ingiuste e criminogene non induce al reato solo gli appartenenti a quei gruppi sociali cui le leggi in questione sono nella maggior parte dei casi indirizzate. Al contrario, ogni esempio di illegalità proveniente dal Potere risulta di fatto rivolto all'intera collettività, e in particolar modo a quei gruppi disagiati e desocializzati nei quali più facilmente attecchisce la tentazione di infrangere le regole della civile convivenza. In altre parole, come è stato provocatoriamente osservato, “come potrà un Paese dove ogni cosa è illegale discriminare, condannandola, la mia illegalità?”⁽³⁸⁾.

Un ulteriore esempio di “sostitutivo penale” a carattere sociale e urbanistico ricco di positive ricadute in chiave preventiva è rappresentato dalla soppressione dei ghetti, sulla cui necessità già Enrico Ferri aveva avuto modo di soffermarsi a più riprese⁽³⁹⁾; mentre per contro incomincia ad affermarsi in Italia (sia pure per ora in casi sporadici e a livello locale) la deprecabile tendenza a creare e istituzionalizzare ghetti contrassegnati addirittura da “barriere architettoniche” volte a dividere dal resto della popolazione, in nome della pubblica sicurezza, minoranze immigrate ritenute a ragione o a torto particolarmente problematiche, e dunque volte a garantire la pubblica sicurezza⁽⁴⁰⁾.

Ora, non sarebbe difficile ricordare ulteriori “sostitutivi penali” frutto della ingegnosa fantasia della scuola di difesa sociale, e della convinzione di questa che la legge penale non sia l'unico rimedio possibile per combattere con successo le forme di patologia sociale. Sostitutivi penali anch'essi, al pari di quelli sopra citati, proficuamente recepibili ma sistematicamente ignorati

⁽³⁸⁾ V. RUGGIERO, *Stranieri e illegalità nell'Italia criminogena*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, n. 2, 28. Su queste e su altre “tecniche di neutralizzazione” della portata precettiva della norma, volte a legittimare ai propri ed altrui occhi il reato commesso o che ci si accinge a commettere cfr. G.M. SYKES, D. MATZA, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, in *American Sociological Review*, vol. 22, 1957, 664.

⁽³⁹⁾ Cfr., in particolare, *Sociologia criminale*, *passim*.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Comune di Padova, “Deliberazione della Giunta comunale n. 2006/0486 del 04/08/2006”. Nella prospettiva ultima di un ipotizzato “piano di recupero di via Anelli”, attualmente considerata zona di degrado, tale delibera stabilisce di “isolare l'area” del complesso “Serenissima” di via Anelli, attraverso il ricorso a quello che è stato subito definito il “muro di Padova”. Cfr. Muro di Padova, in *Wikipedia, l'enciclopedia libera*, 19 novembre 2009.

nell'attuale realtà italiana, o addirittura derisi e combattuti dai pubblici poteri. Purtroppo, oggi come oggi, tutto si può dire meno che l'attività di prevenzione della criminalità abbia quale scopo prioritario la realizzazione di una "migliore politica di giustizia sociale", come invece a suo tempo auspicato da una autorevole commissione di studio della "Sezione di difesa sociale" del "Consiglio economico e sociale" dell'ONU⁽⁴¹⁾.

b2) Sempre riguardo ai *metodi* prescelti dalle recenti leggi penali italiane per lottare contro la criminalità organizzata e di strada, un secondo profilo di sostanziale differenza rispetto ai tradizionali metodi suggeriti dalla scuola positiva (peraltro, strettamente collegato al vistoso disinteresse verso ogni forma di "sostituto penale") consiste nel massiccio ricorso al diritto penale e ai suoi strumenti più vistosamente repressivi. Come già in un'altra occasione ho avuto modo di sottolineare, "è possibile affermare che ognuna di queste forme di criminalità ha determinato in Italia l'adozione di scelte normative e/o di prassi applicative in più o meno evidente tensione non solo con un programma di diritto penale minimo⁽⁴²⁾, ma con gli stessi principi informativi di ogni sistema penale democratico e garantista"⁽⁴³⁾. Come è facile capire, la tendenza creare un "diritto penale massimo", e in particolare ad attuare una strategia penale de "tolleranza zero" rispetto alla piccola delinquenza comune allo scopo di rassicurare la collettività, di attenuare cioè l'allarme sociale, si pone in antitesi con l'insegnamento della difesa sociale; insegnamento teso ad affermare che per porre freno all'attività criminale risultano assai più efficaci le riforme sociali di quelle penali, e che comunque per combattere il crimine non si deve fare troppo affidamento sugli strumenti repressivi, stante la loro incapacità di inibire le remote origini del delitto⁽⁴⁴⁾.

Certamente, una seria indagine comparativa da un lato sui sostitutivi penali proposti dalla difesa sociale, dall'altro lato sulle complessive strategie di contrasto alla criminalità oggi proposte in Italia sarebbe di estremo interesse anche se, per certi aspetti, ultronea agli scopi del presente lavoro. In questa sede basterà quindi ribadire che le leggi penali che nel corso degli ultimi decenni sono state varate per lottare contro le forme di criminalità ritenute più pericolose, pur ponendosi il fine della sicurezza pubblica e privata e pur risultando spesso (specie riguardo al trattamento sanzionatorio

⁽⁴¹⁾ Cfr. F. GRAMATICA, voce *Difesa sociale*, in *Novissimo digesto italiano*, III edizione, vol. V, Torino, Utet, 1979, 637.

⁽⁴²⁾ Sui diversi significati dell'espressione "diritto penale minimo" cfr., da ultimo e per tutti, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma 2002, p. 9 ss.

⁽⁴³⁾ A. BERNARDI, *Ombres et lumières de la politique criminelle italienne dans l'ère de l'urgence perpétuelle*, cit., 440.

⁽⁴⁴⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., 460.

da esse previsto)⁽⁴⁵⁾ lontane dai modelli penali della scuola classica, non possono dirsi sintomatiche di un effettiva rivivescenza in Italia della difesa sociale nelle sue diverse accezioni. Ciò però non significa che non vi siano altri momenti del sistema penale italiano in cui le radici teoriche della difesa sociale siano rimaste più salde; ovvero in cui gli scopi “utilitaristici” di prevenzione e risocializzazione assumano connotazioni alquanto nuove o addirittura deformate, ma comunque pur sempre in linea con le concezioni positivistiche, volte a trascurare o comunque sottovalutare la responsabilità giuridico-morale dell'autore per il fatto commesso.

5. *Rinascita e mutazioni della difesa sociale nel diritto penale italiano. La valorizzazione di vecchie e nuove tipologie criminologiche di autore.*

Allo scopo di meglio cogliere le espressioni della difesa sociale rimaste vive all'interno del sistema penale italiano, e persino dimostratesi capaci di estendere, vivificare e trasformare (in meglio o in peggio) gli obiettivi pratici del positivismo criminologico, conviene abbandonare l'esame delle leggi tese a colpire i più gravi ovvero i più allarmanti fenomeni criminali, per concentrare l'attenzione sulla disciplina di ben precisi tipi di autore; disciplina che talora sembra addirittura disseppellire tipologie soggettive politicamente e socialmente connotate a suo tempo previste dal Progetto Ferri del 1921, ovvero disegnarne di nuove e attualissime. Anche l'Italia infatti, come del resto tutta l'Europa, “sembra essere percorsa dal mito dell'autore pericoloso, contro il quale devono essere affinati gli strumenti di lotta”⁽⁴⁶⁾. Un mito che, mentre per le forme anche gravi di criminalità in precedenza ricordate risulta almeno in parte contrastato nelle sue più nefaste derive securitarie dal principio di proporzione inteso come limite alle istanze della prevenzione negativa e positiva, sembra incontrare minori ostacoli in relazione a talune

⁽⁴⁵⁾ Si pensi in particolare, *rispetto ai reati di criminalità organizzata*, al varo di assai discusse misure di prevenzione *ante delictum* nei confronti degli indiziati di appartenere alla mafia o dei sospettati di attività terroristica (F. BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 68 ss.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, III, Milano, 1972, p. 1628 ss.), all'uso massiccio della carcerazione preventiva in funzione di pena anticipata e di neutralizzazione, al ricorso a pene talora sproporzionate per eccesso causa delle loro prevalenti finalità preventivo-repressive. Ma, invero, anche rispetto alle summenzionate *forme di criminalità di strada* si è assistito ad aumenti di pena non di rado sproporzionati, in quanto pensati dal legislatore non tanto in rapporto alla colpevolezza per il fatto, quanto in funzione intimidativa, neutralizzativa, escludente.

⁽⁴⁶⁾ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., 387.

specifiche categorie di soggetti. In relazione a quelle categorie di soggetti, cioè, rispetto alle quali vuoi l'assenza o la carenza di capacità di intendere e di volere, vuoi ulteriori, diverse caratteristiche dell'autore e/o dei fatti da lui commessi ripropongono rinascenti concezioni positiviste volte ad enfatizzare la specificità criminologica del reo. In questa sede ci si limiterà a prendere in esame cinque distinte tipologie di autori, analizzate a partire da quelle contraddistinte da una totale assenza di responsabilità personale, per poi proseguire con quelle caratterizzate da forme varie di responsabilità attenuata, amplificata ovvero deformata. Tali tipologie concernono: *i malati mentali, i minori, i recidivi, i delinquenti sessuali, gli immigrati*. Vengono dunque qui trascurati altri tipi di autori peraltro, in linea di massima, non certo immeritevoli di considerazione, in quanto ormai oggetto di apposite strategie anticriminali: basti pensare, ad esempio, *agli stalkers o persecutori e ai tifosi sportivi violenti*. In ogni caso, anche circoscrivendo l'indagine alle suddette cinque tipologie di autori sarà possibile verificare che le misure di difesa sociale predisposte a livello penale tendono a modificarsi a seconda dell'uno o dell'altro dei tipologie di autori considerate, così come tendono ad evolvere col passare del tempo, di volta in volta valorizzando (ma anche stravolgendo) aspetti diversi della scuola positiva e dei relativi meccanismi di prevenzione.

6. *La disciplina penale dei malati mentali. Dal dogma della pericolosità sociale escludente alla valorizzazione della funzione curativo-risocializzativa.*

Stante la tendenziale, riconosciuta irresponsabilità degli autori di reato affetti da malattia mentale, e stante la generalizzata propensione a sottoporre i malati mentali pericolosi a misure non punitive volte alla neutralizzazione e risocializzazione degli stessi, la disciplina penale della malattia mentale risulta, in Italia come nella massima parte dei Paesi occidentali, sostanzialmente improntata alle concezioni della difesa sociale. Al riguardo, sembra anzi possibile dire che le idee-base della scuola positiva (determinismo causale, pericolosità sociale, concezione "utilitarista" della risposta penale) risultano particolarmente radicate in questo ambito. Ciò non esclude, naturalmente, che ogni Stato presenti elementi di specificità riguardo alla disciplina penale della malattia mentale, e che la suddetta disciplina tenda comunque ad evolvere in modo più o meno rapido ed evidente, rivelando così l'assenza di posizioni stabili e definite in questo delicatissimo settore così come, più in generale, nell'articolato universo della difesa sociale.

In Italia tale evoluzione si coglie ad un triplice livello: a) a livello legislativo in quanto, pur all'interno di un quadro normativo sotto molti aspetti stabile, sono riscontrabili alcuni significativi mutamenti, soprattutto per quanto concerne le norme del codice penale relative ai rapporti tra lo stato di infermità mentale dell'autore e la sua pericolosità e dunque — sia pur

solo di riflesso — per quanto concerne i casi di ricorso alle misure di sicurezza applicabili ai malati mentali pericolosi; *b*) a livello dottrinale e giurisprudenziale, per quanto concerne il concetto stesso di malattia mentale e la valutazione degli effetti prodotti da quest'ultima sulla capacità di intendere e di volere; *c*) a livello essenzialmente giurisprudenziale, per quanto concerne il regime applicativo delle misure concepite per neutralizzare e per curare/rieducare i soggetti in stato di infermità psichica giudicati pericolosi a seguito della commissione di un reato.

a) Non è certo qui possibile una articolata trattazione della disciplina dei malati mentali nel sistema penale italiano, dei suoi profili di stabilità (*a1*) ovvero all'opposto, di evolutività (*a2*)⁽⁴⁷⁾.

a1) Per quanto concerne le fondamentali e più stabili norme in materia, va ricordato che l'infermità mentale è considerata "penalmente rilevante" quando esclude del tutto la capacità di intendere e di volere del soggetto (in tal caso si parla di "vizio totale di mente", con conseguente inimputabilità dell'autore ai sensi dell'art. 88 c.p. e impossibilità per questi di essere assoggettato alla pena ai sensi dell'art. 85 c.p.⁽⁴⁸⁾), ovvero quando determina una elevata diminuzione della capacità di intendere e di volere (in tal caso si parla di "vizio parziale di mente", con conseguente semi-imputabilità dell'autore e applicazione di una pena diminuita ai sensi dell'art. 89 c.p.). Alla infermità mentale è poi equiparata la "cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti" (art. 95 c.p.)⁽⁴⁹⁾ e, per certi aspetti, la sordità (art. 96 c.p.)⁽⁵⁰⁾, dato che anche questi stati patologici implicano (nel caso dell'art. 95 c.p.) o possono implicare (nel caso dell'art. 96 c.p.) un vizio di mente totale o parziale. Viceversa, lo stesso codice penale nega che semplici "stati emotivi e passionali" possano escludere o diminuire l'imputabilità (art. 90); del pari, sempre ai sensi del codice penale viene considerato imputabile, e dunque punibile, sia chi si è posto volontariamente in uno stato di incapacità di intendere e di volere (art. 87), sia chi risulti essere in stato di ubriachezza volontaria o colposa (art. 92), sia infine chi assuma sostanze stupefacenti (art. 93).

⁽⁴⁷⁾ Al riguardo cfr., diffusamente, M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁽⁴⁸⁾ In base al quale "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere".

⁽⁴⁹⁾ Che si distingue dalle forme di ubriachezza e di uso di stupefacenti per la cronicità dei suoi fenomeni patologici, persistenti anche dopo l'eliminazione dell'alcool o delle sostanze stupefacenti assunte.

⁽⁵⁰⁾ Nel senso che la sordità, pur non comportando alcuna presunzione assoluta di inimputabilità, è considerata condizione indiziante di una possibile inimputabilità o semi-imputabilità, da valutarsi caso per caso.

a2) Come anticipato, le disposizioni in tema di accertamento della pericolosità degli infermi di mente hanno conosciuto profonde modifiche, essendo stato cancellato dalla legge 10 ottobre 1986 n. 663 l'art. 204 c.p., che prevedeva numerose ipotesi di pericolosità presunta, per le quali dunque non era necessaria l'accertamento del giudice⁽⁵¹⁾. Tra queste ipotesi di pericolosità presunta ormai abrogate, in particolare, due riguardavano il tema della malattia mentale: la prima concerneva gli autori di reato dichiarati inimputabili per vizio totale di mente (come già ricordato derivante, volta a volta, da malattia psichica, da una intossicazione cronica da alcool o da stupefacenti e da sordomutismo); la seconda concerneva i soggetti dichiarati semi-imputabili per vizio parziale di mente (derivante dalle medesime cause). Ormai da oltre vent'anni, dunque, l'accertamento della pericolosità sociale dell'autore del reato è effettuato dal giudice con riferimento ai singoli casi concreti sottoposti al suo giudizio⁽⁵²⁾, e solo successivamente a tale dichiarazione di pericolosità può essere ordinata l'applicazione di misure di sicurezza personali⁽⁵³⁾. Ai fini di tale accertamento il giudice deve prendere in considerazione il comportamento del reo, la sua personalità e il suo contesto socio-ambientale, e comunque può avvalersi del parere tecnico dello psichiatra forense sia in fase cognitiva sia in fase esecutiva⁽⁵⁴⁾: fermo restando che, nell'ambito del giudizio di pericolosità, la malattia mentale risulta ormai essere un indicatore equiparato a quelli previsti dall'art. 133 c.p.⁽⁵⁵⁾.

b) Per quanto concerne l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale del concetto di infermità mentale, è ormai pacifico che tale concetto ricomprende in sé non solo le più tradizionali forme di infermità a base organica, quali le psicosi, ma anche ogni altra rilevante anomalia psichica quali le psicopatie, le nevrosi, e in genere ogni significativo disturbo psichico a carattere sia permanente sia transitorio, indipendentemente da una sua precisa classificazione nosografica. Attualmente, la tesi prevalente riconosce dunque nell'infermità mentale un "concetto aperto", il cui contenuto va determinato in base allo scopo della norma sull'imputabilità, che è quello di escludere o diminuire la responsabilità penale in tutti i casi in cui siano notevolmente

⁽⁵¹⁾ Tuttavia, in taluni casi particolari, le suddette presunzioni non erano assolute, ma ammettevano la prova contraria: cfr. il comma 2 dell'abrogato art. 204 c.p.

⁽⁵²⁾ Cfr., per tutti, A. CALABRIA, V. CACCAMO, *Art. 206*, in *Le fonti del diritto italiano — Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, Giuffrè editore, vol. I, 2007, 1334.

⁽⁵³⁾ Viceversa, il requisito della pericolosità sociale non è richiesto per l'applicazione di misure di sicurezza patrimoniali. Sulla distinzione tra misura di sicurezza personali e patrimoniali cfr. par. 1, nt. 3.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. S. AGOSTINI, I. DI PIETRO, G. MAZZEO, A. MICOLI, A. PERATA, *La pericolosità sociale e l'Ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Zacchia*, 2007, 339.

⁽⁵⁵⁾ Cfr., *supra*, *sub* par. 2, nt. 8.

compromesse le facoltà intellettive e volitive⁽⁵⁶⁾. Così, per esempio, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno ricompreso tra le infermità mentali penalmente rilevanti anche “i gravi disturbi della personalità”, a patto che giungano a compromettere la capacità di intendere e di volere e che uno dei suddetti disturbi sia collegabile sul piano causale alla commissione del reato⁽⁵⁷⁾. In ogni caso, stante l’attuale assenza di presunzioni legali assolute di inimputabilità, spetta sempre al giudice accertare in concreto gli effetti prodotti dalla malattia mentale, indipendentemente dalla sua esatta denominazione clinica. Tuttavia, l’accertamento del vizio di mente, sia esso totale o parziale, costituisce questione medico-psichiatrica più che giuridica. Ne consegue che, date anche le incertezze scientifiche presenti nel mondo della psichiatria, un siffatto accertamento implica talora dubbi e incertezze; basti pensare ai casi di semplice sviluppo mentale ritardato, al problema dell’imputabilità di quanti, affetti da malattie mentali con manifestazioni intervallate nel tempo, commettono il reato in quello che viene definito il “lucido intervallo”, al problema della compatibilità tra vizio parziale di mente e premeditazione⁽⁵⁸⁾ e ai mille altri problemi concernenti l’individuazione della malattia mentale nell’autore del reato a i condizionamenti comportamentali che essa determina. In sostanza, la giurisprudenza si trova costantemente costretta a confrontarsi con difficili questioni d’ordine scientifico. Si tratta di questioni sempre nuove e sempre esposte a nuove soluzioni sul piano giuridico, seppure riconducibili ai temi tradizionali oggetto di scontro tra scuola classica e scuola positiva: vale a dire al dibattito sulle alternative tra libertà morale e determinismo biologico/sociologico e sull’ammissibilità o inammissibilità del rimprovero morale, temi questi che proprio nelle ipotesi più lievi e discutibili di malattia mentale mostrano una sorta di perenne vitalità.

c) Evidenti processi evolutivi di matrice giurisprudenziale si colgono anche riguardo al regime applicativo delle misure adottate in caso di pericolosità sociale dell’infermo di mente: vale a dire riguardo al regime applicativo dell’“ospedale psichiatrico giudiziario” (O.P.G.), cui sono destinati gli autori di reato con vizio totale di mente, e della “casa di cura o custodia” (C.C.C.), cui sono destinati gli autori di reato con vizio parziale di mente. Si tratta, in entrambi i casi, di strutture ibride, in quanto al contempo sanitarie e giudiziarie⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., ad esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 669.

⁽⁵⁷⁾ Sent. 8 marzo 2005, Raso.

⁽⁵⁸⁾ In merito al quale cfr., da ultimo, Cass., 27 febbraio 2009, in *Studium iuris*, 2009, 1035.

⁽⁵⁹⁾ Con specifico riferimento agli O.P.G., essi, costituiscono l’evoluzione dei manicomi criminali (o manicomi giudiziari), sorti nel nostro Paese con l’affermazione delle concezioni positiviste e bio-antropologiche in base alle quali molti malati mentali pericolosi venivano considerati sostanzialmente incurabili, e dunque ten-

In effetti, è stata a più riprese la Corte costituzionale a compensare con i suoi interventi l'inerzia del legislatore, il quale — come puntualmente stigmatizzato⁽⁶⁰⁾ — “ha mancato ogni appuntamento di riforma delle misure di sicurezza”⁽⁶¹⁾.

Innanzitutto, tale Corte ha provveduto a eliminare il rigido automatismo previsto in origine dal codice penale del 1930 in ordine ai tempi di durata e di revoca di tali misure di sicurezza. In particolare, con una sentenza della prima metà degli anni '70⁽⁶²⁾, il giudice delle leggi ha previsto la possibilità che le suddette misure di sicurezza possano essere revocate prima della scadenza del termine minimo previsto dalla legge, qualora il soggetto, anche prima di questa data, risulti guarito e dunque capace di intendere e di volere; mentre con altre due sentenze della prima metà degli anni '80⁽⁶³⁾ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'applicazione della misura di sicurezza senza previo accertamento in concreto circa la persistenza della pericolosità sociale al momento della sottoposizione dell'autore alla misura stessa.

Ancora più importanti sono risultate, comunque, due sentenze della Corte costituzionale degli anni 2000, con le quali si è proseguita l'opera di eliminazione degli automatismi applicativi dell'ospedale psichiatrico giudiziario. Con la prima⁽⁶⁴⁾ la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma concernente il ricovero in un O.P.G. (art. 222 c.p.) nella parte in cui non consentiva al giudice di adottare, nei riguardi del soggetto prosciolto per

denzialmente destinati a passare tutta la loro esistenza in apposite strutture. Nella consapevolezza che tanto i manicomi civili quanto le carceri risultavano inadatti a tali soggetti: i primi in quanto carenti di adeguate misure di sicurezza sociale, le seconde in quanto inadatte a gestire questo tipo di detenuti. Cfr. S. AGOSTINI, I. DI PIETRO, G. MAZZEO, A. MICOLI, A. PERATA, *La pericolosità sociale e l'Ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 345.

⁽⁶⁰⁾ A. CALABRIA, V. CACCAMO, *Art. 206*, cit., 1342.

⁽⁶¹⁾ Tale affermazione è particolarmente vera per quanto concerne gli O.P.G., che non sono stati coinvolti nelle importanti leggi di riforma degli ospedali psichiatrici “non giudiziari” avutesi in Italia nella seconda metà del secolo scorso. Si pensi, alla l. 18 marzo 1968 n. 431 in tema di assistenza psichiatrica; e più ancora alla l. 13 maggio 1978, n. 180 in tema di accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori, che ha abolito il concetto di pericolosità sociale del malato di mente e ha previsto la chiusura degli ospedali psichiatrici, ormai sostituiti dai servizi e presidi territoriali extra-ospedalieri. Solo quando vi siano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici e questi non siano accettati dal malato, si può ricorrere al “trattamento sanitario obbligatorio”(T.S.O.), cioè al ricovero presso gli Ospedali Generali in specifici reparti denominati “servizi psichiatrici di diagnosi e cura” (S.P.D.C.).

⁽⁶²⁾ Sent. 23 aprile 1974, n. 110.

⁽⁶³⁾ Sent. 8 luglio 1982, n. 139 e sent. 15 luglio 1983, n. 249.

⁽⁶⁴⁾ Sent 18 luglio 2003, n. 253.

infermità psichica e giudicato socialmente pericoloso, una misura di sicurezza diversa dall'O.P.G. ⁽⁶⁵⁾, scelta tra quelle previste dalla legge e considerata idonea a soddisfare contemporaneamente le esigenze sia di cura dell'infermo di mente sia di controllo della sua pericolosità ⁽⁶⁶⁾. Con la seconda sentenza ⁽⁶⁷⁾, che porta a ulteriori conseguenze gli argomenti sviluppati nella prima, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma concernente l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza (art. 206 c.p.), nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale ⁽⁶⁸⁾.

A conclusione di questa rapida rassegna delle (poche) leggi di riforma e delle (molte) sentenze della Corte costituzionale che hanno interessato i malati di mente autori di reati, si può concludere affermando che il trattamento previsto per tali soggetti si è evoluto in una prospettiva di progressiva umanizzazione e medicalizzazione, riservando l'applicazione delle misure di sicurezza ai casi di accertamento in concreto della pericolosità sociale e accentuando, in caso di adozione di una misura, la funzione di riabilitazione rispetto alla funzione di neutralizzazione ⁽⁶⁹⁾. Limitatamente all'O.P.G., queste affermazioni risultano ulteriormente provate dalla previsione di un trattamento progressivo fatto di licenze di uscita fuori della struttura custodiale con l'accompagnamento di volontari, e più in generale di programmi e percorsi di reinserimento (realizzati con l'aiuto dei servizi territoriali e con il ricorso a "strutture

⁽⁶⁵⁾ Per esempio, la misura di sicurezza non detentiva della libertà vigilata. Cfr. sul punto, le osservazioni di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., 297 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr., tra gli altri, M. T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 300; F. MARTELLI, I. Merzagora-Betsos, *I cascami del positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2003, 1149; A. ODDI, *(In tema di) misure di sicurezza idonee per gli infermi di mente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 2116.

⁽⁶⁷⁾ 29 novembre 2004, n. 367.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 3998; M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, cit., 224. La Corte incentra la sua decisione sull'argomento a fortiori, ritenendo paradossale che la possibilità di ripiegare su una misura più mite rispetto all'ospedale psichiatrico, ormai consentita al termine del processo in base alla sua precedente sentenza (n. 253 del 2003), fosse preclusa negli stadi anteriori del suddetto processo.

⁽⁶⁹⁾ S. AGOSTINI, I. DI PIETRO, G. MAZZEO, A. MICOLI, A. PERATA, *La pericolosità sociale e l'Ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 353.

intermedie”⁽⁷⁰⁾ di trattamento esterno) pensati in vista di una reimmissione in libertà del soggetto per altro verso oggi facilitata dall’affinarsi delle cure farmacologiche.

Pur risultando indubbiamente significativa, tale evoluzione del trattamento dei malati mentali si rivela peraltro più evidente sul piano teorico che su quello pratico. In effetti, a causa della prevalenza negli O.P.G. del personale carcerario rispetto al personale sanitario⁽⁷¹⁾, della carenze dei servizi territoriali e di trattamento esterno, delle oggettive difficoltà di reintroduzione del soggetto sia in generale nella società sia in particolare nel suo contesto familiare, di fatto l’attuale modello trattamentale continua a privilegiare l’aspetto custodialistico rispetto a quello sanitario-risocializzativo. Ben si spiega quindi l’auspicio di un riequilibrio di questi due aspetti, da realizzarsi sia attraverso l’impiego di maggiori risorse materiali, sia attraverso adeguate, complessive riforme legislative, del resto da almeno trent’anni auspicate⁽⁷²⁾. In effetti, nel corso degli anni molte voci si sono levate per trasformare l’O.P.G. da luogo di “carcerazione mascherata” in un effettivo luogo di cura; così come, per altro verso, non si è mancato di prospettare anche ipotesi più radicali. Tant’è che si sono susseguiti disegni di legge per una integrale riforma della disciplina penale dei “delinquenti” psichicamente malati, tra i quali il disegno del 29 ottobre 1983, quello del 9 maggio 1996, quello del 4 giugno 2001, poi ripresentato il 3 maggio 2006⁽⁷³⁾, tutti volti a prevedere l’abrogazione della pericolosità degli autori di reati con vizio di mente e, conseguentemente, l’espulsione dal sistema penale delle misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia.

Le ventilate modifiche all’attuale trattamento penale di tali soggetti muovono dal presupposto che anche ai malati mentali possa essere attribuita la capacità di scelte valide e responsabili. Esse inoltre potrebbero essere facilitate dal sempre più ricco arsenale di sanzioni sostitutive e di misure

⁽⁷⁰⁾ Quale le “comunità, le “case alloggio, le “case di riposo”.

⁽⁷¹⁾ Chiarissime, al riguardo, le tabelle del dipartimento amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, riportate da S. AGOSTINI, I. DI PIETRO, G. MAZZEO, A. MICOLI, A. PERATA, *La pericolosità sociale e l’Ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 347 e 349.

⁽⁷²⁾ F. MOLINARI, “Le misure di sicurezza psichiatriche vanno abolite”: questa l’opinione unanime dei giudici di sorveglianza e degli psichiatri intervenuti al congresso di Arezzo, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, 147; M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, cit., 230 ss.; S. AGOSTINI, I. DI PIETRO, G. MAZZEO, A. MICOLI, A. PERATA, *La pericolosità sociale e l’Ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 356.

⁽⁷³⁾ Per una più completa rassegna di tali proposte di legge cfr. M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, cit., 245 ss.

alternative alla reclusione previste dal sistema penale italiano⁽⁷⁴⁾. Va peraltro sottolineato che tali disegni di legge, volti sostanzialmente a eliminare solo le misure di sicurezza previste per i malati mentali, sono state oggetto di serrate critiche in ragione della loro ritenuta “radicalità”⁽⁷⁵⁾, e vanno nel senso opposto ad alcuni dei progetti generali di riforma del codice penale e dell’ordinamento penitenziario, tesi in linea di massima a prevedere espressamente l’abrogazione di tutte le misure di sicurezza, ad eccezione di quelle relative agli infermi di mente⁽⁷⁶⁾.

In definitiva, pur nella difficoltà di ridurre a sintesi processi evolutivi spesso contraddittori e basati su ipotesi scientifiche eterogenee, sembra potersi cogliere negli ultimi decenni un ampliamento del concetto di malattia mentale penalmente rilevante, nonché una crescente attenzione verso il dato della pericolosità sociale, verso le istanze di tutela della collettività e verso le esigenze di cura medica in prospettiva di risocializzazione. Tutti elementi, questi, riconducibili ad un’idea di difesa sociale non immutabile, ma vieppiù sensibile alle esigenze di umanizzazione sottese a ogni tipo di trattamento coatto. Nella consapevolezza, peraltro, che il percorso verso il pieno recupero di quanti sotto l’influsso della malattia abbiano commesso un reato può essere irto di ostacoli, e che il traguardo di coniugare le esigenze di un trattamento terapeutico individualizzato con la salvaguardia della sicurezza collettiva può rivelarsi, talora, assai difficile e complesso.

⁽⁷⁴⁾ In merito alle nozioni di “sanzioni sostitutive” e di “misure alternative” cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 601 ss e 605 ss. Più in generale, si è affermato che “il passaggio dalla nozione di pena rigida a quella di pena flessibile e la correlata introduzione nel sistema di una vasta gamma di pene alternative, hanno reso privo di alcun significato il mantenimento delle misure di sicurezza”, L. MONTEVERDE, *La nozione di imputabilità penale*, 2009, in <http://www.polit.org/ital/monte.htm>.

⁽⁷⁵⁾ Cfr., per tutti, M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivisticco del controllo sociale a quello funzionale-garantista*, in *Indice penale*, 1998, 367 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzioni. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, Giappichelli, 1997, 198 ss. Vero è peraltro che nei suddetti disegni di legge, improntati alle idee della psichiatria di tipo sociologico volta ad attribuire ai malati mentali la capacità di autodeterminarsi (cfr., ad esempio, *Folli e reclusi. Una ricerca sugli internati negli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, a cura di A. Manacorda, Firenze, La casa Usher, 1988, 26 ss.), sono previsti per tali soggetti specifici trattamenti terapeutici.

⁽⁷⁶⁾ In questa sede risulta tuttavia impossibile entrare nei dettagli di tali progetti di riforma del codice penale italiano succedutisi a partire dal 1992. Per una accurata disamina del trattamento da essi previsto per gli autori di reato con vizio totale o parziale di mente cfr., diffusamente, M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, cit., 233 ss.

7. *Il diritto penale minorile e il primato dell'istanza rieducativa sulle esigenze di sicurezza collettiva.*

Ormai da tempo tramontata l'epoca in cui anche bambini in tenera età venivano sottoposti a pene, talora assai severe⁽⁷⁷⁾ la disciplina penale dei minori appare generalmente improntata in modo più o meno sensibile alle concezioni della difesa sociale, essendo in particolare mantenuti cospicui ambiti d'azione al principio dell'irresponsabilità morale. Tuttavia, nel diritto penale minorile più che in quello dei malati mentali i paradigmi "classici" della libertà e responsabilità morale mantengono un loro spazio, intersecandosi con i postulati deterministici della difesa sociale. Questi ultimi comunque, specie sul versante delle misure applicabili, risultano condizionati e addolciti dal fattore della minore età, cosicché il versante umanitario della scuola positiva espresso nell'idea di risocializzazione non solo acquista una posizione di indiscusso primato, ma giunge a bypassare quasi completamente l'idea di pericolosità sociale e la concezione difensiva della risposta penale.

Tutto quanto sin qui detto vale *a fortiori* con riferimento al sistema penale italiano. Tale sistema infatti — dopo l'abrogazione del codice penale del 1889 che coerentemente con la sua impronta "classica" giungeva a ritenere penalmente responsabili (se ritenuti capaci di discernimento) financo i bambini a partire dai nove anni⁽⁷⁸⁾ — risulta attualmente tra quelli che fissano più in alto la soglia d'età necessaria al riconoscimento dell'imputabilità e dunque alla sottoposizione a pena. Esso inoltre prevede un sistema di misure e sanzioni almeno in teoria vieppiù, e ormai pressoché univocamente, orientato al recupero sociale dei minori autori di reati.

A) Per quanto concerne *le soglie d'età*, il codice penale vigente da un lato prevede una presunzione assoluta di non imputabilità per immaturità a favore di chiunque abbia commesso il fatto prima di compiere il quattordicesimo anno (art. 97), dall'altro lato condiziona l'imputabilità dei soggetti maggiori di quattordici anni ma minori di diciotto all'accertamento da parte del giudice della loro concreta capacità di intendere e di volere al momento della commissione del reato (art. 98)⁽⁷⁹⁾. Sebbene, specie all'inizio degli anni

⁽⁷⁷⁾ Cfr., con particolar riferimento ad alcune emblematiche sentenze di Corti inglesi, I. BAVIERA, *Diritto minorile*, II, Giuffrè, Milano 1976, 166.

⁽⁷⁸⁾ Cfr., diffusamente, L. BASILIO, *Imputabilità, minore età e pena. Aspetti giuridici e sociologici*, cap. III, par. 1.2, in <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/minori/basilio/cap3.htm>.

⁽⁷⁹⁾ Ben si comprende, quindi, l'ampio spazio lasciato nel sistema italiano alle tesi positiviste dell'irresponsabilità penale. Anche se, invero, la dottrina da tempo critica la tendenza della magistratura a riconoscere in pochi casi (e comunque in modo sperequato da un tribunale all'altro) l'imputabilità dei soggetti tra i quattordici e i diciott'anni; laddove, per contro, non sporadici sarebbero i casi in cui la

2000, sia stato minacciato un abbassamento di due anni di tali soglie d'età in nome dell'esigenza di neutralizzare taluni minori resi particolarmente pericolosi proprio dalla certezza dell'impunità⁽⁸⁰⁾, non sembra esistere al momento un serio rischio di riforma legislativa in tal senso. Le soglie dei quattordici e diciotto anni, in definitiva, sono una delle poche cose del sistema minorile rimasta inalterata dal varo del codice penale del 1930, ma comunque appaiono senz'altro adeguate a evitare forme di responsabilità penali troppo precoci.

B) Per quanto concerne poi *il sistema di misure e sanzioni applicabili ai minori delinquenti*, occorre naturalmente distinguere a seconda che il minore sia riconosciuto inimputabile o imputabile.

a) In base all'art. 224 c.p., *i minori inimputabili* sono sottoposti alle *misure di sicurezza del riformatorio giudiziario o della libertà vigilata* solo se riconosciuti socialmente pericolosi⁽⁸¹⁾. Ora, sia la nozione di pericolosità sociale del minore sia la disciplina applicativa ed esecutiva di tali misure si sono venute significativamente evolvendo negli ultimi decenni, specialmente a seguito della integrale riforma del processo penale minorile attuata dal d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448⁽⁸²⁾.

Quanto alla nozione di pericolosità sociale del minore, essa è stata modificata in senso restrittivo dall'art. 37.2 del d.P.R. 448/1988⁽⁸³⁾, in

minore età finirebbe a condizionare pesantemente la commissione del fatto. Cfr. A. BARSOTTI, G. CALCAGNO, C. LOSANA, P. VERCELLONE, *Sull'imputabilità dei minori tra 14 e 18 anni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975,1226 ss.

⁽⁸⁰⁾ In tal caso, soglia dell'imputabilità scenderebbe a dodici anni e a sedici quella della maggiore età in sede penale. Cfr. R. SANTORO, *Troppi delitti compiuti da minorenni, il Guardasigilli vuole riformare il codice. Imputabili anche i dodicenni «Punire i sedicenni come adulti». Il progetto di Castelli. Il sottosegretario Santelli: lo zingarello non va mai in cella*, 14 ottobre 2001, in <http://www.consolo.it/rassegna1settembre/011014messaggero.htm>.

⁽⁸¹⁾ Tali misure di sicurezza sono applicabili sia in via provvisoria o definitiva. Cfr. L. CARACENI, *Processo penale minorile*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, IV*, Torino, Utet, 2000, 1041 ss.

⁽⁸²⁾ Sull'onda delle linee di politica minorile espresse nelle regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile approvate al VII Congresso ONU il 29 novembre 1985, in effetti, il "nuovo" processo minorile trasforma il reo minorene da soggetto pericoloso per la società, come tale indubbiamente bisognoso di neutralizzazione oltreché anche di rieducazione attraverso la pena, in soggetto destinatario soprattutto di misure rieducativo-recuperative. Cfr., per tutti, L. CARACENI, *Processo penale minorile*, cit., 1015; M. BOUCHARD, *Processo penale minorile*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. X, 1995,137.

⁽⁸³⁾ Ai sensi del quale "La misura è applicata se ricorrono le condizioni previste dall'articolo 224 del codice penale e quando, per le specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato, sussiste il concreto pericolo che questi commetta delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata".

ragione del criterio di eccezionalità del ricorso alle misure di sicurezza nei confronti dei minori. Inoltre, prima la Corte costituzionale con la sentenza 1/1971 e poi il legislatore con la legge 663/1986 hanno eliminato le presunzioni di pericolosità originariamente previste dall'art. 224 comma 2 c.p. per i suddetti minori se autori di reati gravi⁽⁸⁴⁾, cosicché attualmente il requisito della pericolosità deve essere valutato di volta in volta del giudice, "tenuto specialmente conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto" (art. 224 comma 1 c.p.), oltre che delle indicazioni contenute nel succitato art. 37.2 del d.P.R. 448/1988⁽⁸⁵⁾. Infine, va ricordato che le stesse modalità esecutive delle suddette misure di sicurezza si sono evolute, specie per quanto concerne la misura del *riformatorio giudiziario* (la quale ormai ha perso il carattere di misura detentiva, essendo eseguita sotto forma di collocamento in una comunità educativa)⁽⁸⁶⁾, eventualmente assortito di prescrizioni del giudice volte a favorire le attività di studio, di lavoro, e più in generale le istanze di recupero e risocializzazione. Come è facile intuire, il venir meno dell'originario carattere custodiale e segregante del riformatorio giudiziario si traduce in una "scommessa" sulla volontaria adesione al trattamento da parte di minori caratterizzati peraltro da un elevato livello di pericolosità e rivela l'inattitudine di tale misura a impedire un eventuale allontanamento volontario dalla comunità, con conseguente erosione di quelle che un tempo venivano definite le "superiori ragioni della sicurezza".

Naturalmente, un livello di controllo ancora minore si ha con la misura della libertà vigilata, consistente in un mero obbligo di permanenza in casa, eventualmente corredato di specifiche prescrizioni volte a educare il soggetto e a prevenirne la recidiva. Ben si comprende come una misura siffatta, se non supportata attivamente dai servizi sociali, possa addirittura rivelarsi controproducente, tenuto sempre conto che essa ha come destinatari soggetti immaturi e pericolosi.

Comunque l'inadeguatezza sotto il profilo securitario delle misure di sicurezza applicabili ai minori inimputabili è l'inevitabile, consapevole scotto che il sistema italiano dimostra di essere pronto a pagare nel tentativo di coniugare il carattere coattivo delle suddette misure con l'adesione consensuale ad esse da parte dei loro destinatari, e per evitare il ricorso a misure maggiormente compressive della libertà. Una ulteriore dimostrazione di tale scelta viene offerta dalla affermata illegittimità costituzionale dell'art. 222

⁽⁸⁴⁾ Vale a dire dei reati puniti con l'ergastolo e con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. F. ZAVATARELLI, *art. 224*, in *Codice Penale Commentato*, a cura di E. Dolcini, G. Marinucci, vol. I, 2006, 1748.

⁽⁸⁶⁾ Caratterizzata da un clima familiare, grazie anche alla presenza contemporanea di non più di dieci ragazzi. Cfr. F. ZAVATARELLI, *art. 224*, cit., 1753.

comma 4 c.p., laddove prevedeva l'applicabilità nei confronti dei minori "doppiamente inimputabili" (per immaturità e per malattia mentale) del "ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziale", in quanto misura di sicurezza incompatibile con le peculiari esigenze trattamentali degli infradiciottenni⁽⁸⁷⁾.

b) Ancorché assoggettabili alle sanzioni penali, *i minori inimputabili* godono, rispetto agli autori maggiorenni, di un trattamento sanzionatorio *più mite*, e soprattutto *più flessibile*.

Per quanto concerne *la mitezza*, basti qui ricordare che l'art. 98 comma 1 c.p. prevede per tali soggetti la diminuzione della pena fino a un terzo rispetto alla pena che sarebbe applicata se l'autore avesse più di diciott'anni⁽⁸⁸⁾.

Per quanto concerne poi *la flessibilità*, va innanzitutto sottolineato che essa viene attuata già in sede di codice penale. Così, in presenza degli altri suoi presupposti, la sospensione condizionale della pena può essere applicata in caso di condanna non fino a due, ma fino a tre anni di pena detentiva (art. 163 comma 2 c.p.) e la liberazione condizionale non è subordinata al limite temporale generale di metà pena espiata (art. 176 comma 1 c.p.), ma al contrario può intervenire "in qualunque momento dell'esecuzione e qualunque sia la durata della pena inflitta" (art. 21 comma 1 r.d.l. n. 1404/1934). Un altro momento di flessibilità è poi assicurato dall'istituto del perdono giudiziale, previsto all'art. 169 c.p. e riservato per l'appunto ai minori degli anni 18. In base a tale norma — così come modificata nel corso del tempo e così come ormai pacificamente interpretata dalla giurisprudenza — nel caso in cui il giudice ritenga che si possa applicare al colpevole una pena restrittiva della libertà personale non superiore a due anni e che questi si asterrà di commettere in futuro ulteriori reati, tale giudice può "perdonare" il minore astenendosi dal rinviarlo a giudizio.

Una ulteriore flessibilizzazione del trattamento sanzionatorio, e prima ancora del processo a carico dei minori inimputabili, si è avuta con il già ricordato d.P.R. 448/1988, che in particolare detta uno speciale catalogo di misure cautelari per tali soggetti (art. 19 ss.)⁽⁸⁹⁾, consente la sospensione del processo⁽⁹⁰⁾ e messa alla prova dell'imputato minore (art. 28)⁽⁹¹⁾, amplia il

⁽⁸⁷⁾ Corte cost., sent. 24 luglio 1998, n. 324.

⁽⁸⁸⁾ A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale, con la sent del 28 aprile 1994, n. 168, ha abolito la pena dell'ergastolo per i minorenni.

⁽⁸⁹⁾ Consistenti, alternativamente, nella permanenza in casa, nel collocamento in comunità e nella custodia cautelare.

⁽⁹⁰⁾ In relazione ai reati più gravi il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno.

⁽⁹¹⁾ In tal caso, l'imputato viene affidato ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento di attività di osservazione, trattamento e sostegno. Nell'ambito del provvedimento di sospensione possono essere impartite prescrizioni

ricorso alle misure sostitutive delle pene detentive (art. 30) in modo da limitare al massimo l'esperienza del carcere a carico degli infradiciottenni.

E tuttavia, al di là dei meccanismi di flessibilizzazione della risposta punitiva progressivamente messi in atto dal legislatore italiano riguardo ai minori, tale risposta si è rivelata insoddisfacente se non addirittura, per certi aspetti, radicalmente irrazionale. Basti pensare che, mentre la liberazione condizionale risultava ormai da tempo sottratta a qualsiasi limite oggettivo, altrettanto non avveniva per le misure alternative alla detenzione, le quali costituiscono peraltro soluzioni sanzionatorie meno radicalmente indulgenziali della rimessione in libertà prevista ai sensi dell'art. 176 c.p. Tant'è che la Corte costituzionale, in tutta una serie di sentenze della seconda metà degli anni novanta del secolo scorso, ha preso atto di tali irrazionalità e si è sentita in dovere di dichiarare l'illegittimità di molti dei limiti oggettivi apposti alle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario⁽⁹²⁾.

Anche dopo questi interventi ortopedici della Corte costituzionale, la disciplina dell'esecuzione delle pene applicabili ai minori continua a manifestare profili di irrazionalità e di inadeguatezza, dovuti essenzialmente all'assenza di un ordinamento penitenziario minorile, il quale viceversa dovrebbe costituire la naturale prosecuzione del processo penale minorile. Ciò fa sì che

dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato. Con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto, merita di essere sottolineato che, sull'onda delle esperienze internazionali di giustizia riparativa, a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso in Italia le esperienze di mediazione penale si stanno moltiplicando anche nel processo penale minorile (cfr., per tutti, P. MARTUCCI, *Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di "sperimentazioni"*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 1413; *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Padova, Cedam 1998). L'esito positivo della mediazione, dunque della riparazione e conciliazione, viene riferito al giudice che ne tiene conto nella valutazione per il riconoscimento dell'irrelevanza del fatto, la concessione del perdono giudiziale o la conclusione della messa in prova (cfr., ad esempio, P. MARTUCCI, *ivi*, 1416). Pur non priva di aspetti problematici tanto nella fase di avvio che in quella di attuazione (cfr. F. BUNIVA, *Luci ed ombre nella prassi della giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2005, 1, 65; P. MARTUCCI, *ivi*, 1416-1417), la mediazione nel processo minorile appare destinata verosimilmente a consolidarsi. Anche se, a giudizio di chi scrive, il principio accolto in talune sedi giudiziarie, secondo cui "non è prevista alcuna preclusione alla mediazione in ragione del titolo, della gravità e della tipologia socio-criminologica del reato" (cfr. M. R. GERBINO, *L'esperienza della mediazione penale minorile a Palermo*, in *Puntire mediare riconciliare*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Torino, Giappichelli, 2009, 141) rischia di conferire un eccessivo margine di discrezionalità al mediatore.

⁽⁹²⁾ Cfr., sent. 22 aprile 1997, n. 109; sent. 17 dicembre 1997, n. 403; sent. 30 dicembre 1998, n. 450; sent. 1 dicembre 1999, n. 436. Tali sentenze hanno ampliato l'ambito applicativo dell'affidamento in prova al servizio sociale, della semilibertà, dei permessi premio, del lavoro all'esterno e della detenzione domiciliare. Cfr., *amplius* e per tutti, A. PENNISI, *Ordinamento penitenziario minorile: una legge indifferibile*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 139.

i minori non possano usufruire di misure penitenziarie appositamente studiate per loro. E questo stride col principio di rieducatività di cui all'art. 27 comma 3 Cost. (notoriamente, nei fatti, non valorizzato in modo adeguato nella realtà carceraria). Oltretutto, il suddetto principio risulta ancora più pregnante rispetto ai soggetti minori di età, poichè in tal caso deve essere letto in combinazione con l'art. 31 comma 2 Cost., in base al quale lo Stato è tenuto a proteggere "...l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo"⁽⁹³⁾.

In definitiva, come detto in apertura, la disciplina penale minorile risulta a tutt'oggi largamente influenzata dalla difesa sociale. Infatti, in primo luogo, largo spazio è riconosciuto all'irresponsabilità per immaturità del minore; in secondo luogo, la inimputabilità del minore non esclude affatto il riconoscimento della sua pericolosità, con conseguente applicazione di misure di sicurezza appositamente pensate per tali soggetti; in terzo luogo, per i minori considerati imputabili, il trattamento sanzionatorio risulta largamente condizionato dal principio di rieducazione, assolutamente prioritario per costoro e sulle cui ascendenze positiviste è inutile qui soffermarsi. Certamente, col passare del tempo, il ruolo vieppiù centrale attribuito al principio in questione ha implicato la progressiva umanizzazione del trattamento previsto per i minori, sino a mettere in ombra le esigenze di sicurezza collettiva, anch'esse peraltro care alla scuola di difesa sociale. I limiti strutturali e pratico-applicativi dell'attuale sistema italiano di giustizia minorile, seppure talora vistosi, si inscrivono in questo complesso e problematico processo evolutivo che tocca, al contempo, il diritto penale dei minori e i modelli di difesa sociale.

8. *La rivalorizzazione della recidiva tra colpa d'autore e finalità neutralizzativa.*

I limiti di tempo a mia disposizione mi impediscono di esaminare in modo sufficientemente analitico i tre ulteriori "tipi criminologici di autore" la cui disciplina penale risulta in Italia progressivamente influenzata da concezioni riconducibili alla scuola positiva, ancorché talora caratterizzate da momenti di ibridismo. Rispetto ai *recidivi*, ai *delinquenti sessuali* e agli *immigrati* mi limiterò quindi ad alcune brevi osservazioni, atte a focalizzare i più significativi processi evolutivi in atto.

Per quanto dunque concerne innanzitutto i *recidivi*, tradizionalmente l'ordinamento italiano considera circostanza aggravante il fatto che il reato sia commesso da un soggetto già condannato (art. 99 c.p.). Ora, poichè è noto

⁽⁹³⁾ Cfr. A. PENNISI, *Ordinamento penitenziario minorile: una legge indifferibile*, cit., 137.

che il medesimo fatto presenta la stessa gravità oggettiva se commesso da un delinquente primario o recidivo, l'aumento di pena per quest'ultimo potrebbe essere considerato contrario al principio di proporzione⁽⁹⁴⁾. La recidiva dimostrerebbe però l'insensibilità dell'autore alla precedente condanna, dunque secondo taluni la sua maggiore colpevolezza⁽⁹⁵⁾, cosicché la più elevata gravità soggettiva del fatto potrebbe giustificare il suddetto aumento di pena. In una diversa e più plausibile prospettiva, poi, la recidiva testimonierebbe la sua maggiore "capacità criminale", intesa come maggiore probabilità di commettere in futuro ulteriori reati, con conseguente opportunità di applicare nei suoi confronti una pena più elevata, idonea a neutralizzarlo. In entrambe le prospettive, la recidiva esprimerebbe comunque uno *status* soggettivo, la cui maggiore o minore significatività dipende da più fattori (tipi di reato commessi, lasso temporale tra le successive condanne, ecc.) e, in definitiva, dalle peculiarità dei singoli casi concreti, la cui valutazione dovrebbe essere lasciata al libero apprezzamento del giudice. Di qui la scelta del legislatore italiano del 1974 di riformare il testo originario dell'art. 99 c.p., rendendo la recidiva — nelle sue diverse tipologie (recidiva semplice, aggravata e reiterata)⁽⁹⁶⁾ — una *circostanza aggravante* non più *obbligatoria*, ma *facoltativa*, con conseguente mera possibilità da parte del giudice di procedere all'aumento di pena.

Viceversa, una riforma del 2005⁽⁹⁷⁾ ha radicalmente trasformato la disciplina della recidiva, in particolare circoscrivendo gli spazi di discrezionalità del giudice per quanto concerne sia la (re)introduzione di ipotesi di recidiva obbligatoria, sia la misura degli aumenti di pena correlati a tale aggravante. In particolare, la recidiva torna ad essere obbligatoria se essa concerne i delitti rientranti nell'elenco di cui all'art. 407 comma 2 del codice di procedura penale; articolo, questo, che per vero contiene un elenco quantomeno incompleto dei più gravi delitti. Quanto poi agli aumenti di

⁽⁹⁴⁾ Cfr., per tutti, E. DOLCINI, *La recidiva riformata (legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, 32; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 532.

⁽⁹⁵⁾ Laddove alla "colpevolezza per i singoli reati" si affiancherebbe la "colpevolezza per la condotta di vita", per il "modo di essere" dell'autore. È noto, infatti, che la teoria della colpa d'autore (in merito alla quale cfr., per tutti e limitatamente alla letteratura di lingua italiana, G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1942, p. 5 ss.; G. GUARNERI, *Il delinquente tipo*, Milano, 1942) ben si prestava a supportare l'istituto della recidiva.

⁽⁹⁶⁾ Sempre in base all'art. 99 c.p., queste tipologie di recidiva comportavano un aumento facoltativo di pena, rispettivamente, fino a un sesto, fino a un terzo, fino a due terzi.

⁽⁹⁷⁾ L. 5 dicembre 2005, n. 251.

pena, essi oltre ad essere stati talora incrementati sono ormai previsti il più delle volte in misura fissa (per esempio, mentre le ipotesi di recidiva semplice prevedevano in precedenza un aumento di pena *fino a un sesto*, ora l'aumento è *di un terzo*; mentre le ipotesi di recidiva reiterata prevedevano in precedenza un aumento di pena *fino a due terzi*, ormai l'aumento è *di due terzi*)⁽⁹⁸⁾. Evidente risulta, allora, il rischio che in caso di recidiva la pena aumenti in misura tale da essere avvertita dal reo come assolutamente ingiusta, e dunque inidonea alla sua rieducazione ancorché funzionale, per l'appunto, alla sua neutralizzazione. In definitiva, l'evoluzione della recidiva in Italia avviene nel segno di una difesa sociale vieppiù *negativa*, mentre nei confronti dei minori, come si è visto nel precedente paragrafo, essa appare espressiva di una difesa sociale vieppiù orientata nella prospettiva *positiva* della rieducazione-risocializzazione.

Nell'impossibilità di offrire un articolato commento alla riforma del 2005, mi limiterò a dire che essa: *a)* rafforza la tendenza — insita nell'istituto della recidiva — a focalizzare il diritto penale *su tipi d'autore* più che *su tipi di fatti*, rivitalizzando così concezioni di ascendenza nazionalsocialista peraltro ben presenti nel codice penale italiano⁽⁹⁹⁾; *b)* propone una strategia punitiva ispirata al modello americano *three strikes and you're out*; ispirata dunque a criteri oltranzisti di difesa sociale. Ben si comprende, quindi, come la suddetta riforma presenti radici teoriche tra loro ben differenti seppure, nel caso di specie coese nell'offrire una tutela rafforzata della collettività rispetto a quanti ricadono nel reato. In ogni caso, poiché le statistiche criminali insegnano che la recidiva si applica soprattutto agli autori di reati contro il patrimonio e ai piccoli spacciatori di stupefacenti — fra tutti i delinquenti quelli (assieme ai delinquenti sessuali) forse più portati a reiterare i propri comportamenti illegali — gli esiti della riforma andranno verosimilmente nel senso di un aumento della popolazione carceraria e di una ulteriore selezione di quest'ultima in senso classista; mentre gli autori di molti ben più gravi reati e soprattutto dei grandi reati economici (in quanto, di regola, delinquenti "primari") continueranno a giovare di tutti i benefici concessi a tali soggetti. Benefici che, anzi, proprio la riforma del 2005 talora rafforza⁽¹⁰⁰⁾. Inutile poi aggiungere che le suddette tipologie d'autore prioritariamente soggette a recidiva sono anche tra quelle che più abbisognerebbero di un effettivo,

⁽⁹⁸⁾ A ciò si aggiunga la "valorizzazione" della recidiva, tra l'altro, in sede di concorso di circostanze, di concorso formale di reati, di tempi di prescrizione del reato. Cfr. E. DOLCINI, *La recidiva riformata (legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, cit., 46; A. VALLINI, G. MORGANTE, *Art. 99*, in *Le fonti del diritto italiano — Codice penale*, a cura di T. Padovani, vol. I, cit., 717 ss.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 282 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Basti pensare alla introduzione della "prescrizione breve" per taluni reati.

personalizzato trattamento rieducativo-risocializzativo, per contro compromesso in radice dagli automatismi sanzionatori previsti dalla riforma in esame⁽¹⁰¹⁾.

Tanto basta per poter concludere affermando che la recente evoluzione italiana dell'istituto della recidiva sembra riproporre i meno condivisibili profili criminologici e sociologici della difesa sociale; quelli che portano a trascurare il versante umanitario dell'intervento penale e a distinguere, sul piano sanzionatorio, tra soggetti socialmente deboli e soggetti socialmente forti, fra gli esclusi e gli integrati.

9. *Le riforme in tema di reati sessuali. Il ricorso privilegiato all'incapacitazione del reo e l'attenzione al recupero della vittima.*

Nel concetto di delinquenti sessuali vengono ricompresi, per vero, soggetti differenti sul piano criminologico in quanto autori di illeciti caratterizzati da una certa eterogeneità. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo e in ordine crescente di gravità, agli autori di "reati sessuali minimi" (per esempio, atteggiamenti sconvenienti a sfondo latamente sessuale in ambiente lavorativo, sostanzialmente equiparabili a forme di molestia), ai detentori di materiale pedopornografico virtuale per uso personale, ai singoli autori occasionali di reati sessuali nei confronti di persone adulte, ai pedofili, agli autori di violenze sessuali di gruppo, ai delinquenti sessuali seriali con comportamenti sadici.

Peraltro, nonostante l'ampio spettro proprio dei reati sessuali e dei relativi autori, questi ultimi presentano alcuni aspetti comuni (si pensi, innanzitutto, alla pulsione sessuale quale motivazione principale dell'agire) o comunque frequentemente ricorrenti (si pensi, in particolare, alla tendenza a recidivare, a prescindere dalla sussistenza o meno di una psicopatologia)⁽¹⁰²⁾.

Di fatto, a causa sia del moltiplicarsi dei reati sessuali, sia dell'accresciuta rilevanza del bene "libertà sessuale", da tempo in tutto il mondo (ma specialmente in Europa) si riscontra un crescente allarme sociale nei confronti di tali reati. Ne sono testimonianza i numerosi documenti internazio-

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., ad esempio, A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, *Legalità penale: tre atti di una crisi*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, cit., 8.

⁽¹⁰²⁾ Gli autori di reati sessuali, come noto, presentano spesso un quadro patologico di difficile cura, che peraltro in molti casi non esclude la capacità di intendere e di volere (si pensi al classico caso del pedofilo lucido, ma non per questo capace di dominare i suoi istinti). Cfr. V. CUZZOCREA, G. DE LEO, S. DI TULLIO D'ELISIIS, G. L. LEPRI, *L'abuso sessuale sui minori*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001, 219 ss.

nali in materia varati, tra l'altro, dall'ONU⁽¹⁰³⁾, dal Consiglio d'Europa⁽¹⁰⁴⁾ e dall'Unione europea nell'ambito del suo terzo pilastro⁽¹⁰⁵⁾.

Naturalmente, anche in Italia si è manifestato questo fenomeno di accresciuta, preoccupata attenzione nei confronti dei reati sessuali. Tuttavia, sino alla metà degli anni novanta i molteplici progetti di riforma presentati in Parlamento in tale materia non sono giunti a compimento, cosicché i delitti contro la libertà sessuale hanno continuato ad essere disciplinati nel Titolo IX del libro II del Codice penale in tema di "delitti contro la moralità pubblica e il buon costume"; delitti, questi, a ragione considerati dalla dottrina ormai del tutto inadeguati, in quanto "reliquia di un passato di autoritarismo, statalismo e moralismo penale"⁽¹⁰⁶⁾.

L'inerzia legislativa si è finalmente interrotta con la legge 15 febbraio 1996, n. 66, in tema di "Norme contro la violenza sessuale", che esprime una visione del tutto nuova di tale fenomeno, facendo transitare i delitti contro la libertà sessuale dal titolo del codice concernente "la morale pubblica e il buon costume" a quello concernente "i delitti contro la persona". A tale legge, hanno fatto seguito la legge 3 agosto 1998, n. 269, in tema di "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù", nonché la legge 6 febbraio 2006, n. 38, in materia di "lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet".

Esaminate nel loro insieme, le summenzionate riforme si rivelano indiscutibilmente improntate a principi e concezioni di indubbia matrice positivista. In questa sede basterà sottolineare tre profili dell'attuale legislazione italiana in materia di reati sessuali riconducibili ai paradigmi della difesa sociale.

⁽¹⁰³⁾ Cfr., in particolare, la Convenzione delle Nazioni Unite conclusa a New York il 20 novembre 1989 "sui diritti dell'infanzia" e il relativo protocollo opzionale del 25 maggio 2000 "sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini".

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., da ultimo, la Convenzione del Consiglio d'Europa del 13 luglio 2007 "sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale e gli abusi sessuali".

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., in particolare, l'azione comune 96/700/GAI del Consiglio, del 29 novembre 1996, "che stabilisce un programma di incentivazione e di scambi destinato alle persone responsabili della lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini"; l'azione comune 97/154/GAI adottata dal Consiglio il 24 febbraio 1997 per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini; la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre 2003 "relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile".

⁽¹⁰⁶⁾ A. CADOPPI, *Presentazione della I edizione*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, Padova, Cedam, 2006, XVII.

a) *La tendenza a colpire tipi criminologici d'autore* anche a prescindere dalla reale lesività dei loro comportamenti, vale a dire dall'attitudine di questi ultimi a offendere beni o interessi di rilevanza primaria. Un esempio particolarmente significativo al riguardo ci è offerto dall'art. 600-*quater* c.p. in tema di "pornografia virtuale", che punisce anche la mera detenzione per uso personale di immagini pedopornografiche raffiguranti non già reali soggetti di minore età, ma mere immagini di "elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali". Con tale norma (peraltro indotta, sia pure in maniera non vincolante, dalla normativa europea)⁽¹⁰⁷⁾ il legislatore finisce col "punire con pene reali illeciti virtuali (...) in spregio ai più elementari principi, anche costituzionali, del diritto penale, fra cui il principio di offensività e lo stesso principio di materialità"⁽¹⁰⁸⁾.

b) *La tendenza a orientare la risposta punitiva in chiave prevalentemente preventivo-neutralizzativa*, anche alla luce di teorie e studi scientifici volti ad accreditare il difficile ricupero degli autori di reati affetti da talune patologie sessuali, e dunque la difficoltà di predisporre trattamenti a carattere rieducativo votati al successo. Vanno in questo senso taluni recenti, molto discussi progetti di legge che prevedono anche il ricorso alla castrazione chimica per i delinquenti sessuali recidivi considerati incurabili⁽¹⁰⁹⁾.

c) *L'attenzione* — evidente sia nella legge 66/1996, sia nella legge 38/2006 — *nei confronti della persona offesa dal reato*, vale a dire nei confronti della vittima e dei suoi familiari. Una testimonianza particolarmente evidente di ciò è offerta

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. l'art. 1, lett. b), iii), della succitata decisione quadro 2004/68/GAI in base al quale vengono ricondotte nel concetto di "pornografia infantile" anche "immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta"; nonché l'art. 3 comma 1 della suddetta decisione quadro, in base al quale "1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano punibili come reato, che siano o meno poste in essere a mezzo di un sistema informatico, le seguenti condotte intenzionali, allorché non autorizzate: a) produzione di pornografia infantile; b) distribuzione, diffusione o trasmissione di pornografia infantile; c) offerta o messa a disposizione di pornografia infantile; d) acquisto o possesso di pornografia infantile". Vero è però che, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, "Uno Stato membro può prevedere che esulino dalla responsabilità penale le condotte connesse con la pornografia infantile" virtuale, purché "sia dimostrato che si tratta di produzione e possesso unicamente a uso privato" e "purché l'atto non comporti rischi quanto alla diffusione del materiale". A sua volta, l'art. 5 comma 4 della medesima decisione quadro precisa che "Ciascuno Stato membro può stabilire altre sanzioni, ivi comprese sanzioni o misure di carattere non penale, per quanto riguarda i comportamenti in materia di pornografia infantile di cui all'articolo 1, lettera b), punto iii). In argomento cfr., diffusamente e per tutti, M. BIANCHI, *Commento art. 600-*quater*.1*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 248 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ A. CADOPPI, *Presentazione della I edizione*, cit., XVII.

⁽¹⁰⁹⁾ Senato della Repubblica, XVI Legislatura, n. 458, disegno di legge d'iniziativa del senatore Pedica comunicato alla Presidenza il 9 maggio 2008, "Modifiche al codice penale e altre disposizioni per la lotta contro la pedofilia".

dall'istituzione, ad opera di quest'ultima legge, del "Fondo per il recupero *delle vittime*" oltretutto *dei responsabili* dei suddetti reati⁽¹¹⁰⁾, che sembra porsi in una linea di perfetta continuità con quanto a suo tempo auspicato, in particolare, da Enrico Ferri⁽¹¹¹⁾. Le riforme in questione rafforzano quindi quella attenzione nei confronti delle vittime dei reati sessuali che, per vero, risultava già in parte presente nelle norme del codice penale precedenti alle succitate riforme; come testimoniato dalla norma sull'errore invincibile sull'età del minore, in precedenza prevista all'ormai abrogato art. 539 c.p. e oggi riproposta all'art. 609-*sexies* c.p. Tale norma sancisce l'assoggettamento alla pena dell'autore dei principali reati sessuali⁽¹¹²⁾ anche qualora egli ignorasse che il soggetto passivo del reato fosse un minore di anni quattordici; con la conseguenza, quindi, che l'autore di tali reati risulta punibile anche laddove l'infraquattordicenne, di cui l'autore stesso ignorava l'età, fosse risultato consenziente agli atti sessuali.

In definitiva, quindi, sull'onda di testi internazionali ed europei concepiti per contrastare efficacemente la violenza sessuale, la recente legislazione italiana di settore tende a rispolverare, attualizzandoli, meccanismi di lotta al crimine ispirati a differenti versanti della difesa sociale. Da quelli, più criticabili, volti a neutralizzare certi tipi d'autore (giudicati di difficile rieducazione) anche al di là dell'effettiva violazione da parte loro di beni giuridici primari e anche a costo di scivolare, così facendo, in forme di *colpa d'autore* attente al modo di essere del soggetto attivo più che all'offensività della sua condotta; a quelli, più condivisibili e umanitari, incentrati sulla protezione e sul recupero delle vittime. Anche se, per vero, sembra ancora prematuro ogni bilancio circa l'effettivo raggiungimento di questi meritori obiettivi da parte del nostro sistema penale.

10. *La disciplina dell'immigrazione quale luogo problematico di rivitalizzazione e stravolgimento delle strategie di difesa sociale.*

La rapida moltiplicazione in Italia degli immigrati di origine extracomunitaria ha avuto, tra gli altri risultati, quello di trasformare altrettanto

⁽¹¹⁰⁾ Corsivi nostri. Sul punto cfr. B. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1543.; L. SCIGLIANO, M. VITOLO, *L'importanza dei "fattori protettivi" nei casi di abuso sessuale intrafamiliare nella prospettiva di prevenzione del disagio psicologico*, in *Minorgiustizia*, 2002, n. 3-4, 206.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *Il progetto del codice di procedura penale — Discorso parlamentare* (22 maggio 1912) in E. FERRI, *Difese penali*, vol. III, Torino, Utet, 1925, p. 378 ss.

⁽¹¹²⁾ Vale a dire dei reati di violenza sessuale (art. 609-*bis*), di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater*), di corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies*), di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies*).

rapidamente tali soggetti in un “tipo criminologico d’autore” controverso, complesso, articolato. Di certo, quello degli immigrati costituisce ormai un autonomo “settore” del diritto penale ricco di peculiarità a volte ispirate agli insegnamenti della scuola classica, a volte destinate a ricalcare pedissequamente i più tradizionali principi della scuola positiva, a volte ancora tese a riproporre in versione rivisitata i modelli di difesa sociale di matrice antropologica e sociologica. Risulta tuttavia impossibile offrire qui un quadro sufficientemente completo di un “diritto penale settoriale” così nuovo e in rapida evoluzione. In estrema sintesi, tenuto conto della loro ben diversa condizione personale e degli inevitabili riflessi in ambito penale di tale diversità, sembra comunque opportuno distinguere preliminarmente tra la disciplina (specie, ma non solo penale) applicabile a tutti gli immigrati, regolari e irregolari, e quella applicabile ai soli immigrati irregolari in quanto clandestini.

In relazione alla prima di tali discipline, è possibile innanzitutto cogliere una tendenza, legislativa e giurisprudenziale ad attribuire in vario modo agli immigrati forme di irresponsabilità penale di matrice *lato sensu* positivista. Intendo qui alludere innanzitutto ai casi (invero, estremamente rari in Italia)⁽¹¹³⁾ in cui un fatto penalmente rilevante viene dal legislatore considerato lecito se commesso da soggetti immigrati appartenenti a diverse culture, stante per l'appunto la *voluntas legis* di attribuire uno speciale riconoscimento alla cultura di provenienza⁽¹¹⁴⁾. In secondo luogo, ma soprattutto, intendo riferirmi alle ipotesi in cui la norma incriminatrice viene interpretata restrittivamente dal giudice quando taluni fatti concreti ad essa teoricamente riconducibili siano stati commessi da immigrati, con la più o meno esplicita finalità di escludere la punibilità di questi ultimi. Si pensi, ad esempio, alla contravvenzione di porto di armi (art. 4 l. 110/1975), al reato di “impiego di minori nell’acconteraggio”, passato da contravvenzione a delitto in base a una riforma del 2009⁽¹¹⁵⁾, ovvero ai reati di “maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” (art. 572 c.p.) e di “inosservanza dell’obbligo dell’istruzione elementare dei minori” (art. 731 c.p.): tutti questi reati, qualora siano commessi da soggetti extracomunitari, risultano talvolta non puniti in giudizio grazie ad argomenti

⁽¹¹³⁾ Mentre risultano assai più frequenti, in particolare, nel sistema penale del Regno Unito, in ragione dell’approccio multiculturalista ad esso proprio.

⁽¹¹⁴⁾ Emblematico l’esempio della macellazione rituale tramite sgozzamento dell’animale, in genere considerata in Italia una forma di maltrattamento penalmente sanzionata, eppure consentita ai soli arabi ed ebrei in nome delle loro tradizioni, dalla legge penale ritenute evidentemente prevalenti rispetto alla tutela dell’animale.

⁽¹¹⁵⁾ L’art. 3 della l. 15 luglio 2009 n. 94 ha infatti abrogato l’art. 671 c.p. (che puniva i fatti in questione con l’arresto da tre mesi a un anno), introducendo al contempo l’art. 600-*octies* c.p. (che punisce gli stessi fatti con la reclusione fino a tre anni).

di varia fondatezza giuridica⁽¹¹⁶⁾, accomunati dal fatto di creare forme più o meno atipiche di irresponsabilità penale⁽¹¹⁷⁾. Ulteriori ipotesi di irresponsabilità penale degli immigrati si sono avute riconoscendo in capo a costoro la sussistenza di un errore inevitabile sulla norma penale violata⁽¹¹⁸⁾: specie quando quest'ultima riguardi reati "di mera creazione legislativa" e l'autore appartenga a un'etnia culturalmente lontana da quella prevalente nel luogo di commissione del fatto, o comunque non risulti integrato nel tessuto sociale, in particolare a causa della mancata conoscenza della lingua del luogo.

Orbene, e in estrema sintesi, è verosimile ritenere che almeno talune di queste opzioni giurisprudenziali siano il portato non solo di atteggiamenti indulgenziali di matrice *lato sensu* multiculturalista, ma anche di posizioni scientifiche le più diverse, improntate ora ai principi propri della difesa sociale⁽¹¹⁹⁾, ora a quelli della scuola classica⁽¹²⁰⁾, stante che gli uni e gli altri favoriscono indubbiamente il riconoscimento della non imputabilità in capo a soggetti che abbiano vissuto e si siano sviluppati "in condizioni socio-culturali tali da non rientrare nei canoni di 'normalità' accolti comunemente"⁽¹²¹⁾.

In relazione agli stessi immigrati, peraltro, è possibile talvolta riscontrare a livello legislativo una tendenza di segno antitetico, in quanto

⁽¹¹⁶⁾ Cfr., *amplius*, A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010, 98 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Per vero, l'esame della giurisprudenza italiana dimostra anche, talora, l'opposta tendenza a punire in base a fattispecie penali gravi (per esempio, quella di "riduzione in schiavitù" di cui all'art. 600 c.p.) gli autori stranieri per fatti che, se realizzati da cittadini italiani, sarebbero verosimilmente puniti in base a fattispecie penali meno gravi (per esempio, quella di "maltrattamenti in famiglia" di cui all'art. 572 c.p., o quella di "impiego di minori nell'accattonaggio" di cui all'art. 600-*octies* c.p., o ancora quella di "inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori" di cui all'art. 731 c.p.). Se ne deduce che l'immigrato è un "tipo d'autore" oggetto di differenti valutazioni da parte dei magistrati, anche se non soprattutto alla luce del loro particolare punto di vista in merito al fenomeno immigrazione. In argomento cfr., diffusamente, A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 144 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., diffusamente e per tutti, F. BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'*, Milano, CUEM, 2008, 301 ss.

⁽¹¹⁹⁾ È appena il caso di osservare che, volendo, la patente di "penalmente irresponsabile" può essere attribuita con maggiore facilità a soggetti provenienti da molto lontano e talora completamente isolati dalla società del Paese di accoglienza, che non a soggetti autoctoni acculturati e perfettamente integrati nella società.

⁽¹²⁰⁾ Primo fra tutti il principio di colpevolezza, il cui pieno riconoscimento implica, in particolare, che l'inevitabilità dell'errore sulla legge penale sia valutata alla luce della personalità dell'autore, ivi compresa la "lontananza culturale" di questi rispetto al contenuto del precetto violato. In argomento cfr. A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 110 ss.

⁽¹²¹⁾ Cfr. NIGIANI, VENTURA, *Capacità di intendere e di volere*, in <http://www.crimine.it/pagina.asp?ID=7>.

mirante a sanzionare penalmente anche fatti scarsamente offensivi, se espressivi di comportamenti tipici di taluni gruppi minoritari (si pensi, per esempio, al recente progetto di legge volto a vietare l'uso in luogo pubblico del burqa). Una analoga tendenza legislativa consiste nel punire più severamente taluni fatti illeciti quando le loro modalità di realizzazione denotino la diversa "matrice culturale" dell'autore (si pensi, per esempio, alle mutilazioni genitali, dalla legge 9 gennaio 2006 n. 7 punite con estremo rigore, e in particolare con sanzioni detentive assai più lunghe di quelle previste per qualsiasi altro tipo di lesione personale). In entrambi i casi summenzionati viene violato o quantomeno posto in crisi il principio "classico" di proporzione-retribuzione. Sempre in entrambi i casi, poi, tale violazione sembra avvenire in nome del primato delle ragioni di difesa sociale; in nome cioè dell'esigenza di tutelare specifici soggetti (nei precedenti esempi, le minori infibulate e le stesse donne cui per tradizione viene imposto il burqa) ovvero l'intera collettività (il divieto del burqa venendo invocato — peraltro, a nostro giudizio, pretestuosamente — anche per presunte ragioni di sicurezza collettiva, e in particolare per diminuire il rischio di attentati kamikaze, verso i quali il mondo occidentale sembra provare oggi una vera e propria ossessione).

Il peculiare trattamento (volta a volta, come si è visto, *in bonam* ovvero *in malam partem*) riservato agli immigrati non si manifesta però solo nel caso in cui costoro sono chiamati personalmente a rispondere dei reati commessi, ma anche nel caso in cui si presume che essi tengano o possano tenere meri comportamenti devianti, ovvero che possano costituire un pericolo o anche solo un fastidio per gli altri cittadini. Emblematici, seppure fortunatamente ancora sporadici, risultano certi provvedimenti amministrativi (che talune forze politiche vorrebbero tradotti in vere e proprie leggi) tesi a isolare zone o quartieri popolati da gruppi di immigrati con alti tassi di devianza. Un esempio significativo al riguardo è costituito dalla recinzione a Padova di un complesso di edifici, abitati da soggetti appartenenti ad etnie per lo più africane, ormai degradati e divenuti — così almeno si dice — centri per lo spaccio della droga e per la prostituzione. Considerato da molti come espressione di intolleranza e discriminazione razzista, il "muro di Padova" è stato giustificato, a giudizio degli amministratori locali, da ragioni di pubblica sicurezza. Resta il fatto che la costruzione di questa barriera — così come la tendenza a sgombrare certi gruppi minoritari dai centri cittadini per relegarli in circoscritte zone periferiche — se da un lato esprime istanze riconducibili pur sempre all'idea di difesa sociale, dall'altro lato implicano l'affermarsi *tout-court* di nuovi ghetti; quei ghetti la cui soppressione era peraltro vista da Enrico Ferri come uno dei più efficaci sostitutivi penali⁽¹²²⁾,

⁽¹²²⁾ R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, cit., 90.

funzionale all'integrazione dei consociati e all'abbassamento dei livelli di criminalità. A riprova del fatto che l'idea positivista di tutela collettiva tramite neutralizzazione tende a concretizzarsi nei modi più diversi, a seconda del punto di vista privilegiato⁽¹²³⁾.

b) In relazione poi alla disciplina (specie, ma non solo) penale applicabile agli immigrati irregolari, ancora più numerose sono le norme ispirate a forme di difesa sociale incentrate sulla ostacolazione e la neutralizzazione di tali soggetti⁽¹²⁴⁾. In particolare la legge 30 luglio 2002 n. 189, nel modificare la precedente regolamentazione dell'immigrazione, ammette innanzitutto i respingimenti al Paese di origine quando avvengono in acque extraterritoriali, così da ostacolare l'ingresso in Italia di tali soggetti, anche a costo di violare gli standard internazionalmente previsti per le procedure di asilo. La stessa legge prevede inoltre che gli stranieri clandestini giunti sul territorio nazionale siano portati in appositi "centri di permanenza temporanea" (C.P.T.) e quindi — verificata l'insussistenza del diritto di asilo ovvero del diritto al rilascio del permesso di soggiorno — siano espulsi tramite accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica⁽¹²⁵⁾. La neutralizzazione si traduce così nell'"eliminazione" del clandestino, tramite il suo definitivo allontanamento dal territorio dello Stato. A sua volta, con la medesima legge, poi inasprita da una successiva legge del 2004⁽¹²⁶⁾, l'effettività dell'espulsione è stata rafforzata tramite l'introduzione nel sistema penale di tutta una serie di delitti severamente puniti, concernenti l'inosservanza del divieto di reingresso, l'ingiustificata permanenza dello straniero espulso e la reiterazione del reato di illegale reingresso.

Ma il testo che veramente configura l'immigrato clandestino come un "tipo criminologico d'autore" meritevole di uno speciale trattamento sanzionatorio è la legge 24 luglio 2008 n. 125. Quest'ultima ha introdotto nel codice penale la nuova circostanza aggravante comune della clandestinità, che comporta l'aumento fino a un terzo della pena nei casi in cui un reato (qualsiasi reato) sia commesso da un soggetto "mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale"

⁽¹²³⁾ Cfr. *D'Alema: giusto costruire il muro di Padova*, in *Repubblica*, 28 aprile 2009, 14.

⁽¹²⁴⁾ In quanto, addirittura, considerati "nemici". Cfr., per tutti, A. Caputo, 2007, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla Questione Criminale*, n. 1, 45 ss.

⁽¹²⁵⁾ Cfr., in particolare, B. Nascimbene, *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, a cura di F. Salerno, Padova, Cedam, 2003, 183 ss. Negli ultimi anni, complice il forte allarme sociale suscitato dai recentissimi, eclatanti attentati terroristici di matrice internazionale, si assiste nei confronti degli stranieri sospettati di essere contigui agli ambienti terroristici in questione ad un utilizzo della misura preventiva dell'espulsione alquanto disinvolto, sino ad indurre il sospetto che le garanzie del procedimento di espulsione non vengano sempre pienamente rispettate.

⁽¹²⁶⁾ Legge 12 novembre 2004, n. 271.

(art. 61 n. 11-*bis* c.p.). Come ho già avuto modo di sottolineare⁽¹²⁷⁾, si tratta di una aggravante ai limiti dell'incostituzionalità per violazione innanzitutto del principio di eguaglianza, in quanto volta a colpire una condizione soggettiva non costituente un indice di maggiore disvalore del fatto. Cosicché l'unico modo per giustificare tale norma consiste nel considerare l'immigrato clandestino un "tipo di autore" particolarmente pericoloso e come tale meritevole di un sovrappiù di pena in funzione neutralizzatrice⁽¹²⁸⁾. Inutile sottolineare le ascendenze positiviste di una tale scelta, tenuto anche conto della quantomeno dubbia efficacia dell'aggravante in esame sul piano generalpreventivo⁽¹²⁹⁾.

Ancora, occorre qui ricordare l'introduzione della nuova fattispecie di "ingresso e soggiorno illegale *nel territorio dello Stato*" prevista dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, perfettamente funzionale alla creazione di un preciso stereotipo criminale, stante che ogni straniero clandestino diventa, per questo stesso fatto, un delinquente socialmente pericoloso. La prevalente funzione di questa fattispecie è comunque, ancora una volta, la neutralizzazione-eliminazione del reo, visto che l'importante di tale norma non è certo la pena principale (ammenda da 5.000 a 10.000 euro, verosimilmente quasi mai eseguibile), quanto piuttosto il fatto di preconstituire la condizione per l'espulsione amministrativa dell'immigrato dall'Italia (a seguito della quale — come precisa la legge — il reato si estingue).

Ma non è finita. Il legislatore italiano ha voluto anche introdurre tutta una serie di norme penali che, oltre a punire quanti sfruttano a vario titolo i clandestini, mirano anche ad isolare socialmente l'immigrato irregolare, a costringerlo a un tenore di vita tale da suggerirgli la volontaria fuoriuscita dal Paese: basti pensare alla norma che prevede come delitto punibile con la reclusione da sei mesi a tre anni il fatto di affittare un alloggio a un clandestino⁽¹³⁰⁾. Sempre il nostro legislatore non ha mancato di varare speciali regole procedurali per i reati in materia di immigrazione, nel segno di un evidente svuotamento delle garanzie giurisdizionali, così da velocizzare e semplificare le procedure amministrative di espulsione.

⁽¹²⁷⁾ A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 77.

⁽¹²⁸⁾ Vero è, peraltro, che l'incremento di pena correlato alla sussistenza dell'aggravante della clandestinità da un lato appare quantitativamente modesto, dall'altro lato del tutto aleatorio, in ragione della possibilità per il giudice italiano di bilanciare tra loro le circostanze aggravanti e attenuanti, ritenendo prevalenti quelle per lui più significative. Pertanto, la circostanza aggravante in questione potrebbe essere di fatto neutralizzata da una qualsiasi circostanza attenuante, nel caso in cui il giudice consideri la seconda prevalente sulla prima, o equivalente ad essa.

⁽¹²⁹⁾ Sembra infatti irrealistico ritenere che un immigrato clandestino, introdotto il più delle volte nel nostro Paese a prezzo di incredibili rischi, possa essere sensibile agli effetti di intimidazione connessi all'incremento di pena (come appena detto, modesto e aleatorio) applicabile in base a tale circostanza.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. l'art. 5 comma 1 l. 27 luglio 2008 n. 125.

Purtroppo, si potrebbe ancora continuare a lungo per dimostrare quello che è ormai chiaro: i meccanismi di “difesa sociale” creati per “lottare” contro gli emigranti, pur senza riuscire a sconfiggere questi ultimi⁽¹³¹⁾, hanno già fatto terra bruciata dei diritti fondamentali e degli stessi principi-cardine dello Stato di diritto, a partire da quelli di uguaglianza e di dignità della persona umana.

E neppure è possibile consolarsi sottolineando alcune più o meno evidenti analogie con quanto elaborato, circa un secolo fa, dagli esponenti della Scuola positiva: i quali, assieme ad alcuni punti di vista per molti aspetti criticabili, hanno avuto il grande merito di scientificizzare il diritto penale, osservando con occhio nuovo, senza veli, l'uomo delinquente e cercando di immaginare i modi migliori per limitarne la pericolosità. Mentre l'odierno quadro giuridico-penale italiano appare forgiato da “nani sulle spalle di giganti”; da nani capaci solo, a tutto concedere, di scimmiettare inconsapevolmente i loro illustri predecessori, dando così vita a un diritto peggiore di quello concepito in un passato già lontano seppure, per taluni aspetti, ostinatamente attuale.

ABSTRACT

The essay aims at underlying the persistent influence on the Italian criminal law of the theory of social defense, in spite of the apparent crisis of the legal instruments provided in the Criminal Code and infused by this theory, and notwithstanding the distance of the current Italian criminal policy by the traditional basis, scope and methods of the social defense itself.

The tangible evolution of statute law and case law related to five different categories of offenders (mentally disordered people, minors, recidivists, sexual offenders, immigrants) highlights the restored up-to-dateness of the social defense, although it also marks the significant changes occurred.

Questo lavoro si prefigge di sottolineare come — nonostante l'evidente crisi degli strumenti di difesa sociale previsti dal codice penale e nonostante la lontananza dell'attuale politica criminale italiana dai tradizionali presupposti, fini e metodi della difesa sociale — tale movimento di pensiero continui ad incidere sul sistema penale italiano.

Testimoniano la rinnovata attualità della difesa sociale, ma al contempo anche i mutamenti intervenuti al suo interno, l'evoluzione riscontrabile a livello legislativo e giurisprudenziale in relazione a cinque ben precisi tipi di autore: i malati mentali, i minori, i recidivi, i delinquenti sessuali e gli immigrati.

⁽¹³¹⁾ “Invincibili, infatti, non sono coloro che vincono sempre. È vero il contrario: invincibili sono coloro che non si arrendono mai” (A. PUGIOTTO, “Purché se ne vadano”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in <http://www.associazionedeiconstituzionalisti.it/materiali/convegna/aic200910/Pugiotto.pdf>, 2009, 48). “Invincibili per noi sono i migratori, quelli che attraversano il mondo a piedi per raggiungerci, e non si fanno fermare da nessuna espulsione, da nessun naufragio, da nessun campo di concentramento” (E. DE LUCA, *Chisciotte e gli invincibili*, Roma, Fandango Libri, 2007, 7).

ALESSANDRO BERNARDI (*) – DOMENICO NOTARO (**)

LA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA NEL SISTEMA PENALE ITALIANO (***)

SOMMARIO: 1. Introduzione. Origine del fenomeno criminale e ambiti della materia. – 2. Le associazioni criminali con finalità politiche. – 3. Le associazioni per delinquere comuni. – 4. Le principali questioni applicative. Il chiarimento del concetto di associazione criminale. – 5. La responsabilità dei capi per i reati-scopo commessi dagli esecutori. – 6. La delimitazione del “concorso esterno” nel reato associativo. – 7. I reati-scopo espressivi di fenomeni di criminalità organizzata. – 8. Le misure patrimoniali: il sequestro e la confisca. – 9. La collaborazione dei “pentiti”. – 10. Le indicazioni dell’Unione Europea: la decisione-quadro sulla criminalità organizzata e il suo recepimento in Italia. – 11. Conclusioni.

1. *Introduzione. Origine del fenomeno criminale e ambiti della materia.*

Da lungo tempo afflitta da vistose manifestazioni di criminalità organizzata⁽¹⁾, l’Italia è stata fra i primi Paesi europei ad introdurre fattispecie penali espressamente concepite per reprimere tali fenomeni. Gli artt. 89, 96 e 265-268 del codice napoleonico del 1810 hanno offerto un modello⁽²⁾ per l’incriminazione della cospirazione, della banda armata e delle associazioni

(*) Autore dei paragrafi 1, 2 e 11.

(**) Autore dei paragrafi 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.

(***) *Versione italiana del contributo in corso di pubblicazione nel volume La criminalité organisée. Droit français, droit européen, droit comparé, a cura di Jean Pradel e Jacques Dalles, Paris, Dalloz.*

⁽¹⁾ S. LUPO, *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 1993; A. COLETTI, *Mafie: storia della criminalità organizzata nel Mezzogiorno*, Torino, 1995.

⁽²⁾ T. FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico del codice penale per gli Stati di S.M. Vittorio Emanuele II*, I, Torino, 1860, 240 ss.; L. LACCHÉ, *Alle origini dell’associazione per delinquere, Crimen plurium, concorso e reato plurisoggettivo tra antico regime e XIX secolo*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Macerata* (1989), II, Milano, 1991, 613 ss.

di malfattori nei codici preunitari italiani⁽³⁾ e nel primo codice del Regno d'Italia in vigore nel 1890 (cfr. gli artt. 131, 134, 248 e 251)⁽⁴⁾.

Nel codice del 1930, tutt'ora vigente, l'assetto dei reati associativi in ambito politico era animato dall'intento di reprimere il dissenso al regime fascista. Accanto alle norme sulla cospirazione e sulla banda armata si rinvenivano perciò reati associativi qualificati dalle finalità ideologiche del gruppo: le associazioni con finalità sovversive, le associazioni aventi scopi di propaganda antinazionale, le associazioni aventi dimensione internazionale.

Meno numerose erano le disposizioni sulle organizzazioni criminali comuni, nonostante fosse nota la loro diffusione sul territorio nazionale. Soltanto l'art. 416 c.p. (*Associazione per delinquere*) poteva colpire le associazioni costituite per commettere delitti.

Negli ultimi decenni tale insieme di norme è stato investito da vistosi processi di riforma, qui di seguito brevemente riassunti.

A) L'affermazione nel 1948 di principi costituzionali a tutela dell'individuo nei confronti dell'esercizio del potere punitivo ha imposto di eliminare le fattispecie associative votate a reprimere la libera manifestazione del pensiero. L'art. 18 della Costituzione assicura a tutti i cittadini la libertà di associarsi per fini non vietati ai singoli dalla legge penale: solo qualora l'associazione persegua scopi criminali, esso non costituisce esercizio di un diritto e può essere proibito. La Costituzione ha inoltre stimolato un'interpretazione più stretta delle fattispecie di reato, in linea con i principi di chiarezza-precisione, materialità ed offensività che reggono il sistema penale.

B) Nuove forme di criminalità politica hanno sollecitato l'introduzione di reati associativi qualificati dalla particolarità degli scopi delittuosi e/o dalle modalità del loro agire. Oltre alle fattispecie di associazioni neofasciste⁽⁵⁾, di associazioni a carattere militare aventi finalità politiche⁽⁶⁾ e di associazioni segrete⁽⁷⁾ — tutte interdette già da norme costituzionali⁽⁸⁾ — soprattutto a partire dagli anni '70 del XX secolo si è imposta all'attenzione generale la criminalità di stampo terroristico-eversivo, la quale ha sollecitato l'introduzione di un'apposita fattispecie associativa.

⁽³⁾ AA. VV., *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1993.

⁽⁴⁾ F. COLAO, *Il diritto penale politico nel codice Zanardelli*, in *I codici preunitari* cit., 669 ss.;

⁽⁵⁾ V. la legge 20 giugno 1952, n. 652.

⁽⁶⁾ V. il decreto legislativo 14 febbraio 1948, n. 43.

⁽⁷⁾ V. la legge 25 gennaio 1982, n. 17.

⁽⁸⁾ Il divieto di associazioni neofasciste è affermato dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione; il divieto di associazioni che perseguono fini politici mediante organizzazioni di carattere militare e di associazioni segrete è espresso nel secondo comma dell'art. 18 Cost.

C) La constatazione della sempre maggiore pericolosità delle organizzazioni criminali mafiose (“cosa nostra”, “camorra”, “ndrangheta”, “sacra corona unita”, radicate rispettivamente in Sicilia, in Campania, in Calabria e nelle Puglie), capaci di compromettere l’andamento della vita sociale ed economica del Paese, ha spinto ad introdurre nel 1982 il delitto di *Associazione di tipo mafioso* (art. 416-bis c.p.). A tale fattispecie si legano norme di diritto sostanziale e di diritto processuale che per alcuni costituiscono un *sistema particolare* (in quanto retto da autonomi principi) all’interno dell’ordinamento penale.

D) Una volta rilevata l’insufficienza delle sole fattispecie associative a contrastare i gruppi criminali più radicati nel tessuto sociale, nuove direttrici politico-criminali hanno ispirato le scelte del legislatore: a) si è avvertita l’opportunità di colpire le associazioni prendendo di mira la loro capacità di produrre reddito e la dotazione patrimoniale delle organizzazioni illecite; b) è emersa l’importanza (e talora l’insostituibilità) delle rivelazioni fornite da soggetti che, già membri di associazioni, si siano da queste dissociati; c) si è reso necessario potenziare e progressivamente differenziare il regime processuale per i reati di criminalità organizzata, in considerazione delle difficoltà frapposte all’accertamento delle fattispecie associative.

E) L’accelerazione del processo d’integrazione europea ha imposto l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati dell’Unione nella materia della criminalità organizzata e la cooperazione degli organi giudiziari e amministrativi specialmente in questo settore. In tal modo si mira ad evitare che le associazioni illecite approfittino di legislazioni più permissive per concentrare in certi Stati le proprie attività criminali, e a dotare i suddetti organi di strumenti con cui superare gli ostacoli giuridici opposti dai confini nazionali.

Nel prosieguo della trattazione saranno esaminate innanzitutto le fattispecie volte a colpire le associazioni criminali. Successivamente saranno passate in rassegna le principali questioni applicative. Infine, saranno valutate le più recenti riforme sollecitate dall’Unione Europea.

2. Le associazioni criminali con finalità politiche.

Sul versante della criminalità politica i reati associativi possono suddividersi in due gruppi: il primo comprende fattispecie che, in virtù della loro duttilità, non hanno subito innovazioni negli anni recenti; il secondo concerne norme incriminatrici di associazioni terroristiche sulle quali il legislatore è intervenuto a più riprese.

A) Al primo gruppo appartengono i delitti di cospirazione e di banda armata.

Una prima forma di cospirazione (art. 304 c.p. *Cospirazione politica mediante accordo*) punisce coloro che promuovano o prendano parte ad un

accordo (purché “serio” e determinato)⁽⁹⁾ per commettere uno o più delitti contro lo Stato, quando il reato-scopo *non* sia realizzato⁽¹⁰⁾. Per queste sue caratteristiche tale fattispecie si presta a reprimere atti preparatori di offese alla personalità dello Stato.

La *Cospirazione politica mediante associazione* (art. 305 c.p.) riveste maggiore pericolosità per lo Stato, in virtù della configurazione del gruppo in forma associativa: l'apprestamento di uomini e mezzi e la specializzazione nei ruoli per commettere delitti politici rendono superiore la capacità dei cospiratori di raggiungere gli obiettivi. Il livello di pericolosità dell'associazione si riflette nella misura delle pene: già per la semplice partecipazione la pena è più elevata di quella stabilita per la cospirazione mediante accordo; per la sola cospirazione mediante associazione sono poi individuati ruoli determinanti nel gruppo criminale (quelli di promotore, costituente, organizzatore e di capo) per i quali la pena è più alta di quella riservata ai partecipi e può arrivare sino a 12 anni di reclusione, ulteriormente aumentabili in presenza di una o più circostanze aggravanti.

Ancora più gravi sono le pene per la “banda armata” (art. 306 c.p. *Banda armata: formazione e partecipazione*), che reprime le associazioni che dispongano di armi per commettere delitti contro lo Stato. A questa fattispecie vengono non di rado ricondotti i gruppi criminali di matrice politica, stante anche l'opinione per cui la banda non sottende la creazione di un organigramma militare⁽¹¹⁾, purché l'armamento sia adeguato all'importanza degli scopi prefissi dal sodalizio⁽¹²⁾.

B) Al secondo gruppo di fattispecie appartiene l'art. 270 c.p. (*Associazioni sovversive*) che vieta le associazioni dirette a rovesciare violentemente gli ordini economici o sociali costituiti nello Stato o a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato. Fino a poco tempo fa la norma, incriminando le organizzazioni che si proponessero di attuare con modalità violente programmi politici rivoluzionari di natura socialista, comunista od

⁽⁹⁾ Cfr. per tutte Cass. Sez. I 27 febbraio 2002, Marra, in *Cass. pen.*, 2003, 1898.

⁽¹⁰⁾ Qualora invece lo scopo sia realizzato, l'accordo criminoso perde di autonoma rilevanza, rimanendo assorbito nella responsabilità per il concorso di persone nel delitto commesso.

⁽¹¹⁾ Va sottolineato che l'art. 1, d.lg. n. 43 del 1948, punisce autonomamente le associazioni che perseguono fini politici avvalendosi di un'organizzazione militare. Per la necessità di una strutturazione in forma gerarchica, tuttavia, Cass. Sez. I 25 ottobre 1983, Arancio, in *Cass. pen.* 1985, 318; *contra* Cass. Sez. I 27 ottobre 1987, Al Ashker Bas, in *Riv. pen.*, 1989, 304; Cass. Sez. I 14 novembre 1985, Andriani, in *Cass. pen.*, 1987, 1099.

⁽¹²⁾ Cfr., per tutti, M. BOSCARRELLI, *Banda armata*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 36; G. CASELLI, A. PERDUCA, *Terrorismo e reati associativi: problemi e soluzioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.* 1982, II, 218; L. DE LIGUORI, *La banda armata. Fattispecie penale e realtà terroristica*, Napoli, 1986, 70.

anarchica, rischiava di vietare la libera manifestazione del pensiero politico⁽¹³⁾. Perciò il legislatore nel 2006 ha eliminato dalle finalità associative i riferimenti impliciti a taluni partiti politici ed ha richiesto la “idoneità” dell’associazione a realizzare il programma di azioni “violente”⁽¹⁴⁾.

Non presentava questi problemi l’art. 270-bis c.p. (*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico*), introdotto per il ripetersi di episodi di terrorismo⁽¹⁵⁾. L’indicazione degli obiettivi eversivi senza riferimenti a specifici gruppi politici ha reso più agevole applicare l’art. 270-bis c.p. alle organizzazioni terroristiche. La menzione del programma di compiere *atti di violenza* per finalità eversive riduce il rischio di incriminare associazioni che si propongano obiettivi di semplice propaganda politica. L’estensione dell’art. 270-bis c.p. ai sodalizi che perseguono finalità terroristiche *anche di rilievo internazionale* ha infine completato la capacità della fattispecie di comprendere gran parte delle manifestazioni terroristiche associate. Risulta perciò poco chiaro quale possa essere l’ambito residuo nel quale operi l’art. 270 c.p. sulle associazioni sovversive⁽¹⁶⁾.

L’impiego di alcune delle fattispecie associative in rassegna ha subito di recente nuovo impulso. a) Nell’ultimo decennio è emersa la ri-costituzione di frange estremiste di matrice neo-comunista organizzate in gruppi operativi, il cui programma contemplava la commissione di reati violenti contro la persona e contro il patrimonio, motivati dall’obiettivo di abbattere le istitu-

⁽¹³⁾ Perciò se ne proponeva l’abrogazione: v. M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 567. Per una interpretazione della norma in linea con la Costituzione v. Cass. Sez. I, 7 aprile 1987, Angelini, in *Cass. pen.*, 1988, 1848.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 968s.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati d’opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.* 2006, V, 222; D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legisl. pen.* 2006, 407s.

⁽¹⁵⁾ Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *I reati politici associativi nel codice Rocco*, Milano, 1985, 685 ss.; G. DE VERO, *Banda armata e delitti politici di associazione: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1985, 310 ss.

⁽¹⁶⁾ M. PELISSERO, *Reato politico* cit., 208. Dopo le modifiche apportate nel 2006 all’art. 270 c.p. sorge il problema di spiegare come i gruppi sovversivi (le cui finalità denotano un ambito più ristretto di quelle terroristiche di cui all’art. 270-bis c.p., presupponendo un’associazione “idonea” e dunque meglio organizzata per le finalità programmate) possa meritare una pena di entità inferiore a quella cui vanno incontro le associazioni terroristiche-eversive: v. A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più il carcere, ma restano le multe. Scatta la par condicio nella tutela delle confessioni religiose*, in *Dir. giust.* 2006 (6) 94; T. PADOVANI, *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.* 2006 (14) 13; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche* cit., 969.

zioni democratiche dello Stato. L'organizzazione di tali gruppi in "cellule" dislocate sul territorio nazionale e relativamente autonome tra loro, accompagnata dalla disponibilità a fare uso di armi in dotazione, ha permesso di contestare loro il delitto di banda armata. *b)* Nei confronti di gruppi islamici aventi contatti in altri Paesi, invece, è stata richiamata l'applicazione dell'art. 270-*bis* c.p., recentemente innovato per rispondere alle minacce terroristiche internazionali dopo gli attentati dell'11 settembre 2001. L'applicazione di questa fattispecie solleva tuttavia problemi di accertamento quando coloro che ne sono indiziati provengano da comunità culturali chiuse al resto della collettività. La difficoltà d'individuare l'appartenenza al gruppo si manifesta, in particolare, verso gli individui che non risiedono in Italia e verso coloro che, pur risiedendo, sono impegnati in vesti religiose "istituzionali" che mascherano il loro ruolo all'interno di associazioni illecite.

3. *Le associazioni per delinquere comuni.*

Anche le fattispecie associative operanti nei confronti della criminalità comune sono state innovate dal legislatore. All'art. 416 c.p. (*Associazione per delinquere*), che punisce qualunque associazione promossa, costituita, organizzata, diretta o a cui si partecipi, allo scopo di commettere delitti, sono state affiancate fattispecie volte a punire le associazioni che: *A)* perseguono particolari finalità illecite; *B)* seguono peculiari modalità di realizzazione del programma delittuoso.

A) Tra le prime fattispecie deve segnalarsi la speciale repressione dei gruppi organizzati: *a)* dediti al traffico di sostanze stupefacenti, *b)* dediti al contrabbando di prodotti di tabacco, *c)* dediti al traffico di rifiuti⁽¹⁷⁾. Se l'introduzione di queste fattispecie mira ad impedire al giudice di applicare i più blandi limiti di pena dell'art. 416 c.p., delicati problemi di individuazione della norma applicabile sorgono quando i gruppi illeciti perseguono lo speciale scopo criminoso *in aggiunta* ad altri che valgono a costituire il delitto di associazione per delinquere⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ *a)* L'art. 74, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309, punisce le associazioni finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope; *b)* l'art. 291-*quater* del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973 n. 43, reprime le associazioni dedite al contrabbando di tabacchi lavorati esteri; *c)* l'art. 260 del decreto-legislativo 3 aprile 2006, n. 152, punisce le "organizzazioni" che trafficano rifiuti tossici.

⁽¹⁸⁾ A. CERULO, *La moltiplicazione dei fenomeni associativi: aspetti problematici*, in AA. VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e proposte di collaborazione internazionale*, a cura di G.A. De Francesco, Torino, 2001, 75 ss.; D. NOTARO, *Commento all'art. 1 (art. 291-*quater* D.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43), l. 19.3.2001*, n. 92, in *Legisl. pen.* 2002, 651 ss.

B) Tra le fattispecie volte a punire le associazioni caratterizzate dalle particolari modalità di realizzazione del programma delittuoso rientra l'art. 416-bis c.p. di recente riformato anche nella rubrica (*Associazioni di tipo mafioso anche straniere*), il quale, rispetto ai modelli correnti di criminalità organizzata, introduce significative novità.

a) Anzitutto, le modalità di agire che distinguono la fattispecie, sono descritte in chiave sociologica⁽¹⁹⁾. La definizione del c.d. "metodo mafioso" ("avvalersi della forza d'intimidazione del vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano") attribuisce infatti grande rilievo alle apparenze sociali del comportamento.

b) In secondo luogo, le finalità tipiche della fattispecie non debbono necessariamente costituire reato: in alternativa allo scopo delittuoso *tout court* le associazioni mafiose possono perseguire l'obiettivo di ricavare profitti ingiusti tramite l'acquisizione del controllo di attività economiche o della gestione di appalti e procedure amministrative, o l'obiettivo di impedire, ostacolare od alterare l'esercizio del diritto di voto in competizioni elettorali.

c) Infine, quale conseguenza dei profili indicati, si ritiene che il delitto richieda un esercizio *effettivo* delle modalità "mafiose", cosicché questo reato associativo non sorgerebbe per la sola esistenza della organizzazione del gruppo, ma richiederebbe che l'associazione manifesti all'esterno la sua carica di pericolosità. Tale caratteristica dell'associazione, insieme all'allarme sociale provocato dalla diffusione delle famiglie mafiose sul territorio nazionale, spiega le pene molto severe dell'art. 416-bis c.p.: ancora di recente il legislatore italiano è intervenuto ad elevarne la misura⁽²⁰⁾.

4. Le principali questioni applicative. Il chiarimento del concetto di associazione criminale.

Se si eccettua l'elemento della necessaria partecipazione di più persone ai reati (in taluni casi rafforzato dalla precisazione del numero minimo dei componenti l'associazione), la fisionomia delle fattispecie associative è affidata all'interpretazione del concetto di "associazione". E di tale concetto è talora variato il significato. Secondo alcuni, esso descrive la conclusione di

⁽¹⁹⁾ D. NOTARO, *Art. 416-bis c.p. e "metodo mafioso", tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 1484.

⁽²⁰⁾ Con legge 5 dicembre 2005 n. 251 e poi con decreto-legge 23 maggio 2008 n. 92 (convertito in legge 24 luglio 2008 n. 125) le sanzioni sono state praticamente raddoppiate, sino a raggiungere e superare i livelli di pena delle associazioni criminali di matrice politica, e a toccare in certi casi i 24 anni di reclusione. Sulle ultime modifiche v. D. NOTARO, *Commento all'art. 1, comma 1, lett. b-bis, d.l. 23.5.1998, n. 92 (conv. in l. 24.7.2008, n. 125)*, in *Legisl. pen.* 2009.

un accordo di mutuo sostegno tra i partecipi per il conseguimento di un obiettivo illecito: in questo senso, ad esempio, per configurare la cospirazione mediante associazione ci si è talora accontentati di riscontrare un accordo stabile e determinato tra più persone⁽²¹⁾.

L'opinione di gran lunga prevalente, tuttavia, ritiene che l'associazione debba reggersi su di una *struttura organizzata* che ne permetta (e anzi ne renda più facile) il conseguimento degli scopi⁽²²⁾. L'instaurazione del vincolo dovrebbe allora esprimersi in forme tangibili di sostegno reciproco tra gli associati, di ripartizione di compiti tra gli stessi, di sufficienti dotazioni di mezzi, di adeguata pianificazione e preparazione dell'esecuzione dei reati. Per rafforzare la "consistenza materiale" del reato e per selezionare le forme associative che possono assurgere a reato, si ritiene anzi che non basti constatare l'esistenza di una struttura organizzativa alle spalle del sodalizio, occorrendo che tale organizzazione appaia altresì adeguata (o almeno non inadeguata) all'importanza e alle difficoltà del programma criminoso assunto a scopo associativo⁽²³⁾. In questo modo potrebbero rientrare nell'ambito della fattispecie i soli gruppi di malfattori che, rivelando una reale capacità di passare all'azione⁽²⁴⁾, rappresentino un effettivo pericolo per gli interessi protetti dall'ordinamento.

5. La responsabilità dei capi per i reati-scopo commessi dagli esecutori.

Una questione legata all'applicazione delle fattispecie associative attiene all'individuazione di presupposti e criteri di responsabilità dei capi del

⁽²¹⁾ Cass. Sez. Un. 14-18 marzo 1970, Kofler, in *Cass. pen.* 1970, 1595; più recentemente Cass. Sez. I 23 giugno 1988, Olivieri, in *Giust. pen.* 1989, II, 291.

⁽²²⁾ Cfr. per tutti G.A. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 290 ss.; ID, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 107 ss.; A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 13; G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 1164. Seguono tale indirizzo (seppure con accenti diversi circa la consistenza dell'organizzazione richiesta) Cass. Sez. I 27 febbraio 2002, Marra, in *Cass. pen.* 2003, 1898; Cass. Sez. I 21 novembre 2001, Pelissero, in *Cass. pen.* 2004, 1249; Cass. Sez. VI 25 settembre 1998, Villani, in *Cass. pen.* 1999, 3111; Cass. Sez. VI 14 giugno 1995, Montani, in *Cass. pen.* 1997, 398.

⁽²³⁾ Cass. Sez. I, 27 febbraio 1992, Salvo, in *Foro it.* 1994, II, 672; A. GARGANI, *L'adeguatezza della struttura organizzativa*, in AA. VV., *La criminalità organizzata cit.*, 57 ss.

⁽²⁴⁾ Disporre di armi è requisito necessario per le associazioni di natura militare o paramilitare dell'organizzazione; negli altri casi la dotazione di armi contribuisce a valutare l'idoneità dell'organizzazione, essendo eventualmente affidata ad essa dalla legge un aggravamento della pena del reato.

gruppo criminale per i reati-scopo commessi da altri membri dell'associazione in esecuzione del programma delittuoso⁽²⁵⁾.

Il problema chiede di scongiurare due opposti inconvenienti. *a)* Dal momento che i capi normalmente decidono con anticipo di tempo e in linea generale (senza cioè prendere parte alla organizzazione e preparazione) la pianificazione dei delitti-scopo del gruppo, più difficile sarebbe dimostrare un loro coinvolgimento nella commissione di tali reati, dei quali quindi essi non verrebbero a rispondere. Mentre ai capi del gruppo potrebbe imputarsi verosimilmente la sola appartenenza all'associazione (pur aggravata dall'importanza del ruolo direttivo), gli esecutori dovrebbero accollarsi oltre alla pena del reato associativo anche quella del reato-scopo commesso⁽²⁶⁾. *b)* D'altro lato, attribuire *sempre* ai capi la responsabilità dei delitti commessi in esecuzione del programma associativo, rischierebbe di favorire incriminazioni contrastanti con il principio di responsabilità penale personale, secondo cui non vi può essere rimprovero per fatti compiuti (interamente) da altri. In giurisprudenza⁽²⁷⁾ si è talora affermato che l'importanza del ruolo direttivo rende inconcepibile che si compiano reati senza il consenso quantomeno tacito dei capi; ma appunto tali responsi trascurano che non può essere rimproverato chi non abbia materialmente contribuito alla realizzazione del fatto di reato o vi abbia contribuito senza partecipazione soggettiva.

Si è perciò precisato che per tutti i membri del sodalizio (e quindi anche per i capi) — in aggiunta alla pena spettante per la partecipazione al gruppo criminale — la responsabilità per i delitti-scopo commessi può sorgere solo per comportamenti riconducibili al fatto punito dalla norma incriminatrice. Non basta accertare il ruolo apicale all'interno del gruppo, per far presumere una partecipazione di concorso dell'associato alla commissione del reato programmato dall'associazione⁽²⁸⁾. Perché sussista la responsabilità penale, tale ruolo potrà rilevare solo unitamente al riscontro di altri elementi probatori e fattuali⁽²⁹⁾ che attestino una sua partecipazione oggettiva (almeno come

⁽²⁵⁾ G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine: l'evoluzione giurisprudenziale negli anni 1970-1995*, in *Cass. pen.* 1996, 3163 ss.

⁽²⁶⁾ Tale conseguenza deriverebbe dalla mancata distinzione tra condotta di partecipazione all'associazione ed attività dell'associazione, secondo G.A. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1275 ss.

⁽²⁷⁾ Cass. Sez. I, 28 dicembre 1993, Brusca, in *Cass. pen.*, 1995, 1504; Cass. Sez. V 14 novembre 1992, Madonia, in *Cass. pen.*, 1994, 1497; Cass. Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate, in *Foro it.* 1993, II, 15.

⁽²⁸⁾ Cfr. già Cass. Sez. Un. 21 ottobre 1992, Marino, in *Cass. pen.* 1993, 1939; Cass. Sez. I, 18 febbraio 1992, Nikotic, in *Riv. pen.*, 1998, 615.

⁽²⁹⁾ Sui criteri probatori-processuali da seguire v. T. PADOVANI, *Il concorso dell'associato nei delitti-scopo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 766 ss.

istigatore o determinatore) e soggettiva (nel senso che sia stato consapevole di fornire un proprio contributo) all'esecuzione del reato⁽³⁰⁾. Esistenza di un contributo efficiente del membro del sodalizio e consapevolezza e volontà di concorrere sono dunque i presupposti per configurare una responsabilità del capo per il compimento di reati programmati dall'associazione criminale.

6. *La delimitazione del "concorso esterno" nel reato associativo.*

Più controversa è la questione della configurabilità del "concorso esterno" nel reato associativo, vale a dire del contributo di soggetti estranei che aiutino l'associazione stessa a raggiungere gli obiettivi illeciti. A coloro che ammettono la rilevanza di questa figura⁽³¹⁾ si oppongono quanti ritengono che le condotte di aiuto non possono sfuggire alla seguente alternativa: o tali condotte implicano una partecipazione interna all'associazione, oppure risultano irrilevanti⁽³²⁾. La questione — che si è posta in particolar modo per la c.d. "contiguità mafiosa"⁽³³⁾ — si innesta in quella concernente la delimitazione delle condotte dei membri dell'associazione⁽³⁴⁾. Merita inoltre di essere sottolineato che, tra i soggetti esterni all'associazione, è opportuno distinguere tra coloro che colla-

⁽³⁰⁾ Cass. Sez. VI, 16 febbraio 2006, Aglieri, in *Riv. pen.*, 2006, 1338; Cass. Sez. VI, 21 ottobre 2005, P.g. in proc. Dervishi, in *Giuda dir.*, 2006 (18) 98; Cass. Sez. VI, 30 maggio 2003, Aglieri, in *Cass. pen.*, 2004, 3625; Cass. Sez. V, 6 giugno 2001, Brusca, in *Cass. pen.*, 2002, 975.

⁽³¹⁾ A. INGROIA, *op. cit.*, 96s.; M. CERASE, *Brevi note sul concorso eventuale nei reati associativi*, in *Cass. pen.* 1994, 2683 ss.; C. VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso "esterno" nel reato associativo*, in *Foro it.* 1994, I, 561. V.B. MUSCATIELLO, *Il concorso eventuale nelle fattispecie associative*, Padova, 1995, 69 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.* 1995, 858 ss.

⁽³²⁾ F. SIRACUSANO, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.* 1993, 1875 ss.; A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1189 ss.; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: La ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.* 1995, II, 423; ID., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 103 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in AA. Vv., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, 269.

⁽³³⁾ A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

⁽³⁴⁾ G.A. DE FRANCESCO, *Paradigmi generale e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, 3500 ss.

borano con l'associazione criminale per paura di ritorsioni in caso di rifiuto e coloro che invece collaborano per ricavare vantaggi⁽³⁵⁾.

L'individuazione del concorso dell'estraneo è complicata dalle difficoltà di riscontrare in concreto l'"affiliazione" dell'esponente di un gruppo organizzato: più l'ingresso in associazione si "de-formalizza", abbandonando (in qualche caso) la condizione del previo superamento di riti o prove d'ingresso nel *clan*, più difficile è discriminare la posizione di chi agisce "dall'interno" del gruppo da quella di chi, invece, ne rimane all'esterno. Ecco che si spiegano le incertezze della giurisprudenza circa la punibilità delle forme di contiguità o vicinanza ad associazioni criminali. Per dimostrare l'inconsistenza giuridica dell'imputazione di concorso esterno nel reato associativo, si è anzi sostenuto in chiave critica che la "elasticità" della figura del concorrente esterno (rispetto a quella del membro dell'organizzazione) costituirebbe comodo *escamotage* per aggirare la prova dell'appartenenza dell'imputato all'associazione criminale. Eppure, l'esigenza di contrastare le forme di "contiguità compiacente" in contesti a più alta "densità" mafiosa (nei quali la forza delle organizzazioni criminali si regge anche sulla collaborazione di quanti hanno interesse a non ostacolare le mire dei gruppi associativi ed anzi intendono sfruttarne la forza) ha fatto la fortuna dell'istituto del concorso esterno⁽³⁶⁾, la cui concreta applicazione resta tuttavia assai problematica.

Nel tentativo di placare i contrasti sull'astratta ammissibilità del concorso esterno, sono intervenute più volte le Sezioni Unite della Corte di cassazione⁽³⁷⁾; ma ciò probabilmente non impedirà che, come già più volte avvenuto in passato⁽³⁸⁾, nel corso dei diversi gradi di uno stesso processo continuino ad alternarsi pronunce di assoluzione e di condanna.

Di fatto, l'istituto del concorso esterno presenta una spiccata dimensione casistica e giurisprudenziale⁽³⁹⁾. In particolare, esso è stato applicato con alterne fortune a: a) politici che abbiano concordato con associazioni mafiose scambi di favori o di interesse nella gestione del potere; b) alti

⁽³⁵⁾ C. VISCONTI, *Contiguità* cit., 338 ss.

⁽³⁶⁾ A. BERNARDI, *Sicurezza e diritto penale in Italia e nella Unione Europea*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, vol. XXII (2008), 43.

⁽³⁷⁾ Cass. Sez. Un., 20 settembre 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2005, 80; Cass. Sez. Un., 21 maggio 2003, Carnevale, in *Foro it.* 2003, II, 476 e in *Cass. pen.*, 2003, 3276; Cass. Sez. Un., 27 settembre 1995, Mannino, in *Cass. pen.*, 1996, 1087; Cass. Sez. Un. 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, 422.

⁽³⁸⁾ Per una rassegna v. A. BERNARDI, *op. cit.*, 43 s.

⁽³⁹⁾ G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Legisl. pen.*, 2003, 695; V. MAIELLO, *Una «judge made law» italiana: l'affermata punibilità ex art. 110 e 416-bis, del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.* 2003, 682; A. CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 249 ss.

funzionari dei servizi segreti i quali abbiano usato il ruolo istituzionale per avvantaggiare associazioni mafiose nel raggiungere le loro finalità; *c*) magistrati che, direttamente o condizionando i colleghi, abbiano alterato l'esito di procedimenti nell'interesse e a vantaggio di organizzazioni criminali; *d*) avvocati che abbiano rivelato al proprio cliente mafioso notizie riservate sullo stato dei procedimenti penali pendenti a suo carico in un certo ufficio giudiziario; *e*) imprenditori che abbiano intrattenuto rapporti di affari con esponenti mafiosi, prestando loro locali per riunioni o assumendoli come dipendenti; *f*) medici che abbiano curato la salute del *boss* dal quale dipenda coesione ed efficienza del gruppo criminale; *g*) ministri di culto che si siano recati a dire messa da un esponente mafioso latitante.

In linea teorica, sembra pienamente condivisibile la tesi secondo la quale sussiste un "concorso esterno" punibile quando un individuo non inserito nella struttura dell'associazione rechi un consapevole e volontario contributo concreto e specifico, che risulti avere avuto una effettiva incidenza causale sulla conservazione e sul rafforzamento del vincolo associativo, oltre ad essere diretto alla realizzazione anche parziale del programma comune. In questo senso: *a*) dal punto di vista oggettivo, non basterebbe riscontrare un contributo *idoneo* a rafforzare il sodalizio, se poi lo stesso non abbia recato un aiuto *concretamente efficiente* a consolidare il vincolo associativo; *b*) dal punto di vista soggettivo, il concorrente dovrebbe essere consapevole dell'esistenza e delle caratteristiche dell'associazione e deve volere rafforzare struttura e capacità operativa del gruppo.

Resta il fatto che nella prassi si tende a fare un uso più ampio e disinvolto dell'istituto del concorso esterno, oltretutto utilizzandolo anche nel settore della criminalità terroristica. Si è infatti imputato il concorso esterno a carico di persone che si limitano ad inneggiare all'esistenza e all'attività di gruppi terroristici o a detenere materiale di propaganda anti-occidentale⁽⁴⁰⁾.

E' auspicabile che su questo tema (forse il più controverso tra quelli strettamente attinenti alla conformazione dei reati associativi) le esigenze di tutela della sicurezza collettiva non compromettano il rispetto delle garanzie fondamentali, e che dunque i giudici facciano un uso cauto dei loro margini di discrezionalità nella repressione delle forme di contiguità alle organizzazioni criminali⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ V. A. BERNARDI, *op. cit.*, 44.

⁽⁴¹⁾ Sugli orientamenti della giurisprudenza in materia cf. G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1325; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.* 2005, 1734 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.* 2005, II, 90 ss.; P. MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del concorso "esterno" in associazione*, in *Dir. pen. proc.* 2006, 585.

7. *I reati-scopo espressivi di fenomeni di criminalità organizzata.*

Tra le misure contro la criminalità organizzata si inseriscono le norme incriminatrici di comportamenti illeciti che presuppongono l'intervento di associazioni criminali. Il trattamento sanzionatorio di queste norme incriminatrici è "pensato" alla luce di tale stretta connessione. Al riguardo, possono menzionarsi: A) i reati previsti perché è probabile che a commetterli siano organizzazioni illecite; B) i reati che puniscono il "fiancheggiamento" a gruppi capaci di attrarre consensi e collaborazioni tra i cittadini.

A) Nel primo gruppo rientrano i reati che puniscono il traffico di stupefacenti e di armi, la tratta di esseri umani e la immigrazione clandestina, le frodi informatiche, il riciclaggio e il reimpiego di capitali illeciti. Il loro compimento quasi "presuppone" l'esistenza di organizzazioni criminali di rilevanti capacità operative: a quei reati hanno guardato gli atti internazionali⁽⁴²⁾ che si prefiggono di contrastare le organizzazioni criminali. Nella stessa prospettiva di collegamento con associazioni illecite⁽⁴³⁾ operano i corrispondenti reati presenti nel sistema italiano.

B) Nel secondo gruppo rientrano: a) per quanto riguarda la criminalità comune, il delitto di *scambio elettorale politico-mafioso* (art. 416-ter c.p.) che punisce il candidato politico che, in cambio di danaro, riceva da malavitosi la promessa di ottenere alle elezioni voti procurati con metodo mafioso; e il delitto di *assistenza agli associati* (art. 418 c.p.), che punisce l'aiuto e il sostegno materiale prestati ai *membri* del gruppo criminale; b) per quanto concerne la criminalità politica, invece, i delitti di *assistenza agli associati* (artt. 270-ter e 307 c.p.), nonché i delitti di *arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale* (art. 270-quater c.p.), di *addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale* (art. 270-quinquies c.p.), quando l'arruolamento o l'addestramento riguardino persone che non

⁽⁴²⁾ Si ricordino: a) la convenzione ONU di Palermo del 2000 sulla criminalità organizzata, che colpisce il riciclaggio di capitali illeciti; b) i protocolli allegati a quella convenzione, i quali chiedono di reprimere la tratta di persone e l'immigrazione clandestina; c) le decisioni-quadro UE sulla tratta e sull'immigrazione, quelle sul traffico di sostanze stupefacenti, quelle sulla criminalità informatica ed altre ancora, le quali stabiliscono l'obbligo per gli Stati di prevedere aggravamenti di pena quando la fattispecie si realizzi mediante il supporto di organizzazioni criminali; d) i documenti alla base dell'emanazione della decisione-quadro del 2008 sulle organizzazioni criminali, i quali indicano gli ambiti criminali di interesse delle associazioni illecite.

⁽⁴³⁾ Per es., l'introduzione dei delitti di schiavitù e di tratta di esseri umani è stata accompagnata dall'aggiunta nell'art. 416, comma 6, c.p. di un'ipotesi aggravata di associazione per delinquere, finalizzata a commettere quei delitti: v. A. GARGANI, *Commento all'art. 4, l. 11.8.2003 n. 228*, in *Legisl. pen.*, 2004, 673. L'art. 1, comma 5, della legge 15 luglio 2009 n. 94, ha poi inserito il delitto di immigrazione clandestina tra gli scopi di quell'associazione per delinquere

partecipino alle associazioni terroristiche-eversive: l'una e l'altra condotta sono punite a causa dell'utilizzo che le organizzazioni criminali possono fare degli individui arruolati o addestrati⁽⁴⁴⁾.

8. *Le misure patrimoniali: il sequestro e la confisca.*

Solo brevi cenni è possibile fare al sequestro e alla confisca di strumenti e proventi del reato. Con tali misure lo Stato sottrae alle organizzazioni criminali i beni utilizzati per commettere reati o i beni ricavati dalla realizzazione di reati. L'intento è colpire i patrimoni delle associazioni illecite e la loro capacità di raggiungere i loro scopi⁽⁴⁵⁾. L'impiego di queste misure si deve a due convinzioni: *a)* il profitto rappresenta la vera "molla" che muove i delinquenti ad associarsi: si constata, anzi, almeno per i mafiosi, che essi non temono di dover trascorrere lunghi periodi della loro vita in carcere quanto l'eventualità di essere privati delle ricchezze accumulate per sé e per i loro cari; *b)* la mancanza dei beni impedisce alle associazioni criminali di pianificare, preparare ed eseguire i reati-scopo e più in generale di perseguire i fini loro propri; la stessa capacità di intimidazione diminuisce, se ad agire è un gruppo che non dispone di un'organizzazione ben fornita di risorse economiche.

Benché piuttosto recente, la scelta di colpire la capacità patrimoniale delle organizzazioni illecite assume importanza sull'onda dei risultati positivi conseguiti. Ad una tale strategia dedica attenzione anche l'Unione europea: sono numerose, infatti, le decisioni-quadro con cui il Consiglio richiede agli Stati di introdurre nei loro ordinamenti norme omogenee sulla confisca e di permettere ai provvedimenti di confisca di circolare liberamente all'interno dell'Unione⁽⁴⁶⁾.

In questo quadro, il legislatore italiano ha moltiplicato le possibilità di confiscare strumenti e proventi del reato. Inizialmente la confisca, in quanto misura di sicurezza patrimoniale prevista all'art. 240 c.p., interve-

⁽⁴⁴⁾ M. PELISSERO, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, in *Studium iuris* 2005, 1284.

⁽⁴⁵⁾ A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. Pen.*, III, Torino 1989, 54.

⁽⁴⁶⁾ Possono ricordarsi: *a)* la decisione-quadro 2003/577/GAI relativa all'esecuzione nell'Unione Europea del blocco dei beni e del sequestro probatorio; *b)* la decisione-quadro 2005/512/GAI sull'armonizzazione della confisca di strumenti e proventi dei reati nell'Unione Europea; *c)* la decisione-quadro 2006/783/GAI sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca nell'Unione Europea. Di tali atti normativi l'Italia ha disposto il recepimento con gli artt. 30 e 31 della legge 25 febbraio 2008 n. 34 (su cui v. il *Commento* di L. CORDI e di D. NOTARO, in *Legisl. pen.* 2009) e con l'art. 50 della legge 7 luglio 2009 n. 88.

niva nei soli confronti degli individui (o meglio dei beni) ritenuti socialmente pericolosi. Poi tale istituto si è adattato ad operare in altre circostanze; e la confisca ha così assunto anche le vesti, a seconda dei casi, di pena accessoria, pena principale, sanzione amministrativa. Le più recenti modalità di confisca — quella “ per equivalente ” (che viene disposta su somme di denaro, beni o altre utilità di cui il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente al prezzo, al prodotto e al profitto del reato) e quella “allargata” (ai beni che si può presumere siano il ricavo di attività illecite, anche quando siano posseduti da soggetti apparentemente estranei a tali attività) liberano la misura dal presupposto di pericolosità del bene. Ora, è evidente che tale evoluzione della confisca, se da un lato rende più facile acquisire i beni delle organizzazioni criminali, dall’altro lato accentua, per l’appunto, il carattere di sanzione piuttosto che di misura di sicurezza dell’istituto in esame⁽⁴⁷⁾.

La confisca e le altre misure patrimoniali sollecitano inoltre il coinvolgimento della società civile nella loro applicazione. La scommessa di tali misure è valorizzare il bene sottratto alle organizzazioni criminali assicurando la sua riconversione in un impiego socialmente utile. La riconversione del bene (oltre ad avvantaggiare le finanze pubbliche) simbolizza la riaffermazione del valore violato dalle organizzazioni illecite e sollecita una mobilitazione dell’opinione pubblica, finalmente impegnata a combattere fenomeni criminali che richiedono anche e soprattutto un impegno “culturale” della società.

Tale scommessa richiede però la predisposizione di efficienti meccanismi amministrativi di conservazione, gestione e riutilizzo dei beni confiscati. In particolare i beni devono essere affidati a soggetti che diano garanzia di recuperarne un uso vantaggioso per la società: ciò avviene, ad esempio, quando un’automobile confiscata a mafiosi è affidata al trasposto di magistrati che operano contro le associazioni criminali; quando un immobile sottratto ad organizzazioni criminali viene destinato ad ospitare le forze dell’ordine rafforzandone la presenza sul territorio; o quando i terreni sui quali abusivamente i mafiosi hanno eretto ville o nascosto i loro traffici illeciti sono assegnati ad associazioni impegnate nel recupero sociale del territorio. Occorre al contrario evitare che individui vicini ad associazioni mafiose comprino all’asta i beni confiscati: una simile eventualità produrrebbe infatti, in un sol colpo, uno smacco per l’immagine delle istituzioni statali nonché la frustrazione dei magistrati e delle forze dell’ordine, perpetuando il “danno sociale” legato alla vitalità delle associazioni illecite.

⁽⁴⁷⁾ D. NOTARO, *Commento all’art. 31, l. 25.2.2008, n. 34, in Legisl. pen. 2009.*

9. *La collaborazione dei “pentiti”.*

In Italia, come noto, importanti risultati nella lotta alle associazioni illecite si sono realizzati con la scelta — molto contrastata presso l’opinione pubblica — di affidarsi alla collaborazione dei “pentiti” per conoscere dall’interno i fenomeni di criminalità organizzata⁽⁴⁸⁾.

Con il termine “pentitismo” si denomina la collaborazione con lo Stato, fornita da individui che (magari solo per ottenere vantaggi processuali e sconti sulla pena) rendono ai magistrati informazioni sulle organizzazioni criminali di cui hanno fatto parte o di cui comunque conoscono i segreti. Essenziale è che i pentiti si dissocino dal sodalizio e che la decisione di collaborare con lo Stato sia certa⁽⁴⁹⁾.

Un primo impiego dei pentiti si ebbe contro il terrorismo ed ha consentito di scompaginare le associazioni criminali politiche. Quello stesso strumento è stato poi utilizzato nei confronti del fenomeno mafioso: assai importanti sono state in particolare le rivelazioni del “pentito” Tommaso Buscetta al giudice Falcone, per mezzo delle quali è stata fatta luce sulla dimensione organizzativa di “cosa nostra”⁽⁵⁰⁾. Una conferma dell’importanza di questo strumento nella strategia di lotta alle associazioni illecite è l’attenzione che la decisione-quadro del 2008 sulla criminalità organizzata rivolge alla collaborazione dei “pentiti”: essa prevede infatti l’obbligo per gli Stati membri sia di riconoscere diminuzioni di pena per chi renda alle autorità informazioni preziose (e altrimenti non conoscibili) per l’individuazione e la cattura dei membri di organizzazioni criminali e per impedire l’attività delle associazioni; inoltre impone di adottare misure di protezione delle vittime dei reati e dei collaboratori di giustizia.

L’esperienza italiana, insieme ai successi conseguiti, dimostra tuttavia che il ricorso ai “pentiti” non è senza costi: non solo quelli economici sostenuti per mantenere la protezione dei collaboratori e delle loro famiglie; ma anche quelli legati all’aumento di lavoro per confermare l’attendibilità delle dichiarazioni fornite alle autorità giudiziarie. In sede processuale l’accertamento del giudice si sposta infatti sulla “credibilità” della persona esaminata⁽⁵¹⁾ la quale, collaborando con la magistratura, rilascia dichiarazioni di accusa nei confronti di terzi. L’esigenza di salvaguardare la presunzione di

⁽⁴⁸⁾ S. LUPO, *op. cit.*, 221ss.; A. COLETTI, *op. cit.* 153 ss.

⁽⁴⁹⁾ M. LAUDI, *Imputati pentiti (sistema di protezione)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, 273; S. ARDITA, *La nuova legge sui collaboratori di giustizia*, in *Cass. pen.* 2001, 1698.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. le reminescenze di A. CAPONNETTO, *I miei giorni a Palermo*, Milano, 1992, 49.

⁽⁵¹⁾ V., ad es., Cass. Sez. V 10 aprile 2002, Condello, in *Cass. pen.* 2004, 1991. Su tali aspetti A. BERNASCONI, *Criminalità organizzata (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. Agg.*, IV, Milano, 2000, 501 ss.

non colpevolezza delle persone coinvolte dalle affermazioni dei pentiti non consente di saltare l'accertamento processuale di quanto affermato, ma ne trasforma l'oggetto, consistente nella verifica della credibilità della persona che parla. In questo modo si riesce ad aprire una strada per individuare le responsabilità dei membri delle organizzazioni criminali.

10. *Le indicazioni dell'Unione Europea: la decisione-quadro sulla criminalità organizzata e il suo recepimento in Italia.*

Già si è detto di alcuni casi in cui le scelte dell'UE hanno condizionato la legislazione italiana in tema di criminalità organizzata. Interessa adesso parlare di un'innovazione recente e importante che a livello europeo riguarda la punizione delle associazioni illecite: l'emanazione della decisione-quadro del 24 ottobre 2008 sulla lotta contro tale forma di criminalità⁽⁵²⁾.

Questa decisione-quadro sostituisce l'Azione comune del 1998 nel definire i caratteri delle organizzazioni criminali e i comportamenti di coloro che ne fanno parte. Questo nuovo atto di terzo pilastro, oltre a migliorare le norme opponibili a quei gruppi organizzati, è importante perché attraverso uno strumento maggiormente vincolante si propone di creare una certa uniformità giuridica tra i Paesi europei in materia (senza impedire agli Stati di introdurre norme più severe), nonché di stimolare l'introduzione di misure analoghe negli Stati extra-europei ugualmente interessati dall'attività di associazioni illecite. È poi necessario ricordare che per la criminalità politica operava già la decisione-quadro del 13 giugno 2002, la quale imponeva agli Stati di punire la costituzione, la partecipazione, la direzione e il finanziamento di associazioni che programmino reati di terrorismo⁽⁵³⁾: a quella decisione-quadro si è ispirato il Consiglio dell'Unione per combattere la criminalità comune.

Il concetto di associazione illecita definito dalla decisione-quadro si avvicina molto a quello dei corrispondenti reati italiani. Esso non oscilla più tra una versione "debole", basata sull'accordo per delinquere, ed una "forte", basata sull'organizzazione: la versione "forte", condivisa in Italia, tende ad imporsi anche in ambito europeo, visto che le decisioni-quadro richiedono un'articolazione organizzativa per individuare l'associazione. Le forme di partecipazione alle associazioni, poi, richiamano modalità (la fornitura di informazioni e di strumenti materiali, il reclutamento di membri

⁽⁵²⁾ Decisione-quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2008, in *GUCE*, 11 novembre 2008, L 300, 42.

⁽⁵³⁾ Decisione-quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002, in *GUCE*, 22 giugno 2002, L 164, 3.

e il finanziamento delle attività associative) cui pure i reati italiani danno rilievo. In più, le norme europee impongono, accanto alla punizione della partecipazione ai gruppi criminali, la punibilità di accordi per la realizzazione di attività dell'associazione, anche se chi si accorda non prenda poi parte all'esecuzione dell'attività dell'associazione: questa norma potrebbe riguardare sia i *capi* del gruppo che si ritengano responsabili dei reati-scopo realizzati da altri membri del gruppo, sia gli *estranei* all'organizzazione che aiutino l'associazione a raggiungere i propri scopi.

Rispetto al sistema italiano, tuttavia, le norme europee denotano minore efficacia sotto diversi profili.

a) In primo luogo, la definizione di associazione criminale che gli Stati membri sono obbligati a reprimere è legata alla gravità dei reati-scopo programmati: questi debbono infatti essere puniti con una pena detentiva massima non inferiore a quattro anni. Nel sistema italiano, invece, sono punite le organizzazioni che programmino di compiere reati di *qualunque* tipo, bastando l'illiceità penale dello scopo a legittimare la punizione dell'associazione. La differenza si deve, probabilmente, all'intento della decisione-quadro di richiamare gli Stati alla repressione delle forme più pericolose di criminalità organizzata, di quelle cioè disposte a commettere i reati più gravi. Eppure, anche nei confronti di questa più ristretta formulazione della norma si sono levate critiche perché non si individuano le specie di reato-scopo, con il rischio che si manchi di ancorare la norma sulle organizzazioni criminali ad un chiaro oggetto di tutela⁽⁵⁴⁾.

b) In secondo luogo, non si distingue la punizione delle modalità di partecipazione elencate: a ciascuno ruolo non segue un diverso livello delle pene. La decisione-quadro dispone pene in parte diverse solo per i componenti del gruppo, da un lato, e per coloro che si accordino per compiere attività dell'associazione, dall'altro. Nella versione finale del testo della decisione-quadro si è anzi rinunciato ad accogliere il suggerimento del Parlamento europeo di introdurre una distinta pena per i dirigenti dell'organizzazione. L'uniformità delle pene per i membri dell'associazione — che rappresenta una chiara differenza con il sistema italiano — potrebbe violare il canone per cui le sanzioni devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive; il semplice esecutore di ordini potrebbe essere punito allo stesso modo del capo che con il suo atteggiamento guida il comportamento di tutti gli altri membri dell'associazione. E ancora, per il fatto che nella fattispecie rientrano sia le associazioni dotate di rilevante articolazione organizzativa sia i gruppi non sorretti da una struttura sviluppata con una ripartizione di ruoli al loro interno (purché non si tratti di riunioni di persone occasionali), la norma è

⁽⁵⁴⁾ Cfr. il recente *Manifeste pour une politique criminelle européenne* (a firma di alcuni esponenti di Università europee) in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgemäßigkeit*, 12/2009, 720, reperibile sul sito www.zis-online.com.

ritenuta causa di possibile sperequazione di trattamento sanzionatorio, in contrasto con i canoni di proporzione e di *ultima ratio* dell'intervento penale⁽⁵⁵⁾.

c) Infine, manca in sede europea una fattispecie *speciale* con cui contrastare le manifestazioni di criminalità *mafiosa*. Anche qui non si tratta di trascuratezza del legislatore europeo, quanto piuttosto di una chiara rinuncia. Il Parlamento dell'Unione aveva infatti proposto di modificare lo schema di decisione-quadro aggiungendo alcune ipotesi di aggravamento della pena quando, fra l'altro, l'organizzazione criminale agisca con modalità "mafiose", quali sono definite dall'art. 416-*bis*, terzo comma del codice penale italiano. La mancata indicazione di una norma di questo genere nel testo definitivo della decisione-quadro, se può spiegarsi con la scelta (sopra ricordata) di vietare le sole associazioni criminali disposte a commettere reati di maggiore gravità, potrebbe tuttavia significare la rinuncia a considerare le "modalità mafiose" un carattere proprio delle moderne organizzazioni criminali di rilievo sovranazionale⁽⁵⁶⁾.

Per gli aspetti trattati si capisce che la decisione-quadro del 2008 non richieda all'Italia grandi sforzi di adeguamento del proprio sistema normativo. Perciò l'Italia ha già avviato con l'art. 53 della legge 7 luglio 2009 n. 88 le procedure per il recepimento nazionale di quella decisione.

11. Conclusioni.

Il rafforzamento delle misure di lotta alle organizzazioni criminali costituisce una tendenza oramai stabile: diffusione sul territorio e gravità intrinseca dei fenomeni associativi illeciti spingono a mantenere alto il livello di repressione penale. Non è detto però che a tale tendenza segua un effettivo progresso nella lotta alle organizzazioni criminali. In realtà, la valutazione della maggiore o minore bontà dell'attività di contrasto a tali associazioni deve essere effettuata, quantomeno, sulla base di due distinti punti di vista: *A*) Il grado di effettività delle misure repressive messe in campo e l'entità dei risultati raggiunti; *B*) la compatibilità di tali misure con i principi e diritti fondamentali di fonte costituzionale e sovranazionale al cui rispetto l'ordinamento penale italiano è tenuto.

A) Quanto al primo profilo, negli ultimi anni in Italia vengono dal Governo pubblicizzati con enfasi i risultati raggiunti nei confronti delle organizzazio-

⁽⁵⁵⁾ Cfr. in questo senso ancora il *Manifeste pour une politique criminelle européenne* cit., 721.

⁽⁵⁶⁾ D. NOTARO, *L'attualità del "metodo mafioso" nelle moderne organizzazioni criminali a vocazione imprenditoriale*, in AA. VV., *La criminalità organizzata* cit., 105 ss.

ni illecite. Certamente, sul versante della criminalità politica non sono mancate alcune ragioni di soddisfazione: le indagini sui gruppi estremisti neo-comunisti hanno distrutto cellule organizzative di associazioni terroristiche eversive presenti nel Paese (in particolare nelle regioni della Toscana e del Lazio); i procedimenti iniziati sono stati portati rapidamente a conclusione e le condanne inflitte agli esponenti condotti in giudizio sono in corso di esecuzione. Più problematico appare invece valutare in termini di successo/insuccesso l'attività di contrasto nei confronti dei gruppi terroristi islamici: fra i pochi procedimenti iniziati rispetto a tali gruppi si sono anzi registrati, da parte dei Tribunali, dubbi in ordine ai reali fini di taluni dei suddetti gruppi e diversità di interpretazione in merito al contenuto stesso della "finalità terroristica" prevista dalla fattispecie associativa. Ma è soprattutto sul versante della criminalità comune e di quella mafiosa in particolare che si lamentano le maggiori difficoltà nel rendere concretamente operativo un insieme di norme pur severo in astratto. Certamente, le speranze di lottare con successo contro le associazioni criminali non devono venire meno, specie da quando sono state massicciamente introdotte quelle misure che — come si è visto — aggrediscono il patrimonio delle organizzazioni e che potrebbero potentemente contribuire a indebolirle e financo debellarle.

Risulta tuttavia difficile coinvolgere in tale lotta la società civile per cercare di isolare le associazioni illecite dal resto della comunità. L'azione dei giudici si scontra, infatti, con il muro di omertà e connivenza che in taluni contesti sociali rende molto difficile individuare gli esponenti delle associazioni illecite. In più, tale azione è ostacolata dalla complessità delle indagini su gruppi criminali che estendono i loro tentacoli su ampi settori della vita collettiva. Da tutto ciò consegue un allungamento dei tempi processuali, che diminuisce l'efficacia del sistema repressivo e che talora vanifica del tutto gli sforzi della polizia e degli organi giudicanti. In alcuni casi accade infatti che la cattura dei capi delle associazioni criminali di stampo mafioso e la loro sottoposizione alla custodia cautelare si risolva in un nulla di fatto per l'incapacità dei suddetti organi di concludere tempestivamente il procedimento penale, con conseguente rimessione in libertà degli imputati per superamento dei tempi di prescrizione.

Per altro verso, anche quando si arriva alla condanna dei capimafia, non di rado questi continuano a svolgere dalla loro cella attività di direzione del gruppo criminale. Al fine di troncargli ogni rapporto tra i capi delle associazioni criminali incarcerati e gli altri membri delle associazioni in questione, nei confronti dei soggetti condannati o in attesa di giudizio per reati di criminalità organizzata, terrorismo o eversione, l'articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario⁽⁵⁷⁾ prevede la possibilità di applicare un

⁽⁵⁷⁾ L. 26 luglio 1975, n. 354.

regime carcerario di particolare rigore, che tra l'altro implica forti restrizioni nel numero e nelle modalità di svolgimento dei colloqui, limita i momenti di incontro tra gli stessi detenuti, innalza all'estremo il livello di sorveglianza su questi ultimi, sottopone a censura la loro corrispondenza. Si tratta, tuttavia, di un regime penitenziario non solo non generalizzabile, ma sotto molti profili assai discutibile, stante che la sua elevata severità ha indotto larga parte dei commentatori a considerarlo ai limiti della legittimità costituzionale. Il discorso, a questo punto, scivola sul secondo dei due summenzionati punti di vista in base ai quali valutare l'attività di contrasto alla criminalità organizzata, vale a dire sulla compatibilità di tale attività con i principi e diritti fondamentali di fonte costituzionale e sovranazionale.

B) Nelle riflessioni sulle misure da opporre alle associazioni illecite sembra meno sviluppata la sensibilità per la salvaguardia delle garanzie individuali: non che non se ne parli⁽⁵⁸⁾, ma è indubbio che l'opinione pubblica tende a privilegiare le esigenze repressive quando si tratta di combattere associazioni criminali. Eppure il tema delle garanzie rappresenta la sfida più ambiziosa in tale ambito. Lo dimostra l'attenzione che ad esso dedicano la giurisprudenza e la normativa europea⁽⁵⁹⁾. Poco più di un anno fa la Corte di Giustizia UE ha ricordato che sulle esigenze repressive collegate al mantenimento della sicurezza collettiva prevale (anche in sede di lotta alla criminalità organizzata) la necessità di rispettare i diritti fondamentali esplicitamente o implicitamente recepiti dall'UE⁽⁶⁰⁾. Non potrebbe quindi consentirsi che una legge volta a punire le associazioni criminali più pericolose limiti quelle garanzie. Nella stessa prospettiva si pone la decisione-quadro del 2008 contro il crimine organizzato, la quale nell'ottavo "considerando" s'impegna a rispettare i principi e i diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea agli artt. 6 e 49 (il diritto alla libertà e sicurezza dei cittadini e i principi di legalità e proporzionalità di reati e pene), oltre a non restringere le norme nazionali che riconoscono diritti e facoltà di rilievo sostanziale e processuale (diritti di associazione, di manifestazione del pensiero, di tutela giuridica etc.)⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. BERNARDI, *op. cit.*, 36, 38 e 62 s.

⁽⁵⁹⁾ Oltre tutto il *Manifeste pour une politique criminelle européenne* cit., attesta la sensibilità che si avverte in ambito europeo circa l'esigenza che la normativa penale si conformi al rispetto dei principi sostanziali che dovrebbero reggere quella materia: cfr. in particolare le considerazioni rivolte (*ivi* 721 s. e 724 s.) a margine delle decisioni-quadro che prevedono misure contro il terrorismo internazionale e la criminalità organizzata.

⁽⁶⁰⁾ CGCE, Grande Sezione, sent. 3 settembre 2008, cause C-402/05P e C-415/05, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*.

⁽⁶¹⁾ Nonostante ciò, ancora il *Manifeste pour une politique criminelle européenne* cit., 720, obietta che quel testo normativo indichi in maniera vaga agli Stati quale sia il bene da tutelare, sicché troppo ampia sarebbe la facoltà degli Stati di far ricorso alla misura penale.

Con quest'intento vanno confrontate le norme nazionali in tema di criminalità organizzata. Sotto tale aspetto (per limitarsi alle libertà richiamate dalla decisione-quadro da ultimo citata) è difficile negare che: *a*) il principio di legalità (anche solo nella sua dimensione di "prevedibilità" della norma penale) e il diritto di difesa rischiano di essere compromessi da quei profili delle norme incriminatrici che, mancando di determinatezza, implicano una espansione della discrezionalità giudiziaria (si pensi, ad esempio, allo stesso concetto di associazione); *b*) il diritto di associarsi liberamente per fini non vietati ai singoli dalla legge penale e il diritto di libera manifestazione del pensiero rischiano di essere limitati da norme che puniscono associazioni dedite ad attività di mera propaganda: in Italia, ad esempio, le norme incriminatrici in tema di cospirazione, banda armata o associazione per delinquere possono applicarsi quando i reati-scopo consistono nella mera istigazione o nell'apologia di comportamenti vietati; *c*) il carattere personale della responsabilità penale (ma anche la presunzione di non colpevolezza), possono essere travolti da norme che non richiedono un contributo del reo alla realizzazione dei presupposti della loro applicabilità. Corrono questo rischio, ad esempio, l'istituto del concorso esterno (se non interpretato restrittivamente) e le ipotesi di confisca di beni la cui provenienza illecita sia solo sospettata per essere il loro valore sproporzionato al reddito del destinatario della misura⁽⁶²⁾.

Su questi aspetti (e su altri ancora) del sistema penale italiano occorre riflettere e lavorare alla ricerca di un bilanciamento ragionevole tra il bisogno di sicurezza collettiva e le esigenze di tutela delle garanzie della persona imposte dalla Costituzione del 1948 e dalla stessa Unione europea.

ABSTRACT

The essay, the original version of which was addressed to legal academics and professionals belonging to different EU member States, aims at displaying an overview of the Italian criminal law in matter of organized crime.

⁽⁶²⁾ Su tale ipotesi cfr. Cass. Sez. Un. 19 gennaio 2004, Montella, in *Cass. pen.* 2004, 1182, con nota di G. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*; conforme Cass. Sez. VI 3 aprile 2003, Prudentino e altri, in *Guida dir.* 2003 (39), 73; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 330 ss. G. IUZZOLINO, *L'armonizzazione della confisca*, in AA. VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, 361 s.

The analysis of the criminal provisions and sanctions enacted to combat the different forms of criminal associations is followed by the study of the related case law and legal literature; special attention is devoted to the concept of criminal organization, to the responsibility of the heads of the organization for the offences perpetrated by the associates and to the definition of the so-called "external participation" to the criminal organization.

A brief exam of recent EU law on organized crime and its implementation in the Italian legal system finishes the article.

Il lavoro, originariamente destinato a giuristi e operatori del diritto appartenenti ai Paesi dell'Unione europea, vuole offrire un sintetico affresco della disciplina penale italiana in tema di associazioni criminali.

La disamina delle norme incriminatrici e delle sanzioni progressivamente introdotte per contrastare le differenti forme di associazione a delinquere è seguita dall'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia, con speciale riferimento al concetto stesso di associazione criminale, alla responsabilità dei soggetti apicali dell'associazione per i reati commessi dai membri della stessa e alla delimitazione del cosiddetto "concorso esterno" nel reato associativo.

Un breve esame della recente normativa europea sulla criminalità organizzata e del suo recepimento in Italia concludono la trattazione.

PAOLO FERRETTI

DUO... UNUM: COSTANTINO E IL RIPUDIO (*)

1. – L'insegnamento di Cristo in materia di ripudio è noto. Egli considerava il matrimonio strettamente monogamico e indissolubile⁽¹⁾. E ad esso si doveva riferire spesso in quanto nella tradizione degli Israeliti era vivo non solo il ricordo della poligamia dei patriarchi, ma anche del libello di ripudio di Mosé, il quale aveva permesso, a determinate condizioni, lo scioglimento del matrimonio legalmente contratto.

Del permesso mosaico ci informa un celebre passo del Deuteronomio⁽²⁾, in cui si legge che *si acceperit homo uxorem et habuerit eam, et non invenerit gratiam ante oculos eius propter aliquam foeditatem, et scripserit libellum repudii dederitque in manu illius et dimiserit eam de domo sua.*

Circa le espressioni che giustificavano il ripudio — *erwat dabar, aliqua foeditas*, 'qualche cosa di vergognoso' nella traduzione italiana — al tempo di Gesù due scuole disputavano. Una (la scuola di Hillel) permetteva il divorzio

(*) Si tratta della relazione tenuta al VII Seminario internazionale di studi "Tradizioni religiose e istituzioni giuridiche del popolo sardo: il culto di san Costantino imperatore tra Oriente e Occidente", Sedilo-Oristano-Sassari, 5-7 luglio 2004. Parte del titolo (*Duo... unum*) è ricavata da un'espressione di G. LA PIRA, *La famiglia sorgente della storia*, in *Il sentiero di Isaia*, Firenze 1978, 611 s., il cui pensiero è stato considerato "punto di partenza del Seminario" (così nella lettera di presentazione del Convegno).

Nelle note del lavoro sono inseriti soltanto i testi più significativi ed una breve bibliografia di riferimento.

⁽¹⁾ Sulle problematiche sollevate dall'inciso *excepta fornicationis causa* (Matth. 5,32) e *nisi ob fornicationem* (Matth. 19,9), rimandiamo, per tutti, a T. STRAMARE, *Causa fornicationis. Verso una soluzione del problema?*, in *Palestra del Clero* 50 (1950), 1028 ss.; F. DELPINI, *Divorzio e separazione dei coniugi nel diritto romano e nella dottrina della Chiesa fino al secolo V*, Torino 1956, 39 ss.

⁽²⁾ Deut. 24,1.

anche per cause futili: bastava che un uomo intravedesse nella moglie un qualsiasi difetto o trovasse una donna più interessante perché fosse libero di abbandonare la propria; l'altra (la scuola di Shammai), invece, autorizzava il ripudio soltanto nei casi di disordini sessuali gravi, forse nel solo caso di adulterio.

A queste tradizioni Cristo si opponeva. Ci informano sul punto i tre sinottici⁽³⁾. In particolare, dai Vangeli di Matteo⁽⁴⁾ e di Marco⁽⁵⁾ si apprende del tentativo dei farisei di far cadere Gesù in contraddizione. Dapprima gli domandano se sia lecito ad un uomo di ripudiare la moglie per qualsiasi motivo. La risposta di Gesù è chiara: *Non legistis quia, qui creavit ab initio, masculum et feminam fecit eos et dixit: "Propter hoc dimittet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una?"*. *Itaque iam non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet*⁽⁶⁾.

Ma i farisei replicano richiamandosi a Mosè il quale, come abbiamo visto, aveva concesso al marito di ripudiare la moglie. A questo secondo interrogativo, Cristo risponde: *Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio autem non sic fuit*⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Matth. 5,31-32; 19,3-11; Marc. 10,2-12; Luc. 16,18.

⁽⁴⁾ Matth. 19,3-11: *Et accesserunt ad eum pharisaei temptantes eum et dicentes: "Licet homini dimittere uxorem suam quacumque ex causa?"*. 4 *Qui respondens ait: "Non legistis quia, qui creavit ab initio, masculum et feminam fecit eos 5 et dixit: 'Propter hoc dimittet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una?'*. 6 *Itaque iam non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet*". 7 *Dicunt illi: "Quid ergo Moyses mandavit dari libellum repudii et dimittere?"*. 8 *Ait illis: "Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio autem non sic fuit*. 9 *Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur*". 10 *Dicunt ei discipuli eius: "Si ita est causa hominis cum uxore, non expedit nubere"*. 11 *Qui dixit eis: "Non omnes capiunt verbum istud, sed quibus datum est"*.

⁽⁵⁾ Marc. 10,2-12: *Et accedentes pharisaei interrogabant eum, si licet viro uxorem dimittere, temptantes eum*. 3 *At ille respondens dixit eis: "Quid vobis praecepit Moyses?"*. 4 *Qui dixerunt: "Moyses permisit libellum repudii scribere et dimittere"*. 5 *Iesus autem ait eis: "Ad duritiam cordis vestri scripsit vobis praeceptum istud*. 6 *Ab initio autem creaturae masculum et feminam fecit eos*. 7 *Propter hoc relinquet homo patrem suum et matrem et adhaerebit ad uxorem suam, 8 et erunt duo in carne una; itaque iam non sunt duo sed una caro*. 9 *Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet*". 10 *Et domo iterum discipuli de hoc interrogabant eum*. 11 *Et dicit illis: "Quicumque dimiserit uxorem suam et aliam duxerit, adulterium committit in eam; 12 et si ipsa dimiserit virum suum et alii nupsert, moechatur"*.

⁽⁶⁾ Matth. 19,4-6.

⁽⁷⁾ Matth. 19,8.

2. – Detto in estrema sintesi dell'insegnamento evangelico, veniamo a Costantino e al noto provvedimento del 331:

C.Th. 3,16,1 Imp. Constant(inus) A. ad Ablavium P(raefectum) P(raetori)o. Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata. Dat..... Basso et Ablavio cons. (a. 331.....).

L'imperatore esordisce affermando che alla moglie non deve essere permesso di ripudiare il marito a causa delle sue perverse abitudini, appellandosi ad un pretesto, come ad esempio se il marito sia un ubriacone, un giocatore d'azzardo o un seduttore. E parallelamente ai mariti non deve essere concesso di ripudiare le proprie mogli invocando un qualsiasi motivo.

Pertanto, continua Costantino, alla donna sia lecito inviare il ripudio soltanto in presenza di tre crimini: provi che il marito sia un omicida, un avvelenatore o un violatore di sepolcri. In queste ipotesi, recupererà l'intera dote. Ma se la donna ripudia il marito al di fuori dei crimini previsti, allora la medesima deponga nella casa del marito ogni sua cosa *ad acuculam capitis* e subisca la deportazione in isola.

Analogamente, anche al marito sia lecito inviare il ripudio soltanto in presenza di tre crimini: se la moglie è un'adultera, una avvelenatrice o una mezzana. Se il marito allontani la donna al di fuori di questi crimini, allora restituisca tutta la dote e non si risposi. E nel caso in cui sia passato a seconde nozze, sia concesso alla donna ripudiata di invadere la casa dell'ex marito e di impossessarsi dell'intera dote della seconda moglie.

3. – Passiamo adesso alle diverse interpretazioni avanzate in dottrina in merito al rapporto, o meglio all'influenza, che il pensiero cristiano avrebbe esercitato sulla legge di Costantino. Al riguardo abbiamo registrato, tra i numerosissimi studiosi che si sono occupati della materia, pur con qualche eccezione, una sostanziale divisione: secondo alcuni, la costituzione riflette-

rebbe idee cristiane; secondo altri, invece, la legge in esame, pur opponendosi allo scioglimento del matrimonio, non recepirebbe principi evangelici.

Nel primo indirizzo, vale qui la pena di ricordare ad esempio Gotofredo⁽⁸⁾, secondo cui la costituzione sarebbe stata redatta “antistitum quoque Christianorum proculdubio consilio”; ancora Biondi⁽⁹⁾ che parla di una legge “di pura marca cristiana”; e infine Volterra⁽¹⁰⁾, secondo cui non solo la concezione, ma anche la pratica stesura del testo sarebbero riferibili ad ambienti ecclesiastici.

Tra i sostenitori dell'avversa opinione menzioniamo, tra gli altri, Gaudemet⁽¹¹⁾ il quale pensa che in materia di divorzio la dottrina cristiana abbia conosciuto “le plus grave échec”; Castello⁽¹²⁾, secondo cui alcune parti della legge sono contrarie all'insegnamento cristiano sul perdono; sempre in questo indirizzo si possono infine citare De Martino⁽¹³⁾, Vannucchi Forzieri⁽¹⁴⁾ e, da ultima, Domínguez López⁽¹⁵⁾.

Tuttavia, entrambe queste interpretazioni, pur nella diversità delle conclusioni avanzate, leggono il rapporto tra il pensiero cristiano e il provvedimento costantiniano alla luce del principio dell'indissolubilità, principio ‘divino’, appartenente ad un ordine soprannaturale, derivante dal sacramento del vincolo: nel disegno creativo di Dio il matrimonio è indissolubile.

Sulla base di questo principio, il primo indirizzo ha qualificato la legge di Costantino come una ‘legge cristiana’, in quanto, pur non sancendo l'indissolubilità, ha cercato di contrastare in maniera decisa la regola pagana della dissolubilità: “il tende à consacrer l'indissolubilité comme principe”, afferma Basanoff⁽¹⁶⁾. Il secondo indirizzo, all'opposto, ha definito la legge come ‘non cristiana’ in quanto, pur rivoluzionaria rispetto alla disciplina precedente,

⁽⁸⁾ J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis*. Opus recognitum... opera et studio A. Marvillii, ed. nova, I, Lipsiae 1736, 353, ad C.Th. 3,16,1.

⁽⁹⁾ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, 172.

⁽¹⁰⁾ E. VOLTERRA, s. v. *Divorzio* (diritto romano), in *NNDI* VI (1975), 63.

⁽¹¹⁾ J. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, in *Studi Albertario*, II, Milano 1953, ora in IDEM, *Études de droit romain*, III, Camerino 1979, 186.

⁽¹²⁾ C. CASTELLO, *Assenza d'ispirazione cristiana in C. Th. 3,16,1*, in *Religion, société et politique. Mélanges Ellul*, Paris 1983, 210 s.

⁽¹³⁾ F. DE MARTINO, *Chiesa e Stato di fronte al divorzio nell'età romana*, in *Festschrift für Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln 1978, 139.

⁽¹⁴⁾ O. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, in *SDHI* 48 (1982), 289 ss., in particolare 298.

⁽¹⁵⁾ E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *El divorcio en las constituciones del bajo Imperio*, in *SDHI* 69 (2003), 247 ss., soprattutto 257 s.

⁽¹⁶⁾ V. BASANOFF, *Les sources chrétiennes de la loi de Constantin sur le repudium (Cod. Theod. III, 16,1, a. 331) et le champ d'application de cette loi*, in *Studi Riccobono*, III, Palermo 1936, 193.

non è arrivata a stabilire l'indissolubilità del vincolo coniugale: “nemmeno gli imperatori cristiani, a partire da Costantino” — scrive De Martino ⁽¹⁷⁾ —, “pur introducendo norme contrastanti con l'antica libertà del divorzio, tradussero mai in atto il precetto evangelico dell'indissolubilità del matrimonio”.

Noi crediamo che, accanto a queste interpretazioni, imperniate sulla dissolubilità–indissolubilità quale criterio principale per valutare la ‘cristianità’ della legge, possa trovare spazio anche una differente lettura.

4. – Per prima cosa è opportuno riprendere il provvedimento costantiniano nel suo rapporto con la tradizione giuridica precedente, al fine di verificare quale ne sia stato l'effettivo ruolo.

In età classica, come è noto, il diritto di sciogliere il vincolo nuziale è pienamente riconosciuto: *libera matrimonia esse* ⁽¹⁸⁾ si legge nelle fonti. Ed è riconosciuto a tal punto che le stipulazioni con le quali i coniugi si obbligavano a non divorziare oppure a pagare una penale nel caso in cui avessero deciso di esercitare il ripudio, erano prive di ogni efficacia: *inhonestum est vinculo poenae matrimonia obstringi*, afferma Paolo ⁽¹⁹⁾.

A favore della piena libertà di sciogliere il vincolo, depone poi la stessa concezione del matrimonio romano il quale, si sa, perdura fintantoché perdura la volontà dei coniugi di ritenersi tali. Il divorzio, pertanto, in età classica si configura come il venir meno di questa volontà. In altri termini, il divorzio non è un istituto separato dal matrimonio, bensì una implicazione del concetto stesso di matrimonio: “sancire che il matrimonio perduri, cessata con l'*affectio maritalis* la vita in comune, era cosa che non poteva capire un intelletto romano e sarebbe stato per i Romani un assurdo o una strana finzione legale”, scrive Bonfante ⁽²⁰⁾.

Questa concezione non ci sembra sostanzialmente intaccata dalla riforma augustea che impone, forse per risolvere casi dubbi o per sottoporre l'atto ad una più meditata riflessione, alcuni requisiti di forma: il ripudio, orale o scritto, avrebbe dovuto essere reso alla presenza di sette testimoni. Ma sappiamo anche che la validità del ripudio era indipendente dal fatto che ne fosse giunta notizia all'altro coniuge ⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ F. DE MARTINO, *Chiesa e Stato di fronte al divorzio*, cit., 139.

⁽¹⁸⁾ C. 8,38 (39),2. Imp. Alexander A. Menophilo. *Libera matrimonia esse anti-quitus placuit. ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.* PP. III non. Febr. Maximo II et Aeliano cons. (a. 223).

⁽¹⁹⁾ D. 45,1,134 pr. (Paul. 15 resp.).

⁽²⁰⁾ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, rist. corretta, Milano 1963, 333.

⁽²¹⁾ Cfr. D. 24,2,4 (Ulp. 26 ad Sab.): *Iulianus libro octavo decimo digestorum quaerit, an furiosa repudium mittere vel repudiari possit. et scribit furiosam repudiari*

Né tale concezione ci sembra intaccata dalla circostanza che, nello scioglimento del vincolo nuziale, si valutassero le 'colpe' dei coniugi, quasi a voler risarcire il coniuge che non avesse dato occasione allo scioglimento del vincolo: laddove le nozze si fossero sciolte per colpa della moglie, il marito avrebbe potuto trattenere un sesto della dote *morum nomine graviorum* e un ottavo *morum nomine leviorum* ⁽²²⁾; se poi le nozze si fossero sciolte per colpa del marito, quest'ultimo avrebbe dovuto restituire l'intera dote, perdendo, del tutto o soltanto parzialmente, il diritto alla rateizzazione ⁽²³⁾.

In conclusione, in età classica la volontà dei coniugi, in rapporto allo scioglimento del matrimonio, è libera, immune da qualsiasi legame o impedimento. Il ripudio è possibile per qualunque causa e il coniuge divorziante non è necessariamente colpito ⁽²⁴⁾, ancorché limitatamente alla sola dote.

Riassunta la disciplina classica, veniamo alla legge di Costantino e alle verosimili influenze che l'hanno determinata. Un primo collegamento, che è doveroso stabilire, è con la tradizione pagana: nell'età precedente, lo abbiamo appena detto, lo scioglimento del matrimonio è illimitato e tale resta con il provvedimento costantiniano. È infatti opinione comune che si tratti di una legge che proibisca e sanzioni l'atto di ripudio, ma non ne sancisca l'inefficacia ⁽²⁵⁾.

Ma la presenza della tradizione pagana può essere colta, benché in parte, anche nelle sanzioni riguardanti la dote: il marito che ripudia senza causa deve infatti restituire tutto l'apporto muliebre. La posizione della donna, invece, è aggravata: essa perde, infatti, non solo interamente la dote a vantaggio del coniuge, ma pure ogni altro bene.

posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse neque ipsam propter dementia neque curatorem eius, patrem tamen eius nuntium mittere posse. quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium: quae sententia mihi videtur vera. Ancora C. 5,17,6. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Phoebus. *Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium.* D. XVIII K Ian. Nicomediae CC. cons. (a. 294).

⁽²²⁾ Ulp. 6,12. *Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviore mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui.* Ulteriori conseguenza se dal matrimonio fossero nati figli (cfr. Ulp. 6,10).

⁽²³⁾ Ulp. 6,13. *Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae a die reddi debet, ita ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote quae triennio redditur repraesentatio facit.*

⁽²⁴⁾ Vat. 121 (Pap. 4 resp.): *Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit, sed qui discidii necessitatem inducit.*

⁽²⁵⁾ Non ci pare inoltre che la legge abbia prodotto qualche cambiamento in ordine al divorzio consensuale, in quanto il provvedimento costantiniano sembra occuparsi esclusivamente del divorzio unilaterale.

Tuttavia, nel complesso sistema sanzionatorio previsto dalla legge del 331, fanno la loro comparsa anche sanzioni molto più consistenti: la *deportatio in insulam* per la moglie e l'obbligo in capo al marito di non risposarsi, pena il conferimento all'ex consorte di una somma corrispondente al valore della dote della seconda moglie. Pene, come detto, molto più gravi, nelle quali può certo essere visto il tentativo, soprattutto per quanto concerne la moglie, di introdurre un forte deterrente alla rottura del matrimonio. E in questo aspetto si può forse scorgere un'influenza del pensiero cristiano.

Ancora, tra gli elementi che differenziano la disciplina costantiniana dalla tradizione precedente, si può annoverare il mancato apprezzamento, caso per caso, dei motivi che persuadevano al ripudio, nella legge sostituiti da cause tassativamente determinate.

Infine, un ulteriore aspetto che non ci sembra trovi un precedente nella disciplina pregressa, può essere individuato nei *tria crimina*. Almeno per quanto riguarda il marito, pare trasparire la volontà del legislatore di perseguire un fine di ordine pubblico, vale a dire la repressione di crimini particolarmente odiosi. E certamente questa disciplina non può derivare da influenze pagane né da influenze cristiane.

In tale quadro, così composito degli influssi e delle ascendenze ideologiche di questa legge, non è del tutto peregrino richiamare uno specifico filone del pensiero cristiano, finora non adeguatamente messo in luce.

5. – Il punto di partenza può essere rintracciato, piuttosto che nei testi di Matteo e di Marco⁽²⁶⁾ nei quali Cristo si opponeva all'obiezione dei farisei che richiamavano la legge mosaica favorevole al ripudio, nel pensiero di Paolo⁽²⁷⁾. L'apostolo, nella lettera agli Efesini⁽²⁸⁾, sprona i mariti ad amare le mogli nella stessa misura con cui Cristo ha amato la Chiesa, fino a dare se

⁽²⁶⁾ Cfr. par. 1.

⁽²⁷⁾ Oltre al pensiero di Paolo, si veda, ad esempio, I Petr. 3,1-7: *Similiter mulieres subditae sint suis viris, ut et si qui non credunt verbo, per mulierum conversationem sine verbo lucri fiant, 2 considerantes castam in timore conversationem vestram; 3 quarum sit non extrinsecus capillaturae aut circumdationis auri aut indumentorum cultus, 4 sed qui absconditus cordis est homo, in incorruptibilitate mitis et quieti spiritus, qui est in conspectu Dei locuples. 5 Sic enim aliquando et sanctae mulieres sperantes in Deo ornabant se subiectae propriis viris, 6 sicut Sara oboediebat Abrahae dominum eum vocans: cuius estis filiae beneficientes et non timentes ullam perturbationem. 7 Viri similiter cohabitantes secundum scientiam quasi infirmiori vaso muliebri impertientes honorem, tamquam et coheredibus gratiae vitae, uti ne impediatur orationes vestrae.*

⁽²⁸⁾ Sulla paternità della lettera agli Efesini, si veda, per tutti, G. BARBAGLIO, *San Paolo. Lettere, II, Lettere pseudoepigrafiche*, Milano 1997, 77 ss.

stesso per lei⁽²⁹⁾. Ancora, sempre nella lettera agli Efesini, scrive che i mariti hanno il dovere di amare le mogli come il proprio corpo: *virī debent diligere uxores suas ut corpora sua*⁽³⁰⁾.

E analogamente, nella lettera a Tito, invita le donne anziane a formare le giovani all'amore verso i mariti⁽³¹⁾. Infine, nella I lettera ai Corinzi, giunge ad affermare che non il marito è arbitro del proprio corpo, ma lo è la moglie e, parallelamente, che non la moglie è arbitra del proprio corpo, ma lo è il marito: *mulier sui corporis potestatem non habet sed vir; similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet sed mulier*⁽³²⁾.

Il modo di concepire la relazione coniugale, ora visto, acquista ancora maggior risalto se lo confrontiamo con alcuni luoghi evangelici dai quali traspaiono, pur certamente all'interno di un discorso più ampio, le differenti regole che disciplinano il rapporto tra persone e cose. Pensiamo ad esempio alla parabola del tesoro e a quella della perla, nelle quali non si mette affatto in discussione che colui il quale rinviene in un campo *thesaurus absconditus* possa vendere subito tutto quello che possiede e andare a comprare quel campo⁽³³⁾; analogamente, è dato per certo che il mercante, nel momento in cui trova una perla di grande pregio, possa alienare *omnia quae habuit* e acquistarla⁽³⁴⁾.

Queste regole non si applicano tra gli uomini. La relazione tra i coniugi, dunque, appare sottoposta a regole diverse da quelle che disciplinano la relazione tra persone e cose. Di queste ultime ci si può servire a proprio piacere, del coniuge no, sembra dirci Paolo.

Questa riflessione è ripresa e precisata dagli scrittori cristiani successivi i quali, richiamando l'amore e la fedeltà quali regole costitutive del matrimonio, pongono con decisione l'accento sulla profonda differenza che deve intercorrere tra il coniuge (in maniera prevalente, se non esclusiva, identifi-

⁽²⁹⁾ Eph. 5,25: *Viri, diligite uxores, sicut et Christus dilexit ecclesiam et seipsum tradidit pro ea...*

⁽³⁰⁾ Eph. 5,28. Cfr. anche Eph. 5,33: *Verumtamen et vos singuli unusquisque suam uxorem sicut seipsum diligit...*

⁽³¹⁾ Tit. 2,3-5: *Anus similiter in habitu sanctae, non criminatrices, non vino multo deditae, bene docentes, 4 ut prudentiam doceant adulescentulas, ut viros suos ament, filios diligant, 5 prudentes sint, castae, domus curam habentes, benignae, subditae suis viris, ut non blasphemetur verbum Dei.*

⁽³²⁾ I Corinth. 7,4.

⁽³³⁾ Matth. 13,44: *Simile est regnum caelorum thesauro abscondito in agro; quem qui invenit homo abscondit et prae gaudio illius vadit et vendit universa, quae habet, et emit agrum illum.*

⁽³⁴⁾ Matth. 13,45-46: *Iterum simile est regnum caelorum homini negotiatori quaerenti bonas margaritas. 46 Inventa autem una pretiosa margarita, abiit et vendidit omnia, quae habuit, et emit eam.*

cato nella donna) e le cose. Crisostomo, ad esempio, confrontando la posizione della consorte a quella di un'abitazione o di un servo, scrive che se è 'possibile restituire un'abitazione o rimandare al venditore un servo che si è mostrato inetto, non è possibile restituire la moglie' ⁽³⁵⁾; pertanto, 'se quando stiamo per comprare una casa o dei servi, ci preoccupiamo di esaminare con occhio critico sia i venditori, sia i precedenti titolari, sia la costituzione fisica e perfino l'indole dell'animo... quanta maggiore oculatezza devono porre coloro i quali intendono prendere moglie!' ⁽³⁶⁾. E successivamente, avvertendo il marito a non scegliere la propria consorte in base all'abbondanza delle ricchezze, ne individua la ragione nel fatto che *οὐ καπελείαν, ἀλλὰ βίου κοινωνίαν εἶναι τὸν γάμον δεῖ νομίζειν* ⁽³⁷⁾: il matrimonio non è una *καπελεία*, una *negotiatio*, come tale appartenente al mondo del commercio, ma è una *βίου κοινωνία*, una *vitae societas*, una comunanza di vita.

Asterio, vescovo di Amasea, è forse ancora più efficace. Esponendo la sua dottrina sul matrimonio e sul costume del ripudio, riferisce di coloro che 'cambiano moglie come se fossero vesti, che formano talami spesso e facilmente, come se fossero bancarelle nelle feste popolari; che, inseguendo le ricchezze, fanno mercato anche delle donne; che irritati da cose da nulla, subito scrivono il libello di ripudio; che essendo ancora in vita, si lasciano dietro molte vedove' ⁽³⁸⁾.

Orbene, il matrimonio non è una *καπελεία*, cioè un negozio attraverso il quale si 'acquista' un bene che, in qualunque momento, è lecito *derelinquere*. Il matrimonio, al contrario, è una *βίου κοινωνία*, una *vitae societas*, una comunione di vita, una unione di persone, unione che non è possibile sciogliere a piacere, pena il degradingarla a *negotiatio*.

Noi pensiamo che questa idea sia presente nella legge costantiniana ⁽³⁹⁾ la quale, fissando cause oggettive e predeterminate di scioglimento, si propone

⁽³⁵⁾ CHRYS., *laud. Max.* 1 (in Migne, PG, LI, 226): *Οἰκίαν μὲν γὰρ φάβλην οὖσαν ἀποδόσθαι πάλιν ἔξεστι, καὶ οἰκέτην σκαιὸν φανέντα ἀποδοῦναι τῷ πεπρακῶτι πάλιν ἀφίεται γυναῖκα δὲ λαμβάνοντα ἀποδοῦναι πάλιν τοῖς ἐκδεδοκόσιν οὐκ ἔνι, ἀλλὰ ἀνάγκη πᾶσα διὰ τέλους ἔνδον ἔχειν...*

⁽³⁶⁾ CHRYS., *laud. Max.* 1 (in Migne, PG, LI, 226): *Εἰ γὰρ οἰκίας ὠνεῖσθαι μέλλοντες καὶ οἰκέτας, περιεργαζόμεθα καὶ πολυπραγμονοῦμεν τοὺς τε πωλοῦντας, τοὺς τε ἐμπροσθεν κτησαμένους, αὐτῶν τῶν πωλουμένων τῶν μὲν τὴν κατασκευὴν, τῶν δὲ καὶ τὴν τοῦ σώματος ἔξιν, καὶ τὴν τῆς νυχίης προαίρεσιν πολλῶ μάλλον γυναῖκας μέλλοντας ἀγεσθαι, πρόνοιαν τσαυτήν καὶ πολλῶ πλείονα ἐπιδείκνυσθαι χρή.*

⁽³⁷⁾ CHRYS., *laud. Max.* 1 (in Migne, PG, LI, 230).

⁽³⁸⁾ ASTER., *hom. V in Matth. XIX,3* (in Migne, PG, XL, 228): *... ἀκούσατε δὲ νῦν, οἱ τούτων κάπηλοι, καὶ τὰς γυναῖκας, ὡς ἱμάτια, ἐνκόλωσ μετενδύμενοι οἱ τὰς παστάδας πολλακίς καὶ ῥαδίως πηρνύντες, ὡς πανηγύρεως ἐργαστήρια οἱ τὰς εἰπορίας γαμοῦντες, καὶ τὰς γυναῖκας ἐμπορευόμενοι οἱ μικρὸν παροξυνόμενοι, καὶ εὐθὺς τὸ βιβλίον τῆς διαιρέσεως γράφοντες· οἱ πολλὰς χήρας ἐν τῷ ζῆν ἔτι καταλιμπάνοντες.*

⁽³⁹⁾ C. Th. 3,16,1.

in via principale di punire il coniuge che abbia deciso di 'disfarsi' dell'altro per un qualsivoglia pretesto, come se si trattasse di un bene patrimoniale. E questa idea sembra quasi alla lettera riprodotta nel testo della costituzione, laddove si dice *placet mulieri non licere (...) marito repudium mittere exquisita causa... nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere*.

In questo senso, pertanto, è possibile forse parlare, con riferimento al provvedimento di Costantino, di un influsso cristiano, anche se non si può nascondere che questa concezione era già presente nella cultura pagana⁽⁴⁰⁾. Infatti, non si discosta di molto dalle celebri definizioni di Modestino e forse di Ulpiano, secondo cui il matrimonio è un *consortium omnis vitae*⁽⁴¹⁾, una *individua consuetudo vitae*⁽⁴²⁾, espressioni, queste, che possono essere poste sullo stesso piano di quelle viste negli scritti cristiani: *βίον κοινωνία, vitae societas*.

6. – Ritornando a Costantino, dunque, ci sembra di poter dire che la costituzione del 331 abbia risentito di varie influenze, non meccanicisticamente riconducibili al criterio 'legge-cristiana' o 'legge-non cristiana'. Certo, a noi sembra che il filone del pensiero cristiano messo in luce, peraltro già presente nella cultura pagana, sia stato una fonte di ispirazione del provvedimento: il coniuge non è una *res* che può essere *derelicta*; il matrimonio non è una *καπελεία*, una *negotatio*, bensì una *βίον κοινωνία*, una *vitae societas*, un *consortium omnis vitae*, cioè una comunione di persone che l'imperatore non ha voluto abbandonare all'arbitrario esercizio della volontà individuale⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Su questo aspetto, rimandiamo a P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001), a cura di G. Garofalo, I, Padova 2003, 103 ss.; P. FERRETTI, *Il matrimonio nel pensiero di Giorgio La Pira*, in *Index* 34 (2006), 131 ss., ora anche in *Index per Giorgio La Pira romanista*, Napoli 2009, 157 ss.

⁽⁴¹⁾ D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Cfr. anche C. 9,32,4 (Imp. Gordianus A. Basso), in cui si legge che la moglie è *socia rei humanae atque divinae*.

⁽⁴²⁾ I. 1,9: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*.

⁽⁴³⁾ Bibliografia di riferimento: S. SOLAZZI, *Studi sul divorzio*, in *BIDR* 34 (1925), ora in *IDEM, Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, 1 ss.; V. BASANOFF, *Les sources chrétiennes de la loi de Constantin sur le repudium*, cit., 177 ss.; DUPONT, *Les Constitutions de Constantin et le droit privé au début du IV^e siècle. Les Personnes*, Lille 1937, 111 ss.; P. RASI, *Consensus facit nuptias*, Milano 1946, 125 ss.; R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano 1951; J. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques*, cit., 163 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., III, 151 ss.; E. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in *Rend. Lincei* (1958), ora in *IDEM, Scritti giuridici*,

ABSTRACT

The author examines the law by Constantine dealing with repudium in connection with the Christian principles, suggesting a different interpretation from the traditional one founded on the criterion 'dissolubility- indissolubility' of wedding. Principal texts: C.Th. 3,16,1; Luc. 16,18; Marc. 10,2-12; Matth. 5,31-32; 13,44-46; 19,3-11; I Corinth. 7,4; Eph. 5,25-33; Tit. 2,3-5; ASTER., *hom. V in Matth. XIX,3*; CHRYS., *laud. Max. 1*.

L'autore esamina la legge di Costantino in materia di *repudium* in rapporto ai principi cristiani, avanzando una lettura diversa da quella fondata sul criterio 'dissolubilità-indissolubilità' del matrimonio. Testi principali: C.Th. 3,16,1; Luc. 16,18; Marc. 10,2-12; Matth. 5,31-32; 13,44-46; 19,3-11; I Corinth. 7,4; Eph. 5,25-33; Tit. 2,3-5; ASTER., *hom. V in Matth. XIX,3*; CHRYS., *laud. Max. 1*.

V, Napoli 1993, 3 ss.; J. GAUDEMET, *Les transformations de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Christianisme*, in *Romanitas* 5 (1962), ora in IDEM, *Études*, cit., III, 283 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., I, 343 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970; R. BONINI, *Il divorzio consensuale dalla Novella Iustiniani 117,10 alla Novella Iustini 140*, in *BIDR* 75 (1972), ora in IDEM, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Bologna 1973, 27 ss.; E. VOLTERRA, s. v. *Divorzio* (diritto romano), cit., 62 ss.; C. DUPONT, *Peine et relations pécuniaires entre fiancés et conjoints dans les constitutions rendues de 312 à 565 après Jésus-Christ*, in *RIDA* 23 (1976), 125 ss.; K. VISKY, *Le divorce dans la législation de Justinien*, in *RIDA* 23 (1976), 239 ss.; J. GAUDEMET, *L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire*, in *BIDR* 81 (1978), 11 ss.; F. DE MARTINO, *Chiesa e Stato di fronte al divorzio*, cit., 137 ss.; A. MONTAN, *La legislazione romana sul divorzio: aspetti evolutivi e influssi cristiani*, in *Apollinaris* 53 (1980), 167 ss.; O. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, cit., 289 ss.; O. ROBLEDA, *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in *ANRW*. II.14, Berlin-New York 1982, 347 ss.; A. CASTELLO, *Norme conciliari e autonomia legislativa degli imperatori cristiani in tema di divorzio*, in *AARC* V (1983), 263 ss.; IDEM, *Assenza d'ispirazione cristiana in C. Th. 3,16,1*, cit., 203 ss.; E. VOLTERRA, *Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio*, in *Studi Biscardi*, IV, Milano 1984, ora in IDEM, *Scritti giuridici*, cit., VI, 521 ss.; O. VANNUCCHI FORZIERI, *La risoluzione del matrimonio nel IV-V secolo. Legislazione imperiale e pensiero della Chiesa*, in *Atti e memorie dell'Accademia Toscana di scienze e lettere La Colombaria*, 50 (1985), 65 ss.; I. NUÑEZ PAZ, *Algunas consideraciones en torno al 'repudium' y al 'divortium'*, in *BIDR* 91 (1988), 713 ss.; E. RUIZ FERNANDEZ, *El divorcio en Roma*, Madrid 1988; C. VENTURINI, *La ripudianda (in margine a C.Th. 3,16,1)*, in *BIDR* 91 (1988), 253 ss.; J. GAUDEMET, *La législation sur le divorce dans le droit imperial des IV^e et V^e siècles*, in *AARC* VII (1988), 75 ss.; S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II*, 1, Milano 1991; S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford-New York 1991, 435 ss.; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, Padova 1996; G. EISENRING, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wien - Böhlau 2002; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *El divorcio en las constituciones del bajo Imperio*, cit., 247 ss.; P. GIUNTI, *Consors vitae*, Milano 2004; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006.

ENRICO MAESTRI

ALLA RICERCA DELLA FAMIGLIA «PERFETTA».

– *Bioteologie riproduttive e nuove famiglie* –

1. – *La costruzione «gen-etica» della famiglia.* Le nuove tecnologie riproduttive implicano rilevanti trasformazioni valoriali, culturali e relazionali del concetto di famiglia. Il ricorso a queste tecniche produce una scissione tra genitorialità biologica e genitorialità sociale⁽¹⁾, moltiplica i ruoli parentali e sconvolge le dinamiche relazionali tra i componenti della famiglia.

Per mezzo delle tecnologie della procreazione assistita, il progetto esistenziale di avere un figlio si sposta dall'ambito dei doveri familiari tradizionali all'ambito del desiderio individuale di diventare genitore, cioè all'ambito individualistico del «diritto ad avere un figlio». In tal modo, nuove identità familiari si affiancano a quelle tradizionali e un flusso di mutamenti investe la famiglia sia al suo interno, per lo sconvolgimento dei ruoli della paternità e della maternità, sia al suo esterno, per lo sconvolgimento delle dinamiche sociali che contraddistinguono il fenomeno della generatività familiare.

Le nuove tecnologie riproduttive, separando *ontogeneticamente* sessualità e riproduzione, rendono possibile non solo di concepire un bambino senza ricorrere ad un intenzionale rapporto sessuale ma anche di prevedere come sarà il suo sviluppo fetale: prima dell'impianto, cioè *in vitro*, con lo *screening*

⁽¹⁾ Come annota correttamente Caroline Forder, nel contesto della riproduzione assistita, è evidente che la distinzione tradizionale tra genitorialità biologica e genitorialità sociale è troppo approssimativa e rozza: «non si può dire che una donna che riceve un ovulo o un embrione da una donatrice, o che viene fecondata con lo sperma di un uomo che non è suo marito, non abbia alcun rapporto biologico col bambino che ha portato in grembo per nove mesi. Si dovrebbe almeno fare una distinzione tra legami genetici e altri tipi di legami biologici. [...] Inoltre tutte le rivendicazioni riguardanti la genitorialità, e sono molte, sono relative a un bambino esistente, o a un bambino che è *en ventre sa mère*, come delicatamente si esprime la legge inglese. In questo contesto le differenze tra l'adozione e la riproduzione assistita sono troppo significative per trarre alcuna seria conclusione»; cfr. C. FORDER, *Esiste un diritto umano alla riproduzione assistita?*, in «Bioetica», 2, 1999, pp. 276-277.

genetico (o diagnosi genetica pre-impianto)⁽²⁾ e, successivamente all'impianto, cioè *in vivo*, nell'utero materno, con la diagnosi genetica prenatale.

Inoltre, sarà possibile scegliere alcune caratteristiche del feto, ad esempio, il sesso e altre tipologie somatiche; attraverso i test genetici prenatali, si potrà anche monitorare la costituzione biologica del feto e decidere di abortirlo se si prevede che, una volta dato alla luce, sia vittima di alcune malattie, di tare o di difetti fisici.

Questa «rivoluzione riproduttiva»⁽³⁾ produce un mutamento culturale e biologico del concetto di «identità familiare», perché un «tecno-feto»⁽⁴⁾ o un «figlio terapeutico» potrebbe essere il frutto biologico, genetico e sociale di sei genitori: il donatore del gamete maschile, la donatrice dell'ovulo, la gestante surrogante, il marito della gestante e la coppia adottiva che ha commissionato il bambino.

Diventa allora possibile riarticolare i concetti di «familiarità» e di «genitorialità» non più solo sulla base di un mutamento delle relazioni sociali ed interpersonali, dovuto al fatto che l'organizzazione familiare è una istituzione eminentemente sociale diversificata nello spazio e nel tempo⁽⁵⁾, ma anche sulla base dell'impatto che lo stravolgimento biotecnologico è in grado di provocare sulla capacità umana di manipolare il processo riproduttivo.

Le tecnologie riproduttive permettono nuove tipologie contrattuali biogiuridiche, rendendo possibile figure giuridiche di genitorialità acquisite

⁽²⁾ Ad avviso di Marilyn Strathern, «when biomedical technology made it possible to fertilize an egg outside of the human body, a potentially new legal and social entity had come into the world in the form of the human embryo in the very early stages of development, alive but outside the parental body. How to think it [the nature of the embryo outside the body], that is, imagine it and make it real, became a matter for debate»; cfr. M. STRATHERN, *Reproducing the Future: Essays on Anthropology, Kinship and the New Reproductive Technologies*, Routledge, New York, 1992, p. 4.

⁽³⁾ P. SINGER, D. WELLS, *The reproduction revolution. New ways of making babies*, OUP, Oxford, 1984.

⁽⁴⁾ Luc Boltanski individua nella società post-moderna la costruzione sociale di tre tipi di feto: il «feto autentico» è il feto desiderato ed oggetto di tutte le cure; il «feto tumorale» è quello che l'aborto espelle, cioè niente più che un ammasso di cellule; il «tecno-feto» è il feto costituito dai dibattiti sulle biotecnologie: «gli embrioni congelati rappresentano la specie umana nella sua dimensione concettuale, e non di esseri umani nella loro dimensione sensibile»; cfr. L. BOLTANSKI, *La natura dei feti*, in «Agalma», 4, 2003, spec. pp. 29-30.

⁽⁵⁾ È questa la tesi di Chiara Saraceno, la quale ritiene che la famiglia nucleare, composta dalla doppia figura genitoriale e dalla prole, non sia una costante antropologica naturale, ma uno dei tanti modi di organizzazione familiare che si determina storicamente in risposta a bisogni interni (accudimento, riproduzione, sostegno) oppure a circostanze esterne (situazione economica, demografica e politica); cfr. C. SARACENO, *Sociologia della famiglia*, il Mulino, Bologna, 2001, spec. pp. 9-14.

(vendita o donazioni di gameti) o figure giuridiche di genitorialità surrogate (maternità surrogata e c.d. utero in affitto⁽⁶⁾).

Queste tecniche («tecniche della riproduzione assistita» usualmente indicate in letteratura con l'acronimo TRA) permettono una *genitorialità differita nel tempo*, permettono cioè una dilazione diacronica del processo riproduttivo, uno stallo temporale tra il momento della generazione e quello del parto: una *naturale procreazione* per via sessuale dura nove mesi dal momento del concepimento, mentre una *artificiale riproduzione* coinvolge gameti maschili e femminili o embrioni, la cui vitalità biologica viene mantenuta in *stand-by*, anche per alcuni anni, prima di essere utilizzata per iniziare un concepimento (nei casi più eclatanti, si è parlato di mamme con i capelli bianchi o di maternità o paternità *post-mortem* di uno o dei due *partners*).

La riproduzione artificiale può riguardare donne singole o coppie lesbiche che utilizzano, per fertilizzare il loro gamete, lo sperma di un terzodonatore, oppure essa può permettere l'accesso alla riproduzione anche a maschi singoli omosessuali, che, rivendicando il diritto di concepire un «figlio della scienza» e rifuggendo dall'incontro con il *femminile*, possono ricorrere alla pratica dell'utero in affitto⁽⁷⁾: queste nuove possibilità biotecnologiche causano la creazione di nuovi modelli familiari, consistenti in famiglie monogenitoriali costituite da madre o padre e figlio, o in famiglie composte da una coppia omosessuale (lesbica o gay) e figlio. Queste nuove famiglie (o questi nuovi «gruppi domestici»⁽⁸⁾) sono caratterizzate dalla

⁽⁶⁾ C'è una differenza tra la figura della *maternità surrogata* e quella dell'*utero in affitto*. Nella maternità surrogata vera e propria la donna porta a termine la gravidanza per conto terzi, però l'ovulo fecondato è suo mentre il gamete maschile può essere del partner della coppia committente oppure di un terzo anonimo; mentre nel caso del c.d. utero in affitto la gravidanza viene portata a termine dopo che alla gestante è stato impiantato l'embrione di altri, presumibilmente dei committenti.

⁽⁷⁾ Paradossalmente, la pretesa liberale e libertaria di un riconoscimento del diritto di un uomo *single*, o unito ad un altro uomo in una relazione omosessuale, di potersi riprodurre mediante TRA e mediante la conclusione di un contratto a titolo gratuito di maternità surrogata (*pregnancy contract*) con una donna, rinforza lo stereotipo «di genere» del ruolo sociale svolto dalla donna e consistente nella sua disponibilità a tenere una condotta di tipo altruistico finalizzata ad ottimizzare i bisogni (maschili) degli altri; cfr. J.G. RAYMOND, *Reproductive Gifts and Gift Giving: The Altruistic Woman*, in «Hastings Center Report», Nov./Dec. 1990, pp. 7-11.

⁽⁸⁾ Secondo l'antropologo Remotti, l'antropologia più recente ha rinunciato alla definizione della famiglia sulla base di un nucleo universale-naturale, perché questo condurrebbe ad un'operazione arbitraria relegando fuori dal recinto della famiglia una serie di soluzioni alternative. L'impostazione seguita dall'antropologia è quella della «somialianza di famiglie». Si tratterebbe di osservare piuttosto che elaborare, in anticipo, un concetto da proiettare sull'esperienza. A parere di Remotti è dunque più corretto parlare di «gruppi domestici». Questo concetto ingloba la nozione di

mancanza volontaria e quindi dalla perdita preordinata, a scapito del figlio, di una delle due figure genitoriali: o del padre biologico o della madre genetica o della madre che ha portato a termine la gravidanza.

È indubitabile che le nuove tecnologie riproduttive permettono la comparsa di un nuovo concetto di famiglia che modifica ed infiltra il tessuto relazionale, morale e biologico su cui si sono sostenute, fino ad ora, sia la famiglia coniugale tradizionale sia la famiglia formata da un insieme solidale ed affettivo di due individualità eterosessuali non unite in matrimonio (unioni di fatto). Dunque, alla famiglia «generativa» (in quanto i genitori generano i figli) si affianca oggi la famiglia «riproduttiva» (in quanto l'atto generativo della coppia viene sostituito da un processo esterno riproduttivo che coinvolge pratiche e soggetti estranei al normale accoppiamento sessuale)⁽⁹⁾.

2. – *Promesse e problemi delle tecnologie riproduttive.* La questione delle biotecnologie mediche non è soltanto una questione politica, ma è soprattutto una questione etica perché i progressi delle biotecnologie e della ingegneria genetica ci consegnano insieme una *promessa* e un *problema*.

La *promessa* è costituita dalla possibilità di curare e di prevenire un gran numero di gravi malattie: nel campo della medicina riproduttiva, la promessa è dunque data dalla possibilità di rimuovere gli ostacoli biologici al concepimento o alla gestazione.

Le tecnologie riproduttive permettono una riconnessione perduta tra un corpo sterile (che peraltro rimane tale) e l'integrità delle funzioni femminili e maschili; esse rappresentano il mezzo con il quale ripristinare la convertibilità del naturale in culturale, «ed il corpo, nella funzione procreativa, è certamente il luogo (la procreazione divenendo filiazione, genitorialità, parentela, ecc.) ove ciò si realizza»⁽¹⁰⁾.

famiglia e ci permette di aprire alla problematica relativa al come le diverse società costruiscono le soluzioni e le modalità dello stare insieme. Inoltre il concetto di «gruppi domestici» suggerisce di tenere distinte anche le nozioni di matrimonio e di famiglia, consentendo di considerare la molteplicità delle possibili soluzioni che possono essere ammesse all'interno di singole società. Cfr. F. REMOTTI, *Contro natura. Una lettera al papa*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

⁽⁹⁾ Come osserva Adriano Pessina, «nel caso della FIVET manca totalmente l'atto della generazione che è di fatto delegato a persone estranee alla vita della coppia. Non si tratta, perciò, di una separazione tra atto sessuale e atto riproduttivo (o finalità riproduttiva) ma, più radicalmente, della *sostituzione* dell'atto proprio della coppia. Di fatto, al di là delle intenzioni, i genitori *non* generano: la generazione è innescata da altri». In questo senso la *delega procreativa* trasforma la famiglia, che da *generativa* in senso naturale diventa *riproduttiva* in senso artificiale. Cfr. A. PESSINA, *La questione della generazione nella civiltà tecnologica*, in E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Famiglia 'generativa' o famiglia 'riproduttiva'? Il dilemma etico nelle tecnologie di fecondazione assistita*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, p. 141.

⁽¹⁰⁾ A. BOMPIANI, *Bioetica in Italia. Lineamenti e tendenze*, EDB, Bologna, 1992, p. 180.

Il *problema* invece è determinato dal fatto che queste nuove tecniche ci metteranno in condizione di manipolare il nostro organismo e soprattutto di progettare i tratti somatici e genetici dei nostri figli: nel campo della medicina riproduttiva il problema è dato da uno slittamento che ci porta fuori da esigenze prettamente terapeutiche, poiché l'intervento medico è volto a modificare i processi biologici per piegarli ai desideri del paziente o dei richiedenti⁽¹¹⁾. Le biotecnologie riproduttive operano una combinazione tra la liceità di «trattamenti terapeutici» e la liceità di «potenziamenti eugenetici». Questa perdita dei criteri di demarcazione tra *cura* e *perfezionamento* dei nascituri finisce per instaurare, in nome di una astratta libertà riproduttiva, un modello relazionale asimmetrico in cui gli adulti, attraverso la diagnostica genetica, trasferiscono le proprie preferenze nel corpo dei figli⁽¹²⁾. La categoria antropologica di *figlio* subisce una torsione interpretativa poiché si assiste ad uno scivolamento da un controllo della «generazione» verso un controllo del «generato», dalla terapia e dalla prevenzione responsabile si passa alla «produzione riproduttiva» di un figlio, costui inteso, lungo tutto il suo processo fabbricativo, un «prodotto su misura» dei committenti⁽¹³⁾.

Come tutte le tecnologie in generale (si pensi solo agli usi militari delle scoperte avvenute nel campo della fisica atomica), anche le tecnologie riproduttive presentano questa ambivalenza: da un lato aiutano a superare (non a curare) gravi malattie come l'infertilità e la sterilità⁽¹⁴⁾ ma, dall'altro lato, aprono scenari inquietanti come quello di scegliere, da una sorta di *supermercato della genetica*, le caratteristiche desiderate per i propri futuri figli: la loro nascita non avverrà più in modo casuale, il loro patrimonio genetico non sarà più il risultato di una mescolanza casuale di geni (lotteria genetica), ma tutto avverrà in modo etero-determinato e programmato geneticamente da terzi (è il cosiddetto fenomeno del *Babies Design* che rinvia

⁽¹¹⁾ Come osserva, in un denso saggio, Maria Moneti Codignola, «c'è nella rivoluzione riproduttiva un mutamento significativo di paradigma della medicina, intesa non più come scienza e pratica *terapeutica*, volta alla cura della malattia e del dolore, ma intervento volto a modificare i processi biologici del corpo umano per piegarli ai desideri del 'paziente' e dunque per 'migliorare la qualità della vita'; cfr. M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2006, p. 18.

⁽¹²⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, spec. p. 44.

⁽¹³⁾ Cfr. S. ONGARO, *Le donne e la globalizzazione. Domande di genere all'economia globale della ri-produzione*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2001, spec. pp. 27-33.

⁽¹⁴⁾ In effetti, la fecondazione assistita non è una terapia, in quanto un corpo sterile rimane tale. Per sterilità si intende l'incapacità di ottenere una gravidanza dopo uno o due anni di rapporti potenzialmente fertili; per infertilità, invece, si intende l'impossibilità di condurre a termine una gravidanza.

ad un impulso individualistico verso un progetto continuo di perfezionamento dei futuri esseri umani⁽¹⁵⁾).

Le biotecnologie cambiano il nostro modo di percepire la vita umana, soprattutto ci permettono di ampliare le nostre possibilità di scelta, allargando effettivamente, o forse solo apparentemente, i confini della nostra capacità tecnica: il nostro agire tecnico, il nostro fare e creare si moltiplicano in modo esponenziale. Questo implica la necessità di capire se il nuovo fare biotecnico possa anche essere considerato un agire etico: un principio della modernità che sembrava inscalfibile — «tutto quello che si può fare non è anche eticamente lecito» — comincia a vacillare sotto i colpi della nuova tecnica biomedica⁽¹⁶⁾.

Come è noto, per tecnica di riproduzione assistita si intende qualunque metodica che preveda un intervento sui gameti (ovulo e spermatozoo) al fine di indurre la gravidanza.

Le pratiche di riproduzione assistita più diffuse sono l'*inseminazione artificiale in vivo*, che può essere omologa o eterologa, e la *fecondazione artificiale in vitro*, che può essere omologa o eterologa. La prima consiste nella introduzione in modo artificiale del gamete maschile nelle vie genitali della donna al fine di ottenere un concepimento: qualora il gamete maschile appartenga al marito della coppia, l'inseminazione è detta omologa; se il gamete maschile è dato da un donatore terzo alla coppia, allora l'inseminazione è detta eterologa. La seconda consiste, almeno nella tecnica chiamata FIVET, nel prelievo, a seguito di iperstimolazione ovarica, di ovociti maturi dall'ovaio femminile e fecondati con gameti maschili *in vitro*. Gli zigoti (o pre-embrioni) ottenuti vengono poi trasferiti in utero. Questa fecondazione è omologa se il seme maschile appartiene al partner maschile della coppia, è eterologa se il seme è di donatore terzo.

⁽¹⁵⁾ Scrive Michael J. Sandel che «l'inquietudine morale nasce quando le persone ricorrono a simili terapie non per curare una malattia, ma per andare al di là della semplice salute, raggiungendo un'efficienza fisica o mentale che oltrepassa il mero buon funzionamento. [...] la questione decisiva non è come garantire la parità d'accesso al miglioramento genetico, ma se sia giusto aspirare a quest'ultimo»; cfr. M.J. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Vita & Pensiero, Milano, 2008, p. 24, p. 30.

⁽¹⁶⁾ È questa una delle tesi centrali della filosofia del *post-human* ed in particolare di Peter Sloterdijk, secondo il quale «gli uomini non fanno nulla di perverso o di contrastante con la loro natura, se si trasformano in modo autotecnico»; cfr. P. SLOTERDIJK, *Non siamo stati ancora salvati. Saggi dopo Heidegger*, Bompiani, Milano, 2004, p. 177.

Questa tesi, definita *post-human* e *trans-human*, contiene esplicitamente un programma di depotenziamento della dimensione biologica dell'essere umano: tutti i problemi relativi al corpo umano si riassumono nella domanda «che cosa posso farne?». Il rapporto tra tecnologia e etica viene ribaltato. Non è l'etica che impone limiti agli interventi dell'uomo sul corpo, sia sul proprio corpo sia su quello degli altri che li consentano, ma è la tecnologia che gliene dà diritto: «tu puoi dunque ne hai diritto»; cfr. P. PRINI, *Il corpo che siamo. Introduzione all'antropologia etica*, SEI, Torino, 1990.

La prima bambina, Louise Brown, concepita con fecondazione *in vitro* nacque il 25 luglio 1978: fu considerato un fatto epocale sia perché era la prima volta che si avviava a problemi di sterilità e di trasmissione di patologie su base ereditaria sia perché rivoluzionava l'intero assetto dei rapporti genitoriali e familiari.

L'impatto sulla società e sul modo di considerare la famiglia provocato da queste tecniche fu devastante perché sollevò una miriade di questioni e mise in evidenza posizioni a favore o contro⁽¹⁷⁾. Soprattutto, fin da subito, ci si rese conto che esse necessitavano di una forma di legittimazione sociale, acclarata la loro ingerenza negli aspetti intimi e privati degli individui e delle loro relazioni.

⁽¹⁷⁾ Particolarmente articolato è stato il dibattito che si è sviluppato in seno al femminismo filosofico. La difesa femminista delle tecniche riproduttive è stata argomentata facendo riferimento anche e soprattutto al principio di autodeterminazione riproduttiva della donna: queste tecniche permettono alla donna di svincolarsi dal dominio maschile e dalla schiavitù biologica della riproduzione. Le tecniche riproduttive sanciscono nel corpo materno una ricongiunzione tra biologia e libertà, tra corporeità e autonomia decisionale. Le tecniche riproduttive sciolgono finalmente il binomio indissolubile donna/madre e il potenziale liberatorio di queste tecniche si traduce in una crisi della dominazione maschile sull'alterità femminile. Queste tesi sono state avanzate, tra le altre, da S. FIRESTONE, *La dialettica dei sessi. Autoritarismo maschile e società tardocapitalistica*, Guaraldi, Firenze, 1971; e da M.G. GIAMMARINARO, *Proibizionismo bioetico*, in «il Diritto delle Donne», 19, 1995, p. 2.

La contrapposizione femminista alle tecniche riproduttive è stata invece argomentata rivalutando il ruolo della maternità e della relazione tra madre e figlio, vedendo in queste pratiche desideri irrazionali di onnipotenza in cui è stato smarrito un minimo di etica del limite e della responsabilità verso chi si genera. La delega alla scienza della propria attitudine procreativa è espressione non di liberazione ma di dominio maschile, così anche la medicalizzazione di queste tecnologie avviene dolorosamente sulla pelle delle donne, e così anche la commercializzazione (secondo logiche biocapitalistiche), magari travestita da donazione, di ovuli e gameti femminili avviene contro e non a favore delle donne, ed infine l'artificializzazione (utero artificiale) del processo procreativo non è un segno di liberazione ma al contrario è una espropriazione dell'unico, forse vero e più forte, potere che caratterizzava la donna (quello di generare nuova vita, di donare nuova vita). Cfr. G. COREA, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Womb*, Harper and Row, New York, 1985; M. MIES, *From The Individual To The Dividual: In The Supermarket Of 'Reproductive Alternatives'*, in «Reproductive and Genetic Engineering: Journal of International Feminist Analysis», 3, 1988, pp. 225-237.

Per una ricognizione di questo denso dibattito, rinvio a F. PIZZINI, *Maternità in laboratorio. Etica e società nella riproduzione artificiale*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1992; M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale, tecniche, fantasie e norme*, Pratiche Editrice, Milano, 1998; A. DONCHIN, *Prospettive che convergono: le critiche femministe alla riproduzione assistita*, in AA.VV., *Nuove maternità. Riflessioni bioetiche al femminile* (a cura di C. Faralli, C. Cortesi), Edizioni Diabasis, Reggio Emilia, 2005, pp. 69-108.

La legittimazione sociale di queste tecniche si costruisce su due presupposti⁽¹⁸⁾.

Il primo presupposto si fonda sul diritto alla realizzazione del desiderio di procreare un figlio. Il secondo presupposto si fonda, almeno nei casi in cui la tecnica è omologa, sull'importanza del legame di sangue tra genitori e figli.

Il primo presupposto si basa su questa considerazione: le tecniche di riproduzione artificiale ampliano la sfera dell'autonomia e dell'autodeterminazione della donna, non solo di quella che compone la coppia ma anche della donna sola o della donna unita sentimentalmente ad un'altra donna.

Questo presupposto ha però provocato forti critiche perché potrebbe incentivare lo sgretolamento del carattere relazionale della familiarità (e della vita in generale): nella *coniugalità* e nella *genitorialità/filialità* si concretizza una identità interpersonale relazionale, mentre attraverso le nuove tecniche si viene ad accentuare il carattere irrelato della soggettività individuale⁽¹⁹⁾.

In questo senso, le tecniche riproduttive non minano la continuità di un particolare modello familiare, cioè quello coniugale, bensì minano il concetto stesso di familiarità sul quale si impernia antropologicamente il carattere relazionale di ogni essere umano. Se il *generare* diventa un *produrre* allora ciò che si perde è la *relazione duale* tra colui che genera e colui che è generato: si lascia il posto ad un processo produttivo in cui il *generato* è il prodotto del volere di un altro.

È stato di contro obiettato che questo si verifica solo nei casi in cui l'accesso alle nuove tecniche sia permesso a donne sole o a coppie omosessuali, ma non certo a coppie composte da un uomo e una donna.

Il secondo presupposto, mantenere il legame di sangue tra genitori e figli, vale solo per le tecniche riproduttive omologhe: se queste tecniche generano bimbi slegati dalla naturalità (concepiti *in vitro*), esse altresì sono giustificate perché finalizzate a garantire il legame di sangue.

Non è un caso che con l'introduzione e il perfezionamento delle tecniche omologhe *in vitro* si sia verificato un decremento delle richieste di adozione e di affidamento, a favore appunto di un ricorso sempre più massiccio a queste tecniche che permettono di garantire i valori di somiglianza e continuità⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ F. PIZZINI, *Analisi sociologica del ricorso alla riproduzione assistita*, in M.A. SOZZI MANCI (a cura di), *Maternità e paternità. Il desiderio e la risposta: riproduzione medicalmente assistita e adozione*, Guerini e Associati, Milano, 1999, spec. pp. 22-23.

⁽¹⁹⁾ Cfr. F. D'AGOSTINO, *La famiglia, il diritto e le nuove tecnologie riproduttive. Considerazioni preliminari in una prospettiva metafisica*, in «Bioetica», 1, 1994, pp. 83-88.

⁽²⁰⁾ F. PIZZINI, *Corpo medico e corpo femminile. Parto, riproduzione artificiale, menopausa*, FrancoAngeli, Milano, 1999, spec. pp. 104-117.

Il continuo perfezionamento di queste tecniche e il desiderio di avere *un figlio ad ogni costo*, dopo che per decenni una parte della società civile si era battuta per legittimare le tecniche contraccettive che garantivano una situazione di *sterilità per scelta*, hanno portato la tecnoscienza riproduttiva a mettere a punto tecniche e pratiche che prevedono la possibilità di far ricorso ai gameti maschili e femminili di terzi anonimi, controllati sotto il profilo sia della qualità biologica e genetica sia della capacità di generare. Oppure si fa ricorso a tecniche di controllo dei prodotti della fecondazione artificiale: si producono grandi quantità di pre-embrioni *in vitro* (dando vita al fenomeno dei c.d. embrioni sovrannumerari crioconservati) per poi selezionarli attraverso *diagnosi genetica preimpianto*. Una volta trasferito il pre-embrione nell'utero della donna, si può procedere a controllare tutte le fasi del suo sviluppo potendolo sottoporre a *diagnosi genetica prenatale*, per verificare che non sia portatore di malattie genetiche e somatiche; si può, inoltre, far ricorso a forme contrattuali di maternità, come nei casi della maternità surrogata o dell'utero in affitto.

Questa espansione ed articolazione delle tecniche e dei processi della fecondazione assistita hanno rivoluzionato il modo in cui noi pensiamo le relazioni familiari e il modo in cui le giustifichiamo eticamente.

3. – *La «falda biotecnologica riproduttiva» e la famiglia*. Lo sviluppo della vita umana, nella sua enucleazione e nella sua successiva articolazione, avviene generalmente in un ambiente culturale che è individuabile nella famiglia. Solitamente le questioni della vita, particolarmente quelle della generatività e della filialità, avvengono e si vivono dentro la famiglia: è la famiglia, almeno nella maggioranza dei casi, l'ambiente *naturale* dello sviluppo della vita umana. La famiglia è normalmente il luogo in cui nasciamo, in cui formiamo il nostro mondo relazionale ed affettivo, in cui costruiamo la nostra personalità. Ogni specie animale ha un proprio ambiente, nasce e si sviluppa in un ambiente che le è adatto: un cucciolo di leone non nasce a 4000 metri di quota, un piccolo di aquila non nasce in un giardinetto urbano. L'uomo, a differenza degli altri animali, non ha un proprio ambiente, *nasce gettato nel mondo*⁽²¹⁾, in un qualsiasi posto del mondo: il suo ambiente è sociale, è relazionale, è cioè familiare, l'ambiente che accoglie l'uomo è normalmente la famiglia «generativa».

La caratteristica della «familiarità» non è dunque soltanto una questione normativa o stipulativa con la quale possiamo essere o non essere d'accordo, la familiarità non è soltanto un *dover essere*, essa è qualcosa di più: è una pratica tipicamente umana, perché la familiarità è una caratteristica antropologica, che riguarda la condizione esistenziale dell'essere umano. Esistono

⁽²¹⁾ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Longanesi, Milano, 1976, p. 173.

molti modi, intendo modi storici, con cui si è declinato il concetto di familiarità (famiglia patriarcale, matriarcale, nucleare, monogama, poligama, poliandrica, ecc.), ma in tutte queste forme storiche, plurali e culturali si ravvisa sempre la caratteristica antropologica della relazionalità biologica, affettiva e generativa tra genitori e figli. Ciascuno di noi può avere una sensibilità diversa in risposta alla familiarità (possiamo pensare che la familiarità sia un *locus* antropologico negativo, vettore di violenza e soprusi oppure che la familiarità sia per eccellenza il luogo dell'amore, ecc.), ma ciò che è antropologico è una questione relativa all'*essere*, è una realtà che si addice all'uomo.

Come afferma Maria Moneti Codignola, «le strutture parentali possono differire a seconda delle culture, ma esistono degli elementi strutturali costanti, costitutivi della società umana in generale, da quando l'uomo in quanto tale esiste, come ente culturale che si stacca dalla sua base animale. Questa struttura universale è appunto il *fatto in sé* che esistono relazioni di parentela, riconosciute e approvate, in ogni organizzazione sociale, strutture che comportano direzioni permesse, obbligatorie e vietate, che disegnano i rapporti sessuali e riproduttivi e li incanalano in certi contenitori che per il fatto di esistere ne escludono implicitamente altri»⁽²²⁾.

Ma se è così, se dunque la famiglia è l'ambiente vitale (in quanto luogo *par excellence* della relazionalità umana) di un essere umano, allora anch'essa, come la vita umana in generale, subisce l'impatto delle biotecnologie, allora anch'essa risente degli effetti prodotti dalle pratiche biomediche di riproduzione artificiale dei figli, allora anch'essa risente di queste nuove modalità di procreazione, cioè di modalità che configurano nuove maternità e nuove paternità, poiché i legami relazionali affettivi che accompagnano la progettualità finalizzata ad avere un figlio si basano su forme, ritualità e tempi, come il matrimonio, che oggi appaiono in parte o in tutto desueti (oggi, ad esempio, possiamo dire che è del tutto desueto l'istituto del fidanzamento).

Le biotecnologie della riproduzione impongono una riformulazione delle *forme di vita* ritenute, fino ad ora, comuni e consolidate, cambiano la rete delle relazioni affettive e di parentela, trasformano il ruolo della sessualità, modificano la coscienza della propria identità personale, sconvolgono l'ambito delle scelte personali in materia di nascita, maternità, paternità, esistenza e cura.

Le tecnologie riproduttive inducono a uno sgretolamento del *paradigma naturalistico* su cui si fonda l'aspetto antropologico della famiglia, perché svuotano di significato aspetti che si presumevano costitutivi della familiarità antropologica. Indico solo alcuni di questi aspetti, senza problematizzarli: la

⁽²²⁾ M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 32.

doppia figura genitoriale *padre/madre*, la coppia coniugale *maschio/femmina*, il legame di sangue con la prole, la connessione sincronica tra sesso e fecondità generativa, naturalità (casualità o pianificazione secondo cicli biologici naturali) della filiazione. Questi aspetti si sgretolano e trovano la concorrenza di nuovi aspetti che si infiltrano nel tessuto familiare attraverso quella che può essere chiamata la «falda biotecnologica riproduttiva»: processo di «de-istituzionalizzazione» della famiglia, molteplicità di maternità e paternità sovrapposte, sconnesione diacronica tra sessualità e procreazione (la sessualità è liberata dal peso della procreazione e la riproduzione non è ancorata al rapporto sessuale), figura genitoriale composta da single femminile o maschile (genitorialità singola) o da coppia omosessuale, legame normativo con la prole (divieto di disconoscimento della paternità nel caso della fecondazione eterologa), normatività (svincolata da datità o cicli naturali) della filiazione (si pensi alla già citata ipotesi di fecondazione *post-mortem*, cioè di uno o di entrambi i genitori), mercificazione del processo procreativo, diritto soggettivo di procreare con mezzi artificiali.

4. – *Difficoltà e aperture bioetiche*. L'espansione delle possibilità di accesso alle tecniche riproduttive ha prodotto anche un mutamento delle ragioni addotte a giustificazione dell'uso di queste tecniche. Se dapprima il loro uso era giustificato in quanto pratiche terapeutiche volte alla cura della sterilità o della infertilità della coppia, successivamente il ricorso a queste pratiche si è mutato in un intervento ritenuto idoneo a modificare volontariamente i processi biologici del corpo umano per piegarli al desiderio del paziente.

Ad esempio, nel caso della fecondazione artificiale eterologa, il voler legittimare l'intervento terapeutico, in quanto finalizzato alla cura della sterilità, ha il sapore della finzione: queste tecniche non curano la sterilità, poiché chi è davvero sterile non eliminerà mai la sterilità, acquisirà un figlio non suo e, in questo caso, almeno la paternità è sociale come lo è nell'adozione.

Dire dunque che le tecniche di riproduzione assistita sono una terapia contro la sterilità è dire il falso, perché esse «non rimuovono alcuna patologia e non rendono fertile un corpo che è irrimediabilmente sterile: esse permettono un concepimento mediante tecniche che si svolgono in gran parte fuori dal corpo umano, il quale resta esattamente quello che era prima»⁽²³⁾.

Le tecnologie riproduttive sovrappongono diverse figure di maternità e di paternità: esse non distinguono la differenza che esiste tra genitorialità biologica e genitorialità sociale.

⁽²³⁾ Ivi, p. 25.

In questo modo, la filiazione non ha più alcun valore sociale e la corrispondenza, sostenuta da molti difensori delle tecniche riproduttive, tra riproduzione assistita e adozione è semplicemente falsa: nell'adozione la filiazione è sociale ed intersoggettiva perché finalizzata a dare una famiglia a un bimbo che ne ha bisogno; nella riproduzione assistita la filiazione non è sociale, perché vale solo l'interesse individuale dell'adulto che è ricorso alla tecnica, perché lo scopo è dare un bimbo a chi non ce l'ha.

Questa è una logica individualistica ed è confermata dal fatto che si potrebbero scegliere anche alcune caratteristiche del feto, il sesso e altre tipologie somatiche e genetiche; inoltre, attraverso i test genetici prenatali, sarebbe possibile monitorare la costituzione biologica e genetica del feto, per deciderne la sorte qualora presentasse difetti che i genitori-committenti ritenessero non meritevoli di essere accettati.

Il bisogno del figlio *ad ogni costo* diventa allora un piano inclinato: si vuole il figlio, ma lo si vuole sano e con determinate caratteristiche somatiche e genetiche.

Per i sostenitori del liberalismo bioetico non c'è nulla di male a volere un figlio sano. Ma non mettono in luce il fatto che, per avere un figlio sano, le persone che accedono alle TRA devono produrre un certo numero di embrioni e scegliere appunto solo quelli che non presentano difetti genetici. Si può scegliere chi nasce⁽²⁴⁾, ma si deve ammettere che questa «scelta» è in realtà una «selezione», ossia una pratica di tipo eugenetico.

Si sta quindi assistendo ad uno spostamento dell'asse giustificativo della procreazione artificiale: dal dare un figlio a qualcuno che non lo può avere, si è passati a scegliere quale figlio, cioè con quali caratteristiche genetiche e somatiche debba avere (c.d. sindrome del *The Best Child*).

Inoltre, la moltiplicazione delle figure genitoriali ridisegna lo schema di famiglia che sta alla base della società e dell'individuazione: la triangolazione familiare (padre-madre-figlio) trova innumerevoli deformazioni una volta che la generazione è sostituita dalla produzione⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ S. POLLO, *Scegliere chi nasce*, Guerini e Associati, Milano, 2003.

⁽²⁵⁾ Con la possibilità di accedere alle TRA, il significato della genitorialità viene stravolto per l'incidenza di alcune variabili socio-psicologiche dovute alla frustrazione della coppia sterile, incapace di realizzare l'aspirazione di un figlio proprio, 'perfetto', al quale non verrà rivelata la sua origine, perché il mantenimento di questo segreto sarà anche la condizione per un buon rapporto di coppia. Paradossalmente, questa ricerca della genitorialità volta a rinforzare il rapporto di coppia finisce per produrre una regressione delle modalità interattive della coppia: il partner maschile viene confinato in un ruolo secondario, condannato a vivere in un contesto a lui estraneo e periferico rispetto all'esperienza della nascita.

Così, «mentre le coppie sterili chiedono un figlio a tutti i costi, i medici rispondono con un figlio in tutti i modi. Scatta sovente tra i due poli una connivenza immaginaria che rende difficile l'accettazione del limite»⁽²⁶⁾. Il figlio non è più l'esito di un processo generativo, di un gesto di creatività, di un atto di riconoscimento, ma di un processo seriale, di una reiterata discendenza ri-produttiva che lo priva della potenzialità di separarsi progressivamente dalla «diade originaria per divenire sé, diverso da come era stato pensato e voluto da altri»⁽²⁷⁾. La donna, *iper-medicalizzata*, viene sospinta «ad assumere una posizione passiva, di oggetto del giudizio, dell'intervento e dell'ideologia medica»⁽²⁸⁾. La figura dello *scienziato procreatore* confina ai margini della scena familiare il padre naturale, che tende ad «assumere la posizione del fratello, dal quale ci si attende sostegno, comprensione, conforto, ma non una paritetica compartecipazione alla generazione»⁽²⁹⁾.

Il controllo del materiale genetico del generato (*rectius*, del prodotto della riproduzione) diventa uno strumento per soddisfare il desiderio sociale (e non il bisogno biologico) di genitorialità. L'accento posto sulle finalità terapeutiche svolte da queste tecniche determina, in termini imperativi, la necessità di riconoscere e quindi di garantire a ciascun individuo il diritto di esercitare la propria funzione procreativa⁽³⁰⁾. Infine, la riproduzione tecnicamente indotta permette di eliminare la casualità della generazione⁽³¹⁾, rendendo irrilevante la questione dell'artificialità, che anzi viene considerata lo specchio della naturalità⁽³²⁾ e il supporto biotecnico per reintegrare il difetto nella capacità di riprodursi, permettendo così l'esercizio del diritto morale individuale di riprodursi⁽³³⁾.

⁽²⁶⁾ S. VEGETTI FINZI, *Famiglia e identità femminile nell'epoca della tecnica*, in E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Famiglia 'generativa' o famiglia 'riproduttiva'? Il dilemma etico nelle tecnologie di fecondazione assistita*, cit., p. 169.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 173.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 184.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 189.

⁽³⁰⁾ G. BALDINI, *L'accesso alle tecniche di PMA: libertà o diritto?*, in G. BALDINI, M. SODANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona: verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze University Press, Firenze, 2007, p. 4.

⁽³¹⁾ M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

⁽³²⁾ È questa la «tesi della equivalenza» tra procreazione naturale e riproduzione artificiale, di cui è assertore, tra gli altri, P. ZATTI, *'Natura' e 'cultura' nella procreazione artificiale*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, p. 178.

⁽³³⁾ Questa tesi è sostenuta da C. LALLI, *Riflessioni sulla riproduzione assistita e l'inizio della vita*, in «Sintesi Dialettica», Dossier Bioetica, 2008, periodico On-line, s.p.

Quest'ultimo inciso pone l'accento sulla primazia morale della libertà riproduttiva in quanto declinazione specifica della più generale libertà individuale. Esso, peraltro, sottovaluta l'importanza etico-pubblica delle modalità con cui si perviene al concepimento⁽³⁴⁾ ed oscura il fatto che l'esito finale degli atti e delle procedure biotecniche di riproduzione assistita sono i *figli*, cioè persone che hanno per attribuzione desideri propri e diritti inalienabili.

Sbilanciando la discussione relativa a queste questioni sul lato del vocabolario dei diritti, le tecnologie riproduttive enfatizzerebbero la sussistenza di un diritto individuale a procreare declinato in termini di *privacy* e di libertà di scelta.

In tal senso le ragioni della scelta sarebbero del tutto irrilevanti; la scelta, quindi, potrà avvenire per ragioni di salute, per pura curiosità, per vivere una nuova esperienza, per non voler procreare per via sessuale⁽³⁵⁾.

In termini neolockiani, il diritto di disporre del proprio corpo appartiene all'ambito inviolabile della *privacy* dell'individuo, di cui l'ambito procreativo rappresenta un sottoinsieme.

Per questa ragione, John Robertson afferma che la negazione della libertà di scelta procreativa mina la possibilità individuale di definire la propria identità. La libertà procreativa è dunque il diritto di decidere se avere o non avere una discendenza e di controllare l'uso della propria capacità riproduttiva⁽³⁶⁾. A parere di Robertson, questo diritto ha una priorità *presuntiva* in

⁽³⁴⁾ Il tema della neutralità o meno del ricorso alle tecniche di procreazione assistita è oggetto di un ampio dibattito che ha evidenziato diverse e contrapposte linee di riflessione. In una prospettiva utilitarista, il ricorso a queste tecniche sarebbe da considerare un beneficio sia a livello di coppia sia a livello individuale: queste procedure costituirebbero un insieme di possibilità da legittimare nell'ampio settore della *beneficenza procreativa*. Secondo la prospettiva liberale, l'utilizzo di queste tecniche risulterebbe neutrale rispetto alle questioni sociali sollevate dal loro uso: l'artificialità avrebbe il compito di riparare ciò che naturalmente risulta difettoso, allo stesso modo in cui un paio di occhiali permettono di ovviare a disturbi naturali della vista. In entrambi i casi, il ricorso a mezzi artificiali, per ovviare ad una naturale incapacità (di riprodursi nel primo caso e di leggere nel secondo caso), non intacca, sotto il profilo della liceità morale, la libertà di procreare e la libertà di leggere. Secondo una specifica prospettiva femminista, invece, le tecniche riproduttive non sono affatto neutrali circa il rapporto tra genetica e giustizia, in quanto esse frammentano il corpo femminile e la sua capacità generativa, permettendo alla tecnica e al suo necessario complemento, il mercato, di insinuarsi nella vita, di sottrarre autosufficienza ad organismi capaci di vivere e di dare continuità alla vita, di ricavare profitto dai semi e dai corpi delle donne; cfr. S. ONGARO, *Le donne e la globalizzazione. Domande di genere all'economia globale della ri-produzione*, cit., pp. 30-31.

⁽³⁵⁾ Cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.

⁽³⁶⁾ J.A. ROBERTSON, *Children of Choice. Freedom and the new reproductive technologies*, Princeton University Press, Chichester, 1994, spec. pp. 23-41.

quanto *diritto negativo* che tutela gli individui da limitazioni di accesso alle tecniche di riproduzione assistita⁽³⁷⁾. Non solo le coppie non fertili possono accedere a queste tecniche, ma anche le coppie fertili e i singoli individui (questi ultimi attraverso una c.d. *riproduzione cooperativa*, cioè una donazione di gameti o una surrogazione di maternità) hanno diritto di esercitare questa libertà. La *libertà procreativa* è dunque un principio morale liberale che riconosce la libertà, a chi accede alla procreazione assistita, non solo di indicare quali tecnologie utilizzare nella procreazione ma anche di scegliere quali caratteristiche il futuro figlio dovrà avere conformemente ai propri desideri. La libertà procreativa artificiale, equiparata moralmente alla libertà generativa naturale, giustifica non solo il diritto riproduttivo *negativo* di non ingerenza da azioni coercitive e limitative da parte dello Stato, ma anche un *set* di diritti riproduttivi *positivi*, che presuppone un intervento attivo dello Stato attraverso specifiche azioni di informazione, di educazione, di assistenza sociale e sanitaria, a tutela della salute riproduttiva dei cittadini. Questi diritti, che sono stati chiamati *diritti riproduttivi (procreative rights)*, costituiscono le aspettative soggettive e individuali di accesso alle tecniche riproduttive, per ovviare all'infertilità e per concretizzare il desiderio di diventare genitori⁽³⁸⁾. In realtà, questi diritti saldano due livelli diversi di normatività, quello del diritto soggettivo o *pretesa a qualcosa*, e quello del desiderio, la cui frustrazione può provocare sofferenza⁽³⁹⁾. Il comprensibilissimo desiderio di genitorialità si trasforma, per effetto della fattibilità biotecnica, in diritto a diventare genitori: questo diritto, lungi dall'essere solo un diritto ad aspettativa negativa, per essere concretizzato, richiede l'adempimento di obblighi positivi da parte di altri soggetti (medici, donatori/donatrici di gameti, prestatrici di utero e un sistema sociale di *welfare state* che sia disponibile ad accollarsi i costi delle tecniche riproduttive)⁽⁴⁰⁾.

(37) La tesi secondo la quale la libertà procreativa è un bene inviolabile, in quanto espressione della libertà individuale, si fonda su un assioma assertivo da cui si ricava una forte e decisiva presunzione in virtù della quale spetta a coloro che vogliono limitare la scelta artificial-riproduttiva l'onere di stabilire il danno causato dall'esercizio di questa libertà. Questa tesi è sostenuta, oltre che da Robertson, anche da C. LALLI, *Libertà procreativa*, Liguori, Napoli, 2004.

(38) Per un approfondimento del concetto dei «diritti riproduttivi» e della loro natura di diritto umano o di diritto di cittadinanza, rinvio a P. IAGULLI, *Cittadinanza e diritti riproduttivi*, in G. DALLA TORRE, F. D'AGOSTINO (a cura di), *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 233-253.

(39) La mancanza di un figlio costituisce una ferita non solo per la persona e per la coppia ma anche per l'intera organizzazione familiare, perché rischia di interrompere la storia e la continuità delle generazioni.

(40) Ad avviso di Jacqueline Lang e David Oderberg, è falsa la tesi secondo la quale il diritto alla procreazione assistita rientra nell'ambito più generale del diritto alla *privacy*. Non c'è alcuna simmetria tra la libertà procreativa per via sessuale e la

Questa complessità normativa impone di abbandonare l'ottica libertaria, secondo la quale il diritto di procreare artificialmente si configura come una pretesa assoluta, espressione della tutela della *privacy*. Ciò implica, inoltre, l'abbandono di una strategia normativa tutta incentrata sulla primazia dell'interesse di procreare degli adulti a favore di una strategia che, oltre all'autonomia, dia importanza ai principi della solidarietà e della responsabilità e bilanci gli interessi di tutti i soggetti coinvolti, attuali e futuri. In quest'ottica, il diritto alla genitorialità si esplicherebbe in connessione con l'esistenza e con la meritevolezza degli interessi (ad esempio, il diritto del figlio alla famiglia), riferibili al nuovo soggetto che si originerà, e diventerebbe allora una questione non solo femminile, anche i maschi potrebbero reclamare questo diritto: la capacità potenziale di generare vale anche per loro e lo stesso si potrebbe dire del correlativo desiderio di genitorialità.

Accanto ai concetti di libertà procreativa e di diritti riproduttivi, il tema della responsabilità procreativa, in un'epoca in cui la buona e la cattiva sorte si sono trasferite dal regno precario della fortuna (*chance*) al controllo della genetica umana (*choice*)⁽⁴¹⁾, ha indotto l'utilitarismo bioetico a coniare il concetto di *beneficenza procreativa*. Con questa espressione s'intende il principio morale che prescrive alle coppie l'obbligo di selezionare, tra tutti i passibili, il bambino che avrà le più ampie possibilità di avere la vita migliore, basandosi sulle informazioni in proposito rilevanti e già disponibili⁽⁴²⁾.

Questo obbligo morale, in uno stato liberale, non deve essere coattivamente imposto, ma deve essere moralmente richiesto al fine di evitare i fattori ereditari responsabili di patologie, pur garantendo una pluralità dei modelli di desiderabilità parentale⁽⁴³⁾. Questo progetto di selezione eugenetica (buona), finalizzato a massimizzare il benessere dei futuri bambini, trascura

libertà riproduttiva assistita tecnicamente: la prima è l'espressione di un genuino diritto soggettivo negativo, la seconda è l'espressione di interessi complessi, che non è agevole costruire nella forma dei diritti soggettivi, in quanto coinvolgono problemi di *welfare*, di scopi generali condivisi e di bene comune; cfr. J.A. LANG, D.S. ODERBERG, *Artificial Reproduction, The 'Welfare Principle', And The Common Good*, in «Medical Law Review», 13, 2005, pp. 328-356.

⁽⁴¹⁾ G. COSTA, *Scelte procreative e responsabilità: genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*, Firenze University Press, Firenze, 2005.

⁽⁴²⁾ È questa la tesi sostenuta da J. SAVULESCU, *Beneficenza procreativa e disabilità*, in «Bioetica», supplemento al n. 1, 2007, pp. 56-64.

⁽⁴³⁾ Secondo questa prospettiva consequenzialista, l'autonomia è solo un mezzo per il raggiungimento della fioritura (intesa come massimizzazione del benessere personale) delle persone. Ad esempio, a parere di Lecaldano, i futuri genitori hanno l'obbligo morale di ricorrere alle TRA per evitare di trasmettere malattie genetiche alla prole, oppure hanno l'obbligo di ricorrere alle tecniche di diagnosi prenatale per evitare di far nascere bambini portatori di handicap e destinati a vivere una vita di totale incapacità e infelicità. Cfr. E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 220 ss.

però il probabile rischio di indurre la società civile e l'opinione pubblica a biasimare quelle coppie che mettono al mondo figli portatori di handicap: esse possono essere sottoposte ad un giudizio di disvalore per non avere, potendolo invece fare, evitato di portare a termine la gravidanza di un feto menomato che poteva essere tranquillamente *rimpiazzato* in un tempo successivo con un feto sano dalle aspettative di una vita migliore⁽⁴⁴⁾.

È dunque del tutto evidente che le tecniche di riproduzione assistita inducono un allontanamento della coppia dalle pratiche corporee abituali e dalle strategie relazionali legate alla procreazione.

La famiglia *artificiale* può essere senza padre, data la possibilità (se non la raccomandabilità e l'obbligo giuridico) che il donatore del gamete maschile rimanga anonimo, ma in realtà (cioè uscendo dalla finzione giuridica) può presentare più livelli di paternità: un padre biologico (il donatore del seme, di cui il nascituro non potrà mai reclamare la conoscibilità), un padre sociale (che accoglie e cresce il figlio), un padre scientifico (il ginecologo che sostituisce l'atto sessuale infecondo con un atto medico fecondo). La figura stessa della madre si sdoppia e si triplica in persone diverse: una donna che fornisce gli ovuli, un'altra che fornisce l'utero e una terza che allevierà il bambino.

Nel caso della maternità surrogata i paradossi sono ancora più numerosi (per tacere del processo di vendita della vita e del corpo femminile implicato in questa pratica): se non avvenisse attraverso lo schermo o il filtro dell'atto medico, la *maternità surrogata*, che implica la fecondazione di una donna terza rispetto alla coppia con il seme del marito, oppure l'*affitto di utero* che implica l'impianto di un ovulo fecondato di coppia nella cavità intrauterina di una donna terza che diventa una sorta di madre portante o gestazionale, saremmo di fronte a casi di situazioni adulterine o incestuose, a sovrapposizione di figure parentali, quando, per esempio, «l'ovocita donato proviene dal corpo della figlia o quando l'ovocita viene estratto da un feto abortito dalla donna stessa. Oppure la donatrice può essere una sorella e l'ovocita, fecondato con il seme del marito della 'madre', può essere impiantato nel grembo di una donna che diventa allo stesso tempo madre e zia dello stesso bambino. Infine, come già accaduto, un ovocita di donna già defunta, oppure fecondato con sperma di uomo già defunto, o un embrione i cui genitori hanno cessato di vivere, può essere impiantato nel grembo di una sorella, o figlia, o madre della persona scomparsa in modo che la relazione del bambino con la persona che lo mette al mondo sia un aggrovigliato intreccio di rapporti di parentela tra presenti e assenti, tra vivi e morti, che impedisce letteralmente l'autoidentificazione del nascituro come figlio di una coppia genitoriale»⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli, 1989.

⁽⁴⁵⁾ M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 30-31.

Se ciò che conta in questa storia è la libertà individuale, allora è facile giustificare tutte queste complicazioni, perché non si dà alcun peso ai danni psicologici che vengono inferti ai bambini nati e prodotti da questa *babele bioriproduttiva*. Questi bimbi vengono equiparati (anche nei loro disagi) ai bimbi adottivi, ai bimbi adulterini, ai bimbi abbandonati e ai bimbi orfani. In realtà, la pratica della maternità surrogata incrina nel profondo gli obblighi dell'amore materno, della maternità e della paternità responsabile; quello che viene completamente oscurato dalla frenesia di soddisfare ogni desiderio degli adulti è il «diritto del figlio» di essere messo al mondo dai propri genitori (senza deliberati nascondimenti tecnologici) e di essere accolto in una famiglia: è moralmente ammissibile sostenere che una persona possa essere espressione del diritto di un'altra persona?

Ovviamente, questa domanda è priva di senso e ha un sapore retorico per chi sostiene che in una società liberale contano l'autodeterminazione individuale e la massimizzazione del benessere personale. Chi difende la plausibilità etica delle tecniche riproduttive parte dal presupposto che nella nostra società ormai si sia di fronte ad una pluralità di modelli familiari che necessariamente deve far ricorso a queste tecniche per realizzare la legittima aspirazione di avere un figlio, non più secondo quanto può dare la natura (modello fortemente limitante della scelta procreativa) ma secondo quanto può promettere la tecnica biomedica⁽⁴⁶⁾.

Se il modello preferenziale, perché fattibile tecnicamente, è quello della scelta, libera o responsabile, in materia procreativa, non si vede perché non si debba pretendere di avere un figlio sano, non portatore di handicap, di sesso maschile anziché femminile o viceversa. Se la tecnica amplia l'autonomia e il ventaglio delle opportunità di scelta e di benessere non si vede perché non si debba accedere alla diagnosi pre-impianto e alla diagnosi prenatale, tecniche che permettono di scartare embrioni e feti difettosi a favore di un incremento della qualità delle future persone. In questo senso, l'eugenetica pre-impianto e quella prenatale sono pratiche positive, da un punto di vista etico, perché evitano ai genitori future sofferenze e non permettono di mettere al mondo vite non degne di essere vissute (*genetica migliorativa*). Questo tipo di eugenetica, chiamata *eugenetica liberale*, viene valutata positivamente perché si ritiene che non danneggi nessuno: *non c'è qualcuno dall'altra parte*, tutt'al più *c'è qualcosa* che un giorno, se lasciato dov'è, forse sarà 'un qualcuno sbagliato'. Quando è in gioco la scelta delle persone direttamente coinvolte con le loro emozioni e i loro desideri e, laddove non ci sono documentabili danni per chi nascerà (anche perché, sotto il profilo logico, prima che venga creato), non esiste nessuno i cui interessi e diritti possano essere violati, la

⁽⁴⁶⁾ M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Donzelli, Roma, 1996, spec. pp. 47-50.

procreazione artificiale contribuisce a mettere in risalto, ancor più di quella procreazione naturale, la responsabilità dei singoli nella riproduzione dei figli. In questo senso, i modi di differenziare le diverse forme di procreazione non possono giustificarsi moralmente sulla base del criterio di *uniformità* a o di *difformità* da un certo modo naturale di far nascere le persone. La propensione a considerare le forme di procreazione naturale moralmente più giustificate rispetto a quelle artificiali finisce per legittimare una tesi che è viziata da una fallacia argomentativa, per cui *naturale* è sinonimo di buono e *artificiale* è sinonimo di cattivo, quando invece è proprio la possibilità tecnica che richiede educazione, informazione e responsabilità nella scelta procreativa, in quanto atto volontario, allo stesso titolo dell'unione sessuale, con cui si esplica specularmente la stessa libertà nella procreazione naturale.

Ma, al di là del problema della non identità dei futuri nati, la scelta di portare ad esistere le persone attraverso le tecnologie riproduttive non soggiace alla stessa logica dell'aborto. Mentre in quest'ultimo caso, la donna decide della sorte del feto in un contesto deliberativo dai contorni chiaramente tragici e dilemmatici, nel caso della FIVET la produzione degli embrioni avviene con un intento pregiudizialmente selettivo.

A parere dei liberali, la bontà della selezione eugenetica è dunque giustificata dal fatto che la scelta dell'embrione, avente le caratteristiche somatiche e genetiche migliori, avviene per il bene di chi nasce, mentre, in realtà, «ciò che noi facciamo è distruggere embrioni le cui caratteristiche ci appaiono, comparativamente, meno desiderabili»⁽⁴⁷⁾. Scegliere chi nasce, dunque, mette in una condizione di svantaggio proprio gli embrioni concepiti naturalmente, che non hanno goduto dei vantaggi della selezione.

In realtà, la tesi liberale della simmetria tra naturale ed artificiale (da cui si giustifica la tesi dell'equivalenza morale tra libertà procreativa naturale e libertà riproduttiva artificiale) non tiene conto che moralmente *innaturale* non è affatto l'artificiale, perché quello che è fatto dall'uomo non può essere pensato come contraddittorio alla sua natura, ma quanto, biologicamente o no, lede le componenti essenziali della condizione umana. La linea di demarcazione tra ciò che è moralmente lecito e ciò che non lo è, passa non attraverso il criterio della conformità ad un modello naturale biologico ma attraverso l'individuazione di ciò che è specificamente umano, rispettando la complessità concreta dell'esistenza umana, non limitandosi a definire le sfere del lecito e dell'illecito, in base a criteri analitico-normativi (criteri del danno e dell'utile), che «scompensano equilibri delicati e calpestano arbitrariamente, dichiarandole inessenziali, parti costitutive della natura umana»⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 36.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 16.

Infine, l'eugenetica liberale viene considerata buona perché, attraverso la riproduzione controllata, si evita di far esistere chi oggettivamente non potrebbe vivere una vita degna di essere vissuta. C'è dunque la pretesa logica di fare davvero l'interesse della persona futura, evitandole di diventare un individuo minato gravemente nella sua qualità di vita. In realtà, questa posizione non si salva da due obiezioni fondamentali: la prima, di filosofia della biologia, consiste nel dire che ogni essere vivente (al contrario di un manufatto riuscito male) desidera vivere, ha quale scopo innato la ricerca della propria sopravvivenza: sopprimerlo equivale a negargli la volontà di vivere. La seconda obiezione, di etica normativa, consiste nell'osservare come i difensori del liberalismo eugenetico non s'accorgano di ritenersi in diritto «di decidere per un altro che cosa sia meglio per lui e di decidere della sua stessa vita quando l'altro non è in condizione di scegliere»⁽⁴⁹⁾.

Nella prospettiva liberale, lo sbriciolamento dei confini tra naturale e artificiale non permetterebbe di giudicare in maniera diversa — se non a costo di commettere una discriminazione morale — un figlio nato da procreazione naturale e un figlio nato da riproduzione artificiale. Il riprodursi e l'allevare i figli appartengono a domini diversi: pensare di stabilire restrizioni alla libertà riproduttiva, in quanto le tecniche artificiali genererebbero un figlio che sarebbe privato, fin dal concepimento, della doppia figura genitoriale considerata significativa per lo sviluppo del bambino, significherebbe non tenere in considerazione il fatto, pragmatico, che molti bambini nascono orfani o rimangono orfani nei loro primi anni di vita e che anche una situazione familiare normale può produrre effetti negativi sui genitori e sui figli⁽⁵⁰⁾.

In realtà, il figlio della fecondazione eterologa assistita non può che esistere se non orfano di padre, come il figlio della procreazione naturale, se la madre decide di non rivelare l'identità del padre⁽⁵¹⁾.

Cosicché è possibile concludere che in qualsiasi modo nasca un figlio, non sempre per lui avere un padre è un bene, talvolta rappresenta un male⁽⁵²⁾.

Eppure, i figli orfani e i figli allevati da un solo genitore sanno, nella ricostruzione biografica della loro identità, di avere o di avere avuto due genitori. Allo stesso modo, i figli adottivi, pur non conoscendo la loro origine, sanno di poterla attribuire alla relazione sessuale che li ha generati, per tacere

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 35.

⁽⁵⁰⁾ M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, cit., p. 54.

⁽⁵¹⁾ G. COSTA, *Scelte procreative e responsabilità: genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*, cit., p. 100.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 98.

della loro esigenza imperiosa di conoscere i genitori biologici. È dunque indubitabile che il figlio della procreazione assistita viene privato, *ab origine*, della sua genealogia biologica, della possibilità di costituire un rapporto ideale col padre scomparso, come nel caso del figlio orfano, o di supporre un rapporto col padre, come nel caso del figlio abbandonato⁽⁵³⁾. Se, per ipotesi, questa ricerca genealogica fosse compiuta, essa andrebbe incontro a un esito grottesco: «quello della scoperta di un donatore professionale con un numero imprecisato di ‘figli’»⁽⁵⁴⁾.

Ancora due questioni meritano di essere accennate. La prima questione riguarda il riconoscimento di un diritto individuale umano alla riproduzione: la prospettiva dell'individualismo etico, di un «diritto al figlio». La seconda questione riguarda invece il primato degli interessi del minore: la prospettiva relazionale, di un «diritto del figlio».

Circa la prima questione, è del tutto evidente che se la libertà naturale di procreare e la libertà tecnica di riprodursi stanno su un piano di pariteticità etica, il diritto ad avere un figlio, per via sessuale o per via indotta tecnicamente, può essere rivendicato da qualsiasi individuo. Se la genitorialità è un diritto, in qualsiasi modo essa venga soddisfatta, l'accesso alle TRA non può essere limitato a coppie eterosessuali, sposate o comunque conviventi da tempo. Secondo l'approccio liberale, una restrizione di questo tipo sarebbe una discriminazione inaccettabile: uno Stato non ha il diritto di rifiutare le tecniche di riproduzione assistita alle coppie eterosessuali non conviventi, alle coppie omosessuali, alle donne singole e agli uomini singoli.

Ma esiste un diritto alla genitorialità? O piuttosto esiste un desiderio di genitorialità? Qual è il criterio in forza del quale un desiderio ha una rilevanza così forte da dare luogo a un diritto? Sicuramente non è un buon criterio quello di applicare in tutti i casi l'equazione «desiderio=diritto», se così fosse, si produrrebbero degli esiti sociali davvero paradossali, ma non è nemmeno un buon criterio quello di rivendicare un generico diritto al figlio. Infatti, mentre è indiscusso che esiste un diritto umano *negativo* al figlio, nel senso che l'atto naturale di generare non può essere soggetto ad alcun controllo da parte dello Stato o da parte di un qualsiasi potere terzo, viceversa risulta fortemente discutibile pretendere un diritto *positivo* a procreare, in quanto «il figlio verrebbe posto come oggetto di soddisfazione di un bisogno e legittimerebbe la richiesta di avere un figlio anche in assenza di qualcuno disposto a condividere l'atto generativo»⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 141.

⁽⁵⁴⁾ M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 30.

⁽⁵⁵⁾ A. PESSINA, *La questione della generazione nella civiltà tecnologica*, cit., pp. 139-140.

Come ha scritto Caroline Forder, «se lo Stato fornisce, o permette che vengano forniti, servizi di riproduzione assistita, deve farlo in modo da non operare discriminazioni»⁽⁵⁶⁾.

Esiste dunque un diritto umano alla riproduzione assistita, «ma esso non è fondato sul diritto di autodeterminazione, ma sul diritto alla personalità. Questo diritto non è assoluto. Essendo un diritto sociale, impone responsabilità che vanno individuate in base alle varie richieste concernenti l'allocazione delle scarse risorse sanitarie. In secondo luogo, il diritto alla riproduzione assistita non è un diritto che può essere preteso da tutti, ma solo da coloro che ne hanno bisogno. In terzo luogo, questo diritto deve essere limitato quando gli interessi del bambino lo esigono. In quarto luogo, il diritto alla riproduzione assistita spesso entra in conflitto con i diritti di altre persone. Laddove questi diritti entrino in conflitto, essi vanno soppesati, e il diritto al quale si riconosce peso maggiore dovrebbe avere la priorità. In questo modo il contrasto con diritti fondamentali porterebbe a una limitazione del diritto alla riproduzione assistita. In ultimo luogo, la limitazione della riproduzione assistita a certe categorie di persone è stata considerata alla luce della portata dei vari diritti costituzionali e del principio di non discriminazione»⁽⁵⁷⁾.

La ragionevolezza dei limiti all'accesso alla riproduzione assistita è giustificata dalle condizioni artificiali in forza delle quali si crea un individuo: nel caso dell'adozione, come nel caso della riproduzione artificiale, è sensato prendere in esame le condizioni di accoglienza del futuro bambino.

Se si ammettesse la tesi liberale della simmetria tra procreazione naturale e riproduzione artificiale, o se si ammettesse addirittura la superiorità antropologica della tecnica assistita, come taluno vorrebbe, allora uno scenario orribile, orwelliano, potrebbe concretizzarsi, ovvero l'imposizione politica di una «idoneità alla riproduzione» nei confronti di chi, per via sessuale, intende riprodursi.

Se, invece, si accettano alcuni ragionevoli limiti — necessità terapeutica, bilanciamento degli interessi dei soggetti coinvolti, coppie eterosessuali sposate o stabilmente conviventi — allora si riconosce che il desiderio di genitorialità non è un diritto soggettivo individuale, nel senso forte del termine, ma è un diritto, usando un neologismo, «dividuale», cioè che si esprime nella relazionalità di una coppia genitoriale con il nascituro⁽⁵⁸⁾:

⁽⁵⁶⁾ C. FORDER, *Esiste un diritto umano alla riproduzione assistita?*, cit., p. 281.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁸⁾ Nelle fonti di diritto internazionale, la tutela degli interessi del minore ha assunto lo spessore di diritto soggettivo inviolabile («in all cases the interests of the children shall be paramount»: art. 2 della Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo). Il diritto del figlio alla famiglia è sancito dall'art. 7 della Convenzione dei diritti fondamentali dell'Unione Europea («ogni individuo ha diritto al rispetto della vita

«anche il bambino osserva le relazioni e ha bisogno di relazioni. Il bambino ha diritto a una coppia genitoriale, perché solo essa può attuare le mediazioni che gli sono necessarie. E ha diritto alla sua identità biologica, che implica determinate relazioni con la sua storia di vita»⁽⁵⁹⁾.

5. – *Conclusioni*. Se le nuove tecniche riproduttive favoriscono la formazione di una pluralità di modelli familiari e quindi tendono ad indebolire e ad infiltrare il tessuto relazionale, morale e biologico su cui si sostiene la famiglia nucleare tradizionale solidale, le modalità del ragionamento e del discorso pubblico, che formano la comprensione collettiva del concetto di famiglia e di rapporto familiare, non possono basarsi solo su una prospettiva stipulativa e privatistica del modo di formare un nucleo domestico.

La giustificazione di una visione pluralistica della famiglia non passa né attraverso il ripudio del criterio biologico o del criterio della tradizione né attraverso l'accettazione di una visione contrattualistica della vita familiare.

privata e familiare»). La famiglia è definita dai *riconoscendo* della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia come «l'ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri, e in particolare dei bambini», come «il contesto in cui il/la bambino/a, per il pieno e armonioso sviluppo della sua personalità, dovrebbe crescere». La risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 (lett. D) che riconosce «il rispetto dei diritti e degli interessi del figlio, riassumendosi nel diritto alla vita ed alla integrità fisica, psicologica ed esistenziale, nel diritto alla famiglia nel diritto alla cura dei genitori [‘di entrambe le figure genitoriali’] ed a crescere in un ambiente familiare idoneo».

⁽⁵⁹⁾ P. DONATI, *Bioetica e morfogenesi della famiglia: il ‘caso’ della procreazione assistita*, in E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Famiglia ‘generativa’ o famiglia ‘riproduttiva’? Il dilemma etico nelle tecnologie di fecondazione assistita*, cit., p. 118.

Contrapposta alla prospettiva relazionale, quella individuale asserisce invece che «è ovviamente impossibile vietare a un omosessuale di avere rapporti con un partner dell'altro sesso al solo scopo di avere un figlio; altrettanto impossibile è privare per legge della responsabilità genitoriale un uomo o una donna che mutano preferenze sessuali nel corso della propria vita. Vietando agli/alle omosessuali l'accesso alle tecniche si afferma che l'omosessualità impedisce di divenire padre o madre. La tutela del nascituro diventa motivo per stigmatizzare la sessualità. Anche in questo caso, la tutela andrebbe allora estesa a tutti i figli di omosessuali, comunque concepiti»; cfr. M.L. BOCCIA, *Valore e limite di una legge sulla procreazione assistita*, in M.A. SOZZI MANCI (a cura di), *Maternità e paternità. Il desiderio e la risposta: riproduzione medicalmente assistita e adozione*, cit., p. 119.

Si pone sulla stessa linea argomentativa anche Mary Warnock, la quale afferma che la nascita e la crescita del bambino in una famiglia omosessuale, visto il pregiudizio sociale a cui è sottoposto questo status, «potrebbero far vivere a quei bambini un'infanzia difficile. I bambini però sono resistenti, e si adattano sorprendentemente bene a ciò che le persone esterne potrebbero considerare come condizioni dannose. Non c'è prova che questi bambini sarebbero danneggiati per sempre»; cfr. M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino, 2004, p. 61.

In realtà, la formazione della famiglia comporta sempre l'assunzione di obblighi determinati dal rapporto coniugale o genitoriale. La libertà, la scelta e l'uguaglianza sono valori che stanno alla base della formazione familiare, ma è riduttivo della realtà umana pensare che siano gli unici valori. La libertà e l'uguaglianza vanno bilanciati con altri valori propri della famiglia: la cura e la relazione, ad esempio⁽⁶⁰⁾. Questi ultimi due valori giustificano gli obblighi dei genitori, finalizzati a sostenere e a nutrire i figli; questi obblighi si determinano non attraverso il semplice consenso, ma attraverso una esperienza di relazione con l'altro⁽⁶¹⁾. La famiglia esprime in maniera paradigmatica la rete di relazioni con gli altri. E così si sviluppa il senso della nostra individualità.

Ribadire una simmetria tra procreazione naturale e riproduzione artificiale significa perdere di vista il principio della relazionalità familiare e non accorgersi di configurare la filiazione come un processo disincarnato ed immunizzante, in cui il concepimento riguarda non più *qualcuno* ma *qualcosa* che perde, fin da principio, la possibilità di essere un soggetto che nasce e si sviluppa in una condizione di imprevedibilità naturale, poiché la tecnologia riproduttiva lo colloca in una zona grigia che si situa tra "born" e "made": la famiglia, luogo d'amore responsabile e solidale, diventa un laboratorio tecno-scientifico della felicità individuale.

Le tecniche riproduttive modificano il contesto simbolico in cui si dà procreazione e si sviluppano rapporti tra generazioni⁽⁶²⁾. Alla cultura della responsabilità si è affiancata la cultura della scelta, che induce a percepire un figlio non solo come un valore in sé, ma anche come un prodotto perché deve corrispondere al desiderio dei genitori.

Lo spostamento da una cultura genitoriale («dividuale») della responsabilità alla cultura individuale del desiderio implica psicologicamente il rifiuto della sterilità: se il figlio è un prodotto desiderato allora ogni figlio desiderato deve nascere. La sterilità non è più accettabile non perché sia una malattia, ma perché non consente di dar corso al desiderio: la fortuna delle nuove tecnologie riproduttive va riletta lungo questo asse interpretativo.

Le tecniche riproduttive permettono l'ipotesi di genitorialità acquisite (vendita o donazioni di gameti, contratti di maternità), in cui la vita, come processo ed evento originariamente *extra commercium*, viene spezzata e anonimizzata in oggetti o materiali biologici commercializzabili.

⁽⁶⁰⁾ M. LINDON SHANLEY, *Making Babies, Making Families. What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents*, Beacon Press, Boston (MA), 2002, spec. pp. 148-150.

⁽⁶¹⁾ F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. pp. 7-15.

⁽⁶²⁾ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale, tecniche, fantasie e norme*, cit., p. 33.

Nei casi di maternità surrogata, un bambino viene determinato da un contratto, da un negozio tra privati, ma non è affatto chiaro quali saranno i diritti di quel bambino. Nel caso di conflitto tra madre gestazionale e coppia committente, prevale il diritto della madre gestazionale che si rifiuta di dare il figlio o quello dei genitori sociali o dei genitori genetici? ⁽⁶³⁾ In questo scenario, il diritto del bambino alla propria identità, che è riconosciuto anche dalla Convenzione Internazionale dei Diritti dell'Infanzia, che fine fa? Il bambino ha diritto, se lo vorrà, di conoscere le sue origini genetiche? Oppure, nel caso della maternità surrogata e nel caso di fecondazione eterologa, queste origini genetiche possono rimanere anonime? Se la madre gestazionale non vuole essere conosciuta dal figlio che ha portato in grembo, ha diritto il bimbo di conoscere chi l'ha nutrito per nove mesi?

Quali sono gli effetti psicologici sui bambini, figli della «convenzionalità bioriproduttiva», determinati dal fatto di non poter conoscere le proprie origini biologiche?

Il figlio, nato attraverso *design* anziché attraverso la casualità sessuale-generativa, può avere problemi psicologici circa la sua capacità di autorappresentarsi in termini di dignità personale. Come ha rilevato Habermas, la dignità umana, propria di ciascun uomo, consiste nell'essere se stessi fin dal momento in cui si è stati concepiti. La dignità dipende dall'essere gli autori della propria vita, ma tutto ciò è determinato dalla contingenza del processo di fecondazione, cioè dalla sua imprevedibilità e dalla sua intangibilità. Noi siamo proprio noi stessi e siamo quindi esseri autonomi se nessuno ci ha manipolato durante la fecondazione e la gestazione. Le tecniche riproduttive scardinano questo presupposto fondamentale della dignità umana: è proprio perché siamo figli del caso che siamo unici e che siamo esseri autonomi dal valore incommensurabile ⁽⁶⁴⁾. Tutto questo svanisce con l'intervento massivo delle tecnologie nel processo riproduttivo umano.

La generazione si situa sul crinale che divide la fabbricazione dalla procreazione: la tecnica tende a soddisfare la domanda di avere un figlio in modo funzionale ⁽⁶⁵⁾. Nel suo operare rinveniamo diverse caratteristiche tipiche della

⁽⁶³⁾ È questo un problema cruciale per la critica femminista alla maternità surrogata. Ciò che è in discussione, scrive Caterina Botti, «è se questa possibilità accresca l'autonomia femminile o finisca per veicolare una forma diversa di oppressione, e soprattutto la questione se la madre surrogata possa tenere per sé il bambino o la bambina che ha partorito o debba comunque cederla alla coppia o alla donna committente»; cfr. C. BOTTI, *Madri cattive. Una riflessione su bioetica e gravidanza*, il Saggiatore, Milano, 2007, p. 62.

⁽⁶⁴⁾ D. MIETH, *La dittatura dei geni. La biotecnica tra fattibilità e dignità umana*, Queriniana, Brescia, 2003, spec. pp. 168-170.

⁽⁶⁵⁾ C. CASALONE, *Fecondazione assistita: l'etica tra domanda e offerta*, in «Aggiornamenti Sociali», 2, 2003, pp. 99-110.

fabbricazione: tende a *programmare* ogni evento e a imporre il tempo di realizzazione, sottopone al massimo controllo i prodotti che manipola, anche se questo non esclude, anzi dilata, la possibilità di incertezza e di errore, verifica i risultati, eliminando le imperfezioni e selezionando le caratteristiche, sulla base della conformità al bisogno cui devono rispondere. La relazione che si instaura con tali prodotti, è pertanto centrata sul dominio e sul possesso⁽⁶⁶⁾.

Aldous Huxley ne *Il mondo nuovo* (1931) aveva profetizzato che la famiglia, come istituzione sociale, sarebbe stata distrutta dall'avvento delle tecnologie della riproduzione e che l'abolizione della famiglia sarebbe avvenuta a seguito non della paura ma della gratificazione personale determinata dalla libertà sessuale e dall'autodeterminazione cioè dalla liberazione dai vincoli biologici della procreazione. Questo però non avrebbe impedito nuove ed ulteriori tentazioni: il desiderio della struttura sociale di selezionare e di monitorare gli embrioni, il desiderio, liberati gli uomini dalla necessità di riprodursi attraverso la sessualità, di controllare il prodotto della riproduzione artificiale, in un crescendo che avrebbe portato la serialità riproduttiva ad essere attuata dapprima senza sesso e poi senza alcuna figura genitoriale.

Evitare, prima che sia troppo tardi, l'avverarsi di questa profezia implica l'assunzione di un'etica della responsabilità, non basata sul mero desiderio, irrelato da chi ti sta di fronte e il cui destino può dipendere da te; implica anche non cambiare atteggiamento verso la vita: se la tecnica ci aiuta, non si può mai dire che si *fa* un bambino ma piuttosto che si *ha* un bambino⁽⁶⁷⁾.

Se si commette l'errore di pensare, in un delirio di onnipotenza, che si possono *fabbricare* uomini, allora si perde di vista il vero interesse degli uomini delle future generazioni che consiste nel non essere eterodeterminati da chi c'era prima di loro e conseguentemente nel far salva la loro identità: biologica, genetica ed anche biografica.

ABSTRACT

The theme of assisted reproduction — of intense current interest — puts the concept of the family in question once again, from the moment in which, through its recourse to reproductive technologies, it separates «biological parenting» from «social parenting». The dilemma between the concept of the «generative family» and that of the «reproductive family» requires legal-philosophical reflection upon an institution — that of the family — which is commonly held to be the *locus* in which one is born, within which one's relational and affective sphere resides, and within which the personality of each individual develops.

⁽⁶⁶⁾ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, cit., spec. pp. 77-83.

⁽⁶⁷⁾ S. VEGETTI FINZI, *Bioteologie e nuovi scenari familiari. Una prospettiva psicoanalitica e femminista*, in «Bioetica», 1, 1994, pp. 60-82.

Il tema della procreazione assistita, oggi di grande attualità, rimette in discussione il concetto di famiglia, nel momento in cui, mediante il ricorso alle tecnologie riproduttive, si scinde la genitorialità biologica da quella sociale. Il dilemma tra una concezione di «famiglia generativa» e una concezione di «famiglia riproduttiva» impone una riflessione filosofico-giuridica su una istituzione, la famiglia, che comunemente si ritiene essere il luogo in cui si nasce, in cui si forma il mondo relazionale ed affettivo, in cui si costruisce la personalità di ciascun essere umano.

NICOLA LUCCHI

LA REGOLAMENTAZIONE ED IL CONTROLLO DELLE COMUNICAZIONI: ACCESSO ALL'INFORMAZIONE E APPLICAZIONI TECNOLOGICHE

SOMMARIO: 1. La comunicazione digitale tra regolamentazione e controllo. – 2. Libertà di circolazione del pensiero e tutela del diritto d'autore. – 3. Nuove forme di espressione: il fenomeno dei contenuti generati dagli utenti. – 4. Espressione e diffusione del pensiero in Internet: Il caso del Communication Decency Act. – 5. Espressioni e diffusione del pensiero in Internet: Il caso Hadopi. – 6. Comunicazione, tecnologia e comportamenti di consumo. – 6.1. Il caso "Content Scrambling System". – 7. Conclusione: la difficile regolazione dell'informazione nell'economia della conoscenza.

1. *La comunicazione digitale tra regolamentazione e controllo*

Nell'attuale società, la comunicazione e la diffusione delle informazioni si manifesta sempre più spesso attraverso le moderne tecnologie di cui internet costituisce l'applicazione pratica più conosciuta. Tuttavia, accanto a tali tecnologie, la comunicazione obbliga anche a predisporre una serie di regole che devono essere poste a carico degli operatori del settore e che hanno come scopo quello di fissare il perimetro di legalità entro il quale si svolge l'attività di diffusione delle idee e delle opinioni⁽¹⁾. In quasi tutti gli ordinamenti "democratici" i nuovi ed i vecchi media, oltre a porre problemi definitori, hanno sempre comportato tentativi di contenimento e controllo dell'informazione. Questo problema si è acuito di fronte al fenomeno dell'informazione *online*. Ciò ha spesso condotto all'adozione di provvedimenti normativi volti a regolare e controllare il flusso informativo; provvedimenti altrettanto frequentemente censurati per l'incapacità di contemperare progresso tecno-

⁽¹⁾ Così G. GARDINI, *Le regole dell'informazione: principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2009, XI.

logico, salvaguardia di interessi economici e gli altri interessi suscettibili di entrare in conflitto⁽²⁾. In questi ultimi anni è stata, infatti, attribuita una crescente rilevanza agli interessi economici connessi ai diritti di proprietà intellettuale legati ai contenuti digitali anche perché le opere frutto dell'ingegno sono strettamente legate all'evoluzione tecnologica. Il manifesto di tali diritti si è storicamente fondato sulla necessità di incoraggiare e promuovere l'innovazione tecnologico-scientifica. In particolare, la tutela del diritto d'autore è stata sempre giustificata per contemperare l'interesse pubblico ad accedere alle opere creative con la necessità di offrire incentivi alla produzione delle stesse, promettendo agli autori un limitato monopolio sullo sfruttamento economico dell'opera. Tale atteggiamento, a fronte della rivoluzione digitale, ha provocato un inasprimento delle forme di tutela, a scapito di qualsiasi altro interesse o soluzione alternativa.

Contemporaneamente si è sviluppata un'altra tendenza. La moderna economia ha, infatti, sostituito ai capitali materiali quelli immateriali (*knowledge economy*), acuendo la necessità di regole stringenti che ne governino produzione e circolazione. La stessa conoscenza si è trasformata in capitale immateriale. Anche le società contemporanee tendono pertanto a divenire o a promuovere se stesse come "società della conoscenza", sebbene gli studi sulla natura dei procedimenti attraverso cui si genera e si sostiene la medesima conoscenza sono sorprendentemente scarsi⁽³⁾.

Di pari passo, produzione e circolazione della conoscenza diventano più dinamiche, proprio grazie alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione. È esattamente tale dinamismo a rappresentare il vero nodo della questione in quanto non è percepito da tutti come un bene. L' incontrollabile diffusione delle conoscenze si scontra infatti con i meccanismi di protezione di cui essa stessa è oggetto. Da qui, il dilemma "sul quale economisti, giuristi, teorici e praticanti dibattono da parecchi anni senza giungere a conclusioni irrefutabili e univoche"⁽⁴⁾.

Le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione non hanno soltanto acuito la deriva protezionistica, ma hanno soprattutto aumentato la

⁽²⁾ Cfr. A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet: tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, p. 195, 197.

⁽³⁾ Così M. C. TALLACCHINI, E. GAMBINI, *Brevettabilità delle Biotecnologie e Culture Epistemiche: I Diritti di Proprietà Intellettuale Dinanzi a Nuove Forme di Appropriazione e Gestione dell'Innovazione*, alla URL <http://www.fondazionebassetti.org/it/segnalazioni/doc/Culture_epistemiche_diritti_proprietà_intellettuale.pdf>.

⁽⁴⁾ Così L. GILLE, *La Protezione della Proprietà Intellettuale, Fattore della Divisione Internazionale della Conoscenza*, in A. PILATI e A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della Conoscenza: Profili Teorici ed Evidenze Empiriche*, Bologna, 2005, p. 209. Sul punto anche D. FORAY, *L'Economia della Conoscenza*, Bologna, 2006; A. GORZ, *L'immateriale: Conoscenza, Valore e Capitale*, Torino, 2003.

difficoltà di mantenere un equilibrio tra gli interessi intrinsecamente opposti di fruitori e fornitori di informazione.

Nelle seguenti pagine analizzeremo alcuni interventi legislativi divenuti rappresentativi della complessità di imporre regole e controlli alle nuove forme di comunicazione. In particolare, evidenzieremo come tali provvedimenti, nella loro diversità, non siano stati in grado di rimuovere le disuguaglianze. Al contrario, i governi, a differenza delle Corti, hanno spesso assecondato norme che producono solo condizioni sfavorevoli e rischi per gli utenti. Come evidenziato dalla dottrina che prenderemo in esame, le recenti soluzioni legislative in materia di regolamentazione delle tecnologie hanno per lo più avuto l'effetto di ridurre gli spazi per le libere utilizzazioni e gli altri privilegi riconosciuti agli utenti, limitando la libertà di espressione, svilendo la ricerca scientifica e restringendo la concorrenza⁽⁵⁾.

2. Libertà di circolazione del pensiero e tutela del diritto d'autore

Come accennato in premessa, il mondo dei media sta attraversando un periodo di grandi cambiamenti che riguardano sia la produzione che la distribuzione di informazione.

⁽⁵⁾ Si veda sul punto: T. W. BELL, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. Rev. 557 (1998); P. SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 *Berkeley Tech. L. J.* 519 (1999); T. C. VINJE, *Should We Begin Digging Copyright's Grave?*, 22 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 551 (2000); P. B. HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, 22 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 499, (2000); D. NIMMER, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 *U. Pa. L. Rev.* 673, 741 (2000); J.R. THERIEN, *Exorcising the Specter of a "Pay-per-Use" Society: Toward Preserving Fair Use and the Public Domain in the Digital Age*, 16 *Berkeley Tech. L.J.* 979; M. HART, *The Copyright in the Information Society Directive: An Overview*, 24 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 58 (2002); W. J. GORDON, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunnay*, 82 *B.U. L. Rev.* 1031 (2002); T. FOGED, *U.S. v. E.U. Anti-Circumvention Legislation: Preserving the Public's Privileges in the Digital Age?*, 24 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 525 (2002); M. HART, *The Copyright in the Information Society Directive: An Overview*, 24 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 58 (2002); E. FELTEN, *A Skeptical View of DRM and Fair Use*, 46 (4) *Communications of the ACM* 57, 58 (2003); A. SIEBER, *The Constitutionality of the DMCA Explored: Universal City Studios, Inc. v. Corley & United States v. Elcom Ltd.*, 18 *Berkeley Tech. L.J.* 7 (2003); J. LIU, *The DMCA and the Regulation of Scientific Research*, 18 *Berkeley Tech. L.J.* 501 (2003); J. BESEK, *Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report From the Kernochan Center for Law, Media and the Arts*, 27 *Colum. J.L. & Arts* 385 (2004); A. EATON-SALNERS, *DVD Copy Control Association v. Bunner: Freedom of Speech and Trade Secrets*, 19 *Berkeley Tech. L.J.* 269 (2004).

Le nuove modalità di fruizione dell'informazione, attraverso le differenti piattaforme distributive, determinano una crescita dell'offerta per gli utenti-consumatori sollevando allo stesso tempo importanti problematiche legate alla tutela dei diritti di proprietà ed alla produzione di questi ultimi, a seconda dello specifico mezzo distributivo utilizzato⁽⁶⁾.

Accanto a tali nuove modalità di consumo e di distribuzione si sono andati sviluppando nuovi strumenti di difesa dei diritti materiali e morali degli autori di opere letterarie, scientifiche o artistiche. Questi strumenti, a loro volta, possono avere come effetto collaterale quello di compromettere l'altrettanto rilevante diritto ad essere partecipi, senza impedimenti, del progresso scientifico, della vita culturale e dello sviluppo democratico della società.

L'individuazione di un vero e proprio diritto sulle opere frutto dell'ingegno umano, costituisce un momento alquanto recente nella storia del diritto. L'evoluzione di quello che oggi conosciamo come diritto d'autore può essere schematizzata in epoche successive a partire dall'invenzione della stampa che, come oggi accade per il digitale, ebbe un effetto destabilizzante sulla diffusione del sapere e delle informazioni.⁽⁷⁾

Quando, nel 1709, in Inghilterra venne emanato lo Statuto della Regina Anna, gli editori ed i librai lo accolsero con entusiasmo. Almeno sino a quando non realizzarono che il provvedimento limitava i loro diritti ad un certo periodo di tempo⁽⁸⁾. Lo *Statute of Anne* aboliva il privilegio reale e stabiliva espressamente per la prima volta che ogni autore o suo avente causa, dopo la prima pubblicazione di un'opera, fosse titolare di un diritto di copia (*copyright*) per un periodo di quattordici anni, a condizione che il libro venisse iscritto nel registro della *Stationer's Company*, ovvero la corporazione dei librai. Tale periodo era eventualmente rinnovabile alla scadenza nel caso

⁽⁶⁾ Cfr. Allegato B alla delibera Agcom n. 626/08/CONS.

⁽⁷⁾ Così L.C. UBERTAZZI, voce *Diritto d'autore*, in *Digesto*, IV edizione, Torino, 1989, 366. Per una breve ricostruzione storica si veda anche GILLE, *La Protezione della Proprietà Intellettuale, Fattore della Divisione Internazionale della Conoscenza*, cit. p. 323.

⁽⁸⁾ An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein mentioned, 1710, 8 Annae, c.19 (Statute of Anne, 1710, 8 Annae, c.19, in L. BENTLY, M. KRETSCHMER (a cura di), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, alla URL <<http://www.copyrighthistory.org>>. Per una ricostruzione storica del provvedimento si vedano R. DEAZLEY, *Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth Century Britain, 1695-1775*, Oxford, 2004; J. FEATHER, *Publishing, Piracy and Politics: an historical study of copyright in Britain*, London, 1994; L. R. PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, 1968; M. ROSE, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, London, 1993; L. MOSCATI, *Lo Statuto di Anna e le origini del copyright*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, p. 3671 e ss.

l'autore fosse ancora in vita, dopodiché l'opera sarebbe caduta nel pubblico dominio⁽⁹⁾. Attraverso questo sistema, il legislatore intendeva bilanciare l'incentivo a creare e diffondere nuove invenzioni e idee con l'interesse della società ad accedere alla conoscenza⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, negli ultimi cinquant'anni, tale equilibrio è stato mano a mano alterato. In gran parte grazie all'attività di *lobbying* dell'industria dell'intrattenimento, la portata e la durata dei diritti d'autore è stata notevolmente aumentata⁽¹¹⁾. Tali cambiamenti nella normativa internazionale sono stati molte volte correlati ai cambiamenti nel sistema dei media o delle tecnologie di riproduzione e fruizione delle opere⁽¹²⁾. A ciò va aggiunto che la rivoluzione digitale e la dematerializzazione dell'opera come risultato della trasposizione su supporto digitale hanno dimostrato che il prodotto dell'informazione e il suo metodo di diffusione sono separabili.⁽¹³⁾ Allo stesso tempo, essi hanno portato ad una rivoluzione copernicana nel sistema del diritto d'autore tradizionale, dimostrandone l'assoluta incapacità di controllo di fronte ai più recenti sviluppi tecnologici⁽¹⁴⁾. Come illustreremo meglio di

⁽⁹⁾ Cfr. N. STOLFI, *La Proprietà Intellettuale*, 2 ed., vol. I, Torino, 1915, p. 74; T. ASCARELLI, *Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali*, 3 ed., Milano, 1960, p. 686.

⁽¹⁰⁾ S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs - The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, 2001, p. 5. Per un'analisi completa sull'origine democratica del diritto d'autore e sulla sua importanza nel mantenere e promuovere una società civile democratica si vedano, J. E. COHEN, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management*, 97 *Mich. L. Rev.* 462 (1998); M. LEMLEY, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 *Tex. L. Rev.* 989 (1997); N.W. NETANEL, *Copyright and Democratic Civil Society*, 106 *Yale L.J.* 283 (1996); P. SAMUELSON, *Information as Property: Do Ruckelshaus and Carpenter Signal a Changing Direction in Intellectual Property Law?*, 38 *Cath. U. L. Rev.* 365 (1989).

⁽¹¹⁾ L'articolo 7 della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche riveduta a Parigi il 24 luglio 1971, stabilisce un termine minimo di tutela per tutta la durata della vita dell'autore più 50 anni. Malgrado ciò, sia l'Unione europea con la direttiva 93/98/CEE del Consiglio del 29 ottobre 1993 concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, che gli Stati Uniti con il *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* del 1998, hanno provveduto a modificare tale termine minimo.

⁽¹²⁾ Si veda, e.g., P. E. GELLER, *New Dynamics in International Copyright*, 16 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 461 (1992).

⁽¹³⁾ Cfr. e.g., S. DAVIS, C. MEYER, *Blur: The Speed of Change in the Connected Economy* 22 (1998). Vedi anche R. T. NIMMER, *Breaking Barriers: The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, 13 *Berkeley Tech. L.J.* 827, 841-42 (1998).

⁽¹⁴⁾ P.B. HUGENHOLTZ, *Commentary: Copyright, Contract, and Code: What Will Remain of the Public Domain?*, 26 *Brook. J. Int'l L.* 77, 78 (2000) (L'A. evidenzia la preoccupazione per il fatto che il tradizionale sistema di diritto d'autore non ha potuto garantire una protezione adeguata nel contesto digitale).

seguito attraverso alcuni emblematici casi, se da un lato le nuove tecnologie aprono a nuove ed impensabili condizioni di comunicazione, democratizzando l'accesso all'informazione, dall'altro lato assistiamo alla trasformazione dell'informazione in merce da comprare e vendere, ma soprattutto da tutelare attraverso lo schema dei diritti di proprietà intellettuale. In altre parole, le norme sul diritto d'autore non sono più strumenti di difesa nei confronti di rivali disonesti, ma sono diventate "lo scudo e la spada nei confronti del resto del mondo" ⁽¹⁵⁾.

3. Nuove forme di espressione: il fenomeno dei contenuti generati dagli utenti

Nel panorama dei moderni mezzi di comunicazione è in mutazione non solo il modo in cui le persone comunicano tra loro, ma anche il modo in cui vengono create, raccolte e trasmesse le informazioni. In questo senso si è modificato anche il ruolo svolto dai consumatori di informazione. Da semplici e passivi fruitori, essi si sono infatti trasformati, grazie alle nuove tecnologie, in creatori di notizie e contenuti capaci di influenzare un ampio spettro di pubblico. In questo modo, si profila all'orizzonte un'industria dei "media senza media", ovvero uno scenario in cui il consumatore crea e distribuisce propri contenuti eliminando tutte le forme di mediazione "presenti nelle diverse fasi della catena del valore tradizionale tra attività creativa/intellettuale [...] e sua circolazione e consumo. Tale fenomeno è generalmente conosciuto con il termine inglese di *user generated content* ed è contraddistinto da strumenti come blog, podcast, social network, ovvero una serie di comunità e luoghi d'incontro virtuali diffusi tramite Internet ⁽¹⁶⁾. Questi strumenti risultano essere le proposte della rete che al momento gli utenti "amano guardare e seguire partecipandovi e contribuendovi in maniera interattiva" ⁽¹⁷⁾. Come è stato osservato, la popolarità e l'affermazione delle piattaforme di *social broadcasting* "è prova della cosiddetta *personal media revolution*", ovvero il fenomeno caratterizzato dal superamento del tradizionale modello di consumo di informazio-

⁽¹⁵⁾ Così V.Z. ZENCOVICH, *Diritto d'Autore e Libertà di Espressione: Una Relazione Ambigua*, in *AIDA*, 2005, p. 152.

⁽¹⁶⁾ Sul rapporto tra *user generated content*, tecnologia e diritto d'autore, in dottrina si veda M. L. MONTAGNANI, *A New Interface between Copyright Law and Technology: How User-Generated Content Will Shape the Future of Online Distribution*, 26 *Cardozo Arts & Ent LJ* 719 (2009); D. GERVAIS, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, 11 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 841 (2009); A. PRETA, *Economia dei Contenuti. L'Industria dei Media e la Rivoluzione Digitale*, Milano, 2007, p. 144; S. ERCOLANI, *Una Sommessa Riflessione sul Diritto d'Autore all'Epoca della Convergenza*, in *Riv. Dir. Aut.*, 2007, p. 1, 10.

⁽¹⁷⁾ Così PRETA, *Economia dei Contenuti. L'Industria dei Media e la Rivoluzione Digitale*, cit. p. 142.

ne ed intrattenimento⁽¹⁸⁾. Le conseguenze derivanti dal successo di servizi come *facebook*, *twitter*, *linkedin*, *youtube* o *myspace*, nonché lo sviluppo esponenziale dei blog, stanno a significare che il pubblico degli utenti ha un'elevata necessità di "scambiare opinioni, esperienze, competenze, informazioni" e contenuti⁽¹⁹⁾. Tali strumenti sono diventati i nuovi mezzi per condividere e comunicare.

Proprio per questi motivi agenzie governative come la *Federal Trade Commission* hanno ritenuto fondamentale studiare ed osservare questi fenomeni perché accanto ad indubbi vantaggi possono portare con sé potenziali pericoli per i consumatori⁽²⁰⁾. Tre sono essenzialmente le categorie di problemi associabili al fenomeno che vede i consumatori diventare produttori e distributori di contenuti multimediali⁽²¹⁾.

Il primo è relativo alla *privacy*. I dati utilizzati, condivisi e trattati dai siti di *social networking* e da altri strumenti di *user generated content* possono infatti originare preoccupazioni su tale fronte perché richiedono agli utenti di registrarsi o lasciare informazioni di carattere personale che possono essere utilizzate separatamente dall'attività per cui sono state generate. Tale problema è inoltre maggiormente rilevante quando coinvolge informazioni riguardanti i minori poiché attraverso tali strumenti è possibile condividere dati personali (come nomi, indirizzi, numeri di telefono, indirizzi e-mail etc.) senza rendersi conto dei potenziali rischi.

Queste informazioni sono normalmente accessibili a seconda dei limiti ai quali il servizio condiziona l'accesso. Ciò può dipendere da restrizioni incorporate nel sito o da altre che devono essere invece attivate dall'utente. Proprio per tali motivi si ritiene necessario intervenire per sensibilizzare gli utenti relativamente ai rischi, specialmente per i minori, derivanti dall'utilizzo di simili mezzi di comunicazione, raccomandando pratiche di comportamento atte alla prevenzione dei sopraccitati rischi⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 143. L'A. specifica come i consumatori ricavano "le proprie idee, desideri, interessi e prodotti da un'amplessima gamma di fonti di informazione. Il loro comportamento non è più lineare, ma segue un percorso personale, nel momento e sul mezzo che essi ritengono appropriato".

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁾ Cfr. FEDERAL TRADE COMMISSION, *Protection Consumer in the Next Tech-ade Report*, 2008, p. 26 alla URL <www.ftc.gov/os/2008/03/P064101tech.pdf>. L'argomento è stato affrontato anche dalla Commissione Europea nel Libro Verde – Il Diritto d'Autore nell'Economia della Conoscenza, COM(2008) 466 definitivo del 16 luglio 2008 alla URL <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriSer v.do?uri= COM:2008:0466:FIN:IT:PDF>>.

⁽²¹⁾ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Protecting Consumer in the Next Tech-ade Report*, cit., p. 6.

⁽²²⁾ La raccolta di informazioni personali relative a minori devono rispettare le linee guida stabilite dal Children's Online Privacy Protection Act (COPPA). Cfr. Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U.S.C. 6501-6508; Children's Online Privacy Protection Rule, 16 C.F.R. § 312.

In secondo luogo, emerge un'esigenza connessa alla produzione e distribuzione di contenuti digitali provenienti direttamente dagli utenti. Infatti i consumatori-produttori di informazione hanno bisogno di comprendere le proprie responsabilità quando agiscono nel mercato dei contenuti. Così, per esempio, quando i loro siti sono supportati da pubblicità, potrebbero essere soggetti alle stesse norme a cui sono soggetti i media che ospitano pubblicità. Oppure quando attraverso piattaforme di condivisione di contenuti video non vengono osservate le norme sulla protezione dei dati personali, ovvero si esegua all'*upload* di contenuti lesivi di altrui diritti⁽²³⁾.

In terzo luogo, la proliferazione di così diversi canali di comunicazione e distribuzione di contenuti ed informazioni pubblicitarie rende complesso il compito di monitorare tale massa di dati. Per questo motivo, è auspicabile che le autorità proposte nei singoli paesi operino in collaborazione per controllare la dilatazione di fonti informative.

4. *Espressione e diffusione del pensiero in Internet: Il caso del Communication Decency Act*

La vicenda, apparentemente lontana nel tempo, del *Communication Decency Act* statunitense è un esempio chiaro di quanto difficile sia il rapporto tra controllo dell'informazione e libertà, specialmente in ambito tecnologico. Esso ancora rappresenta un perfetto caso di regolamentazione della comunicazione *online* arenatosi di fronte alla difficoltà di realizzare una sintesi tra libertà di manifestazione del pensiero e gli opposti interessi in conflitto.

Si tratta dell'ambiziosa riforma delle telecomunicazioni, approvata dal Congresso americano nel 1996, coniugata al tentativo di affrontare e risolvere il problema della protezione dei minori da materiali "pericolosi" (*id est* pornografici), diffusi attraverso l'allora semisconosciuto fenomeno Internet⁽²⁴⁾. In quel caso, le disposizioni del *Communication Decency Act* furono ritenute dalla Corte Suprema costituzionalmente illegittime. Nel sistema statunitense, infatti, è costituzionalmente garantito agli adulti il diritto di accedere a forme di espressione non oscene, ma tuttavia indecenti o palesemente offensive. Tale diritto, pur essendo sottoponibile a limiti, non è sopprimibile. Le norme del *Communication Decency Act* avrebbero limitato in misura ingiustificatamente ampia nei confronti degli adulti — tenuta conto della natura del mezzo di diffusione — la libertà di manifestazione del

⁽²³⁾ Si veda al riguardo il discusso caso italiano Google-Vividown, Tribunale di Milano IV sezione, sent. n. 1972 del 24 febbraio 2010.

⁽²⁴⁾ Il *Communication Decency Act* è la denominazione con il quale è conosciuto il titolo V del *Telecommunications Act* del 1996, ovvero la riforma delle telecomunicazioni approvata dal Congresso nel 1996.

pensiero, garantita dal primo emendamento alla Costituzione americana⁽²⁵⁾. Sussisteva perciò l'evidente necessità di bilanciare diversamente gli opposti interessi in conflitto. Da un lato vi era la libertà di manifestazione del pensiero e dall'altro l'esigenza di un'adeguata tutela dei minori e del loro sano sviluppo sessuale.

A quel tempo il giudice costituzionale americano, dopo aver ricostruito attentamente le peculiari caratteristiche del nuovo mezzo di diffusione (*id est* internet), si era accorto di come tale tecnologia non abbisognasse per forza di strumenti tanto invasivi e lesivi di altrui diritti per proteggere i minori dalla pornografia. Di fatto, dopo aver ridisegnato da un punto di vista tecnico e funzionale l'ambiente sul quale la norma si sarebbe dovuta applicare, la Corte Suprema ne ricavava che il divieto, generalizzato e senza sfumature imposto dal provvedimento, risultava del tutto sproporzionato rispetto all'obiettivo dichiarato. Le norme invalidate avrebbero provocato "una soppressione ingiustificatamente ampia di forme di espressione destinate agli adulti"⁽²⁶⁾. Al contempo risultava evidente la disponibilità di misure alternative in grado di proteggere egualmente i minori da materiali nocivi, senza colpire indiscriminatamente forme di espressione altrettanto meritevoli di tutela costituzionale. Per esempio, la Corte riconosceva l'esistenza in commercio di software di filtraggio in grado di permettere ai genitori di controllare, anche se non in maniera perfetta, i materiali ai quali i minori hanno accesso.

Pertanto la Corte nel riconoscere ad Internet, per le sue specifiche caratteristiche, una tutela costituzionale della libertà d'espressione persino superiore a quella garantita al sistema radiotelevisivo, obbligava il legislatore "ad un approccio normativo più analitico al ciberspazio, spostando il baricentro dell'intervento regolatore dal versante dell'offerta a quello dell'utenza"⁽²⁷⁾. Essa impose cioè "non già *speech restrictions* a carico di coloro che immettono contenuti in rete" ma il "rafforzamento legislativo degli strumenti di controllo" su quei contenuti potenzialmente accessibili a categorie di utenti ben definite⁽²⁸⁾. Inoltre, nell'approccio al nuovo mezzo di diffusione, emergeva chiaramente come fosse fondamentale conoscere correttamente lo strumento sul quale la norma incideva ed avere cognizione che, per esempio, una legislazione nazionale avrebbe comunque avuto una scarsa incisività, considerato il carattere transfrontaliero del mezzo. In altre parole, il diritto a fruire di materiale pornografico rappresenta il limite della libertà di espres-

⁽²⁵⁾ Reno v. ALCU, 521 U.S. 844 (1997) (No. 96-511).

⁽²⁶⁾ La sentenza si legge in versione integrale tradotta in *Riv. Dir. Ind.*, 1998, II, 140, con nota di A. CUCINOTTA.

⁽²⁷⁾ Così A. CUCINOTTA, *L'Effimera Avventura Americana del Divieto dell'Indecenza nel Ciberspazio* [Nota a Corte Supr. Stati Uniti 26/6/1997], in *Riv. Dir. Ind.*, 1998, II, p. 166.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*.

sione ed una democrazia deve essere capace di accettare questo limite se vuole garantire il diritto per tutti ad esprimersi liberamente.

La sentenza dei giudici d'oltreoceano, benché risalente, è ancora in grado di offrire alcuni interessanti spunti di riflessione anche al di fuori dell'ambiente giuridico statunitense e dello specifico ambito tematico. Tale vicenda sottendeva, già da allora, questioni di particolare significatività non solo in termini di tutela degli utenti della Rete, ma anche in relazione al tema della libertà della cultura, nonché al rispetto della libertà di espressione⁽²⁹⁾. Questi fenomeni degenerativi legati alla pervasività del digitale sono cresciuti, evidenziando come “determinate strategie tecnologiche e commerciali” possano “influenzare concretamente l'ampiezza dello spettro delle libertà in Internet”⁽³⁰⁾.

5. *Espressioni e diffusione del pensiero in Internet: Il caso Hadopi.*

Il precedente caso giudiziario americano si lega a doppio filo alla recente vicenda della legge francese «Création et Internet»⁽³¹⁾, comunemente denominata legge *Hadopi*, dall'acronimo di *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet*, ovvero l'autorità appositamente prevista dal provvedimento e preposta al controllo dei comportamenti degli utenti di Internet contrari al diritto d'autore.

La legge francese prevedeva l'applicazione di sanzioni di massa contro la trasmissione illegale di contenuti digitali protetti da diritto d'autore ed in particolare la disconnessione graduale dalla rete internet degli utenti sorpresi nell'attività di “téléchargement illégal”. Il testo del provvedimento è stato tuttavia pesantemente censurato dal *Conseil constitutionnel* (decisione n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009) che ne ha di fatto depotenziato alcuni principi cardine rendendo, nella pratica, illusoria l'applicazione di sanzioni di massa⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ È stato osservato come il rapporto tra la protezione dei diritti degli autori ed il diritto di accesso alla cultura emerga anche dall'art. 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo dove accanto al riconoscimento ad ogni individuo del diritto di godere degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica, letteraria ed artistica di cui sia autore (art. 27.2), viene altresì introdotto il principio secondo cui ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici (art. 27.1). Sul punto si veda diffusamente MASTROIANNI, *Diritto Internazionale e Diritto d'Autore*, Milano, 1997, p. 29 e ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. ZICCARDI, *Nuove Tecnologie e Diritti di Libertà nelle Teorie Nordamericane*, Modena, 2007, p. 8.

⁽³¹⁾ Loi n. 2009-1311 del 28 ottobre 2009 *relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, in *Journal Officiel* del 29 ottobre 2009, p. 18290.

⁽³²⁾ Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, Décision n. 2009-580 DC, relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *Journal Officiel* del 13

Il *Conseil*, infatti, chiamato a valutare la conformità costituzionale del provvedimento normativo ex art. 61, comma 2 della Costituzione, ha negato che la tutela dei diritti di proprietà intellettuale possa giustificare improprie compressioni della libertà di espressione anche nel cosiddetto *cyberspazio*.

La sentenza oltre a criticare il meccanismo sanzionatorio contenuto nel provvedimento normativo, identifica una sorta di “diritto fondamentale” all’accesso ad Internet; contestualmente, essa pone le basi per un dibattito sulla necessità o meno di un vaglio ponderato da parte di un’ autorità giurisdizionale prima di qualsiasi sanzione, dibattito le cui conseguenze hanno oltrepassato i confini francesi⁽³³⁾.

La valenza e la portata giuridica della sentenza, si colgono soprattutto nel punto in cui viene affrontato il profilo dell’osservanza del principio del “giusto procedimento” (il c.d. “*due process of law*” della Costituzione nord-americana)⁽³⁴⁾ e l’attuazione di misure speciali per alcuni reati commessi *online*.

giugno 2009, p. 9675. La sentenza si legge anche in traduzione italiana in *Dir. inf.*, 2009, p. 524 ss., con nota di G. Votano, *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese*. Tra i vari commenti al provvedimento si veda F. CHALTIEL, *La loi Hadopi devant le Conseil constitutionnel*, in *Les petites aff.*, 2009 (125), p. 7; L. COSTES, *La loi "Creation et Internet" partiellement censurée par le Conseil constitutionnel*, in *Rev. Lamy dr. immatériel*, 2009 (50), p. 3; J. P. FELDMAN, *Conseil constitutionnel, la loi "Hadopi" et la présomption d'innocence*, in *Sem. jur. éd. gén.*, 2009 (28), p. 25; A. GAUTRON, *La "réponse graduée" (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel. Ou la délicate adéquation des moyens aux fins*, in *Revue Lamy dr. immatériel*, 2009 (51), p. 63; D. ROUSSEAU, *Hadopirate la Constitution: le Conseil sanctionne*, in *Rev. Lamy dr. immatériel*, 2009 (51), p. 103; M. VERPEAUX, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel*, in *Sem. jur. éd. gén.*, 2009 (39), p. 45. L’attenzione della dottrina italiana si è espressa prevalentemente con alcune note a sentenza: P. PASSAGLIA, *L'accesso ad internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. "legge anti file-sharing")*, in *Il Foro it.*, IV, c. 473; B. CAROTTI, *Una decisione del Consiglio costituzionale francese sull'accesso alla rete internet*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 849, *Id.*, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 643. Ma si veda anche A. MANTELERO, *Diritto d'accesso alle reti informatiche e tutela del diritto d'autore in Europa dopo la pronuncia del Conseil Constitutionnel sulla legge Hadopi*, in *Contratto impr. Europa*, 2009, p. 870.

⁽³³⁾ La cornice disegnata dalla legge ha nella sostanza anticipato gli sviluppi della normativa comunitaria. Il 19 dicembre scorso, infatti, è entrato in vigore il c.d. pacchetto “Telecom”, la corposa riforma europea del quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche. Il pacchetto, si compone di un regolamento (reg. (CE) n. 1211/2009) e due direttive (dir. 2009/136/CE e dir. 2009/140/CE), ed è destinato a modificare radicalmente l’impianto normativo ed istituzionale in materia di telecomunicazioni.

⁽³⁴⁾ V. VIGORITI, *Due process of law*, in *Digesto, Disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 228. “*Fair trial*” e “*due process*”, oltre ad essere principi generali inseriti nelle costituzioni nazionali nonché presenti nelle convenzioni internazionali, sono ormai considerati veri e propri principi globali peraltro propri anche del diritto comunitario. Sui cosiddetti “*process rights*” si veda diffusamente T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, 2006, p. 371 e ss.

Il punto più controverso del provvedimento riguardava, appunto, le garanzie processuali offerte agli utenti di Internet che violano il diritto d'autore e che la legge sembrava mettere in discussione in taluni casi d'urgenza (veniva fatto salvo un generico "diritto a una procedura equa ed imparziale"). In pratica, si attribuiva la facoltà di bloccare l'accesso ad Internet ad uno specifico organo amministrativo sulla semplice base di violazioni tecnicamente evidenti, ma senza il vaglio di un giudice. La creazione dell'*Hadopi* se, da un lato, si giustificava per esigenze di tutela dei diritti d'autore messi in pericolo dall'avvento del digitale, dall'altro, rischiava di comprimere o affievolire quelle garanzie costituzionali anch'esse poste a garanzia delle libertà costituzionali: dal principio di legalità al principio che assicura la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi.

Uno degli aspetti inizialmente censurati dal *Conseil constitutionnel* concerneva, infatti, il cosiddetto meccanismo della "risposta graduata". La legge francese, al fine di porre un freno al massiccio fenomeno del *download* illegale di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, prevedeva l'inasprimento di misure di controllo e l'introduzione di un innovativo procedimento sanzionatorio⁽³⁵⁾. Da un lato quindi si innalzavano le forme di sorveglianza della rete da parte delle forze dell'ordine, con le conseguenti incognite legate alla protezione della riservatezza. Dall'altro lato si introduceva un procedimento sanzionatorio volto a colpire l'utente di Internet che, in seguito a specifici controlli, fosse sospettato di possibile attività illecita (stante la quantità ed il tipo di dati scaricati). In quest'ultimo caso, l'utente avrebbe potuto ricevere, direttamente dal fornitore di accesso alla rete, due messaggi di posta elettronica recanti la richiesta di interrompere le attività sospette. Nel caso di mancata osservanza di tale richiamo, l'*Hadopi* avrebbe potuto irrogare una speciale sanzione consistente nella sospensione da due mesi ad un anno dell'accesso ad internet⁽³⁶⁾.

Il provvedimento del *Conseil constitutionnel* invita a riflettere sull'importanza e il ruolo che le nuove tecnologie possono assumere nello sviluppo della democrazia elettronica riportando alla ribalta il tema delle forme di controllo e censura delle informazioni digitali e quindi la salvaguardia della supremazia del diritto e delle connesse libertà. Il *Conseil* si è, infatti, dapprima interrogato sulla natura dell'accesso ad Internet e poi ha esaminato il

⁽³⁵⁾ Cfr. A. GAUTRON, La "réponse graduée" (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel., cit., p. 66.

⁽³⁶⁾ Così art. 5 (*Sous-section* 3), , Loi n. 2009-669 du 12 juin 2009, cit. "La suspension de l'accès au service pour une durée de deux mois à un an assortie de l'impossibilité, pour l'abonné, de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur l'accès à un service de communication au public en ligne auprès de tout opérateur".

meccanismo sanzionatorio introdotto dal provvedimento normativo valutandone il rispetto di diritti e libertà fondamentali, quali la presunzione di innocenza, la separazione dei poteri, il diritto di difesa, il diritto ad un equo processo, il rispetto del principio del contraddittorio, nonché il necessario compromesso tra diritto d'autore e libertà di espressione e comunicazione.

Il primo aspetto critico riguarda il ruolo dell'autorità amministrativa. In particolare, occorre considerare il rapporto tra l'attività dell'*Hadopi* e le libertà costituzionali. In altre parole ci si è chiesto se fosse possibile evitare le compressioni di altre situazioni costituzionalmente tutelate derivanti dall'ampiezza dei poteri attribuiti all'autorità⁽³⁷⁾. La questione, come è evidente, sottende altresì un problema di *due process*, declinata sia sul piano processuale sia su quello più strettamente amministrativo: gli organi amministrativi possono imporre direttamente sanzioni, come l'interruzione del collegamento ad internet, sulla base di violazioni tecnicamente evidenti, ma senza il rispetto di vincoli procedurali nell'adottare il provvedimento sanzionatorio? Nell'ordinamento giuridico francese, così come in quello italiano, il sistema di tutela delle libertà fa spesso perno su riserve costituzionali di legge e giurisdizione, ovvero sulla sottoposizione dell'azione amministrativa — nelle aree non coperte dalla riserva di giurisdizione — ai vincoli del principio di legalità⁽³⁸⁾. Pertanto, le decisioni sulla limitazione delle libertà fondamentali vengono tradizionalmente attribuite all'autorità giudiziaria e sottratte all'autorità amministrativa. La giurisprudenza costituzionale francese, inoltre, ha riconosciuto una riserva di giurisdizione anche per la tutela del diritto di proprietà (decisione n. 89-256 DC del 25 luglio 1989, Rec. p. 53) di cui il diritto d'autore rappresenta la variante intangibile.

In virtù di tale competenza, il *Conseil* ha ritenuto che i poteri attribuiti all'*Hadopi*, allo scopo di proteggere i diritti di proprietà intellettuale, non potevano essere esercitati da un'autorità amministrativa⁽³⁹⁾.

Un altro aspetto problematico sollevato dalla Corte si riferisce ad un presunto diritto all'accesso alle reti informatiche.⁽⁴⁰⁾ Il ragionamento

⁽³⁷⁾ Cfr. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 70.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 61.

⁽³⁹⁾ Cfr. Note sous décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009 (27), p. 105.

⁽⁴⁰⁾ Sul possibile rilievo costituzionale del diritto di accesso alla rete si veda P. COSTANZO, voce *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. IV (Disc. Pubbl.)*, vol. XVIII, Torino, 2000, p. 353. Sul punto si veda anche P. PASSAGLIA, *L'accesso ad internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. "legge anti file-sharing")*, cit.; A. MANTELERO, *Diritto d'accesso alle reti informatiche e tutela del diritto d'autore in Europa dopo la pronuncia del Conseil Constitutionnel sulla legge Hadopi*, cit.

della Corte muove da un richiamo all'articolo 11 della Dichiarazioni Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789. Secondo la lettera di tale articolo "La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei più preziosi diritti dell'uomo. Ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi contemplati dalla legge". Considerata e valutata la rilevanza assunta dai mezzi di comunicazione, i giudici hanno convenuto che, allo stato attuale dei media, e data la diffusione dei servizi di comunicazione al pubblico online, oltre che la crescente importanza di tali strumenti per la partecipazione alla vita democratica e di espressione di idee e opinioni, questo diritto include anche la libertà di accedere a tali servizi (§ 12)⁽⁴¹⁾. In altri termini, e come già osservato, i giudici hanno ritenuto che una delle manifestazioni di questa suprema libertà dell'individuo passi anche per la possibilità di accedere ad internet. La legge oggetto del giudizio, nel prevedere la disconnessione dalla rete senza una previa pronuncia giurisdizionale si porrebbe quindi in conflitto con l'articolo 11 della Dichiarazione del 1789. Sebbene la Corte non abbia ritenuto che l'accesso ad Internet sia da considerarsi un diritto fondamentale in sé, la libertà di comunicazione — la quale beneficia di una "natura" particolare — merita sicuramente una protezione rinforzata soprattutto nel peculiare ambito della comunicazione attraverso Internet, perché suscettibile di riguardare veramente "ogni individuo"⁽⁴²⁾. Il Consiglio costituzionale, applicando la propria giurisprudenza in materia di controllo di proporzionalità (inaugurata dalla decisione n° 2008-562 DC del 21 febbraio 2008), stabilisce che la libertà di comunicazione, applicata al diritto di accedere ai servizi di comunicazione al pubblico, riveste un'importanza particolare, e dunque le limitazioni imposte attraverso il potere sanzionatorio devono essere specificamente delimitate. La portata della decisione, su questo punto, consiste dunque nell'affermare che, "en l'état, les atteintes à la liberté d'accéder à Internet s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789"⁽⁴³⁾. L'accesso a tale strumento di comunicazione è infatti diventato, per milioni di cittadini, parte integrante e condizione di esercizio di numerosi diritti e libertà di valore costituzionale. Inibire l'accesso a tale fonte d'informazioni costituirebbe una sanzione sproporzionata nella misura in cui avrebbe un'incidenza grave

⁽⁴¹⁾ Cfr. Dec. Conseil const. N. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, consid. n. 12. Si veda sul punto M. VERPEAUX, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel*, in *Sem. jur. éd. gén.*, 2009 (39), p. 50.

⁽⁴²⁾ Così M. VERPEAUX, *La liberté de communication avant tout*, cit.

⁽⁴³⁾ Così, Note sous décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, cit.

e diretta sull'esercizio di tali diritti⁽⁴⁴⁾. Internet, infatti, a differenza di tutti gli altri mezzi di comunicazione, permette l'esercizio della libertà di comunicazione non solo in dimensione passiva bensì anche in dimensione attiva perché l'utente può al contempo, essere utilizzatore e fornitore di notizie⁽⁴⁵⁾. In definitiva, l'effetto del provvedimento francese, originariamente pensato per introdurre nuove forme di controllo sull'informazione *online* a tutela di specifici interessi economici, sembra aver avuto l'inaspettato risultato di consacrare, nell'era dell'accesso, una "libertà della comunicazione" comprendente anche il diritto di accedere al mezzo trasmissivo⁽⁴⁶⁾.

Il *Conseil constitutionnel* ha inoltre rilevato come nel caso di specie emerga un conflitto proprio tra due diritti fondamentali: la libertà di espressione, di cui Internet è un importante veicolo, e la proprietà, di cui il diritto d'autore rappresenta, come già detto, la variante intangibile. Di fronte a tale conflitto, il legislatore ha di certo un potere discrezionale: "Il principio della separazione dei poteri, come tutti i principi e regole di rango costituzionale, non è di ostacolo a che un'autorità amministrativa, nell'ambito delle prerogative di pubblico potere, possa esercitare una potestà sanzionatoria limitatamente all'adempimento della sua attività" (cfr. § 14)⁽⁴⁷⁾. Ma tale potere non è assoluto. Bensì deve essere esercitato in combinato con misure normative coerenti con la tutela dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite come il principio di legalità o il diritto di difesa (cfr. §14)⁽⁴⁸⁾. Il

⁽⁴⁴⁾ A questo riguardo, il Parlamento europeo ha avuto recentemente l'opportunità di affermare che il diritto di accesso ad internet costituisce altresì una garanzia dell'accesso di tutti i cittadini all'educazione. La Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet precisa che il fatto di assicurare, a tutti i cittadini, l'accesso a Internet equivale ad assicurare che tutti i cittadini abbiano accesso alla formazione e che, anche per questo motivo, tale accesso non dovrebbe essere rifiutato come sanzione dai governi o dalle società private. Cfr. Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su internet (2008/2160(INI)).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Art. 21, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 186. Sul punto si veda anche A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet: tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit., p. 192.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M. CUNIBERTI, *La libertà della comunicazione nello scenario della convergenza*, in M. CUNIBERTI (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008, p. 6 e ss. Sul diritto di accesso alla rete internet si veda anche P. Costanzo, voce *Internet (diritto pubblico)*, cit., p. 353. L'A. osserva come il diritto di accedere alla rete telecomunicativa possa essere concepito come una sorta di "diritto-madre" rispetto a quello eventualmente da riconoscersi in ordine alla connessione ad internet.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Dec. Conseil const. N. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, consid. n. 14.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*.

Conseil subito ribadisce, infatti, che la libertà d'espressione e di comunicazione "est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés" (cfr. §15).⁽⁴⁹⁾ In altre parole, non è in discussione il principio di una sanzione amministrativa bensì quello di conciliare la libertà d'espressione con il diritto di proprietà: il legislatore deve pertanto tener in conto che la libertà d'espressione e comunicazione è una precondizione della democrazia essendo funzionale al rispetto degli altri diritti⁽⁵⁰⁾. Proprio per questo le limitazioni al suo esercizio devono essere necessarie, opportune e proporzionate allo scopo perseguito⁽⁵¹⁾.

Il potere sanzionatorio imposto dalle disposizioni impugnate avrebbe invece autorizzato un'autorità amministrativa, e non un tribunale, a limitare o impedire l'accesso a internet ai titolari di abbonamento. Inoltre, la competenza riconosciuta a tale autorità amministrativa non sarebbe stata limitata ad una categoria particolare di persone, ma si sarebbe estesa alla totalità della popolazione. I suoi poteri avrebbero potuto condurre a restringere l'esercizio del diritto di ogni persona ad esprimersi e a comunicare liberamente (in particolarmente dal proprio domicilio). In tali condizioni, considerata la natura della libertà garantita dall'articolo 11 della Dichiarazione di 1789, il legislatore non poteva, qualunque fossero le garanzie che delimitano l'applicazione delle sanzioni, affidare tali poteri ad un'autorità amministrativa con lo scopo di proteggere i diritti dei titolari del diritto d'autore⁽⁵²⁾.

Per superare tali censure, il Governo francese ha dovuto predisporre un nuovo testo (c.d. *Hadopi 2*) che, recependo i rilievi della Corte, delega il potere sanzionatorio all'autorità giudiziaria⁽⁵³⁾. La nuova legge, oltre a trasformare la pirateria digitale da illecito amministrativo a illecito penale⁽⁵⁴⁾, prevede un sistema di controllo suddiviso in tre fasi: gli utenti sospettati di *download* illegale di contenuti digitali protetti vengono dapprima avvisati via posta elettronica, una seconda volta attraverso una tradizionale raccomandata e al terzo richiamo vengono invitati a comparire davanti a un giudice, che può

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Dec. Conseil const. N. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, consid. n. 15.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Decisione del *Conseil constitutionnel* n. 84-181 DC dell'11 ottobre 1984, in *Journal officiel* del 13 ottobre 1984, p. 3200.

⁽⁵¹⁾ Cfr. L. BOUBEKEUR, *De la "loi HADOPI" à la "loi HADOPI 2". Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences*, cit., p. 109.

⁽⁵²⁾ Cfr. P. PASSAGLIA, *L'accesso ad internet è un diritto*, cit.

⁽⁵³⁾ Per un esame critico al riguardo cfr. D. ROUSSEAU, *Hado-pirate la Constitution*, cit., p. 105. L'A. osserva come "en basculant le pouvoir de sanction d'une autorité administrative à un juge, le Parlement respecte, formellement, la décision du Conseil; mais, matériellement, il la trahit".

⁽⁵⁴⁾ Cfr. art. 2, Loi n. 2009-1311 del 28 ottobre 2009 *relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, in *Journal Officiel* del 29 ottobre 2009, p. 18290.

decidere se applicare una pena pecuniaria oppure la disconnessione forzata da Internet. In tutti questi casi, a ricevere le comunicazioni non è chi ha commesso il reato, ma il titolare dell'abbonamento di connessione alla rete. Pertanto, a differenza della prima versione della legge, l'Autorità non potrà disconnettere un abbonato senza il preventivo pronunciamento di un giudice. Nel nuovo testo è inoltre previsto che per infliggere la sanzione della sospensione dell'accesso a internet (che da sanzione amministrativa diventa pena complementare)⁽⁵⁵⁾ il giudice deve considerare le circostanze e la gravità dell'infrazione così come la personalità del suo autore e, in particolare, la sua condizione professionale o sociale, nonché la sua situazione socio-economica. La durata della pena irrogata deve altresì contemperare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale ed il rispetto del diritto di esprimersi e comunicare liberamente, specie se ciò avviene dal proprio domicilio⁽⁵⁶⁾.

Il provvedimento normativo francese aggiunge quindi un significativo tassello al complesso e vivace dibattito internazionale sulla regolamentazione dell'informazione *online*. In particolare, esso si inserisce nel novero di quelle pronunce che si sono occupate del difficile contemperamento tra libertà di espressione, diritti costituzionalmente garantiti e tutela del diritto d'autore nel contesto digitale.

6. Comunicazione, tecnologia e comportamenti di consumo

Nelle pagine che seguono, illustreremo un ulteriore e famoso caso giurisprudenziale statunitense in tema di regolamentazione e controllo delle comunicazioni digitali. Si tratta di un episodio svoltosi in epoca tecnologicamente molto diversa dall'attuale, ma che ha profondamente coinvolto, a livello globale, la dottrina e la giurisprudenza successiva. Ci riferiamo, infatti, alla celebre causa riguardante l'aggiramento del sistema di cifratura dei DVD (il CSS o *Content Scrambling System*). Attraverso quest'ulteriore percorso a ritroso nella giurisprudenza, intendiamo osservare in concreto come la regolazione giuridica di temi tecnologici sia un'opera assai delicata perché inevitabilmente finisce per mettere in tensione diritti fondamentali o antitetici che vi si interconnettono. In tali situazioni, emerge il fondamentale ruolo suppletivo delle Corti, chiamate sempre più spesso (anche in sistemi di *civil law*) ad intervenire proprio quando talune materie non sono regolate (o non lo sono in modo opportuno) da provvedimenti normativi.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 7 Loi n. 2009-1311 del 28 ottobre 2009 *relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cit.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. art. 9, Loi n. 2009-1311 del 28 ottobre 2009 *relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cit.

6.1. Il caso “Content Scrambling System”

All'inizio degli anni novanta l'industria cinematografica cominciò ad esplorare l'applicazione di sistemi di protezione da applicare sui propri prodotti. In particolare, tale esigenza emerse in contemporanea alla diffusione e distribuzione di contenuti in formato digitale su DVD, un disco che può essere letto e visualizzato attraverso appositi dispositivi (*DVD player*) o personal computer.⁽⁵⁷⁾ Tali contenuti, ovvero i *file* inclusi in ogni singolo supporto digitale, iniziarono ad essere protetti da un sistema di crittazione, conosciuto con il nome di *Content Scrambling System* (Sistema di Cifratura del Contenuto o “CSS”).⁽⁵⁸⁾ Tale misura tecnologica di protezione aveva la funzione di tutelare i contenuti video, sottraendoli non solo dal rischio di copie non autorizzate, ma anche dalla visione senza un opportuno sistema di decodifica (hardware o software) in grado di riconoscere l'apposita chiave di decrittazione⁽⁵⁹⁾. La maggior parte dei DVD in commercio possono perciò avere al loro interno delle informazioni che identificano univocamente il continente (o una “regione” del mondo) nel quale i DVD verranno commercializzati⁽⁶⁰⁾. I dispositivi di lettura, a loro volta, sono in grado di leggere i soli DVD della regione nella quale sono distribuiti, in quanto possiedono l'appropriato algoritmo che ne permette la decodifica.

Il problema si pose quando, nel settembre del 1999, un ragazzo norvegese di nome Jon Johansen realizzò un programma, conosciuto come DeCSS, in grado di violare l'algoritmo di crittografia CSS e quindi di “sproteggere” un DVD e copiarne il contenuto. La giustificazione di tale “violazione” scaturiva essenzialmente dal fatto che per l'ambiente Linux non esisteva alcun *DVD*

⁽⁵⁷⁾ Di fatto i lettori di DVD sono l'equivalente funzionale dei Video Tape Recorders (i.e. videoregistratori). Si veda in tal senso quanto deciso nella storica sentenza *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 310.

⁽⁵⁸⁾ Sul caso DeCSS si veda anche W. W. FISHER III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford, 2004, p. 87-98; . Cfr. E. L. LAMOUREX, S. L. BARON, C. STEWART, *Intellectual Property Law and Interactive Media: Free for a Fee*, New York, 2009, p. 61 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Sullo sviluppo della tecnologia Content Scrambling System si veda *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d p. 308.

⁽⁶⁰⁾ La DVD Content Control Association [<http://www.dvdcca.org/>] sosteneva che tale codifica regionale fosse stata messa a punto per impedire che qualcuno possa ad esempio comprare un DVD negli U.S.A. tramite internet e vederlo in Italia prima che questo sia uscito nelle sale cinematografiche (insieme all'ulteriore pericolo di una distribuzione illegale addirittura anticipata). La codificazione regionale dei DVD permetterebbe infatti ad una pellicola di essere diffusa su DVD in una regione anche se ancora in programmazione nelle sale di un'altra regione perché la codificazione regionale assicura che non interferirà con la programmazione cinematografica. Senza codificazione regionale, tutti i fruitori “domestici” dovrebbero attendere fino al momento in cui la pellicola non abbia completato la relativa distribuzione nelle sale di tutto il mondo prima di avere a disposizione il relativo DVD.

player e quindi gli utenti non potevano fruire di questo nuovo standard emergente benché avessero legittimamente acquistato i contenuti: il DVD era infatti programmato per funzionare solo su piattaforme Windows e l'unico mezzo per consultarne il contenuto, su un sistema operativo diverso, era quello di aggirare il codice crittografico. Tuttavia Johansen non si era limitato a ciò ma, pubblicando sul proprio sito i sorgenti del programma (come è prassi per tutto il software *open source*), aveva reso disponibile al mondo intero il suo metodo di decodifica rendendo quindi possibile a chiunque l'estrazione, la riproduzione, la compressione e la redistribuzione dei *file* contenuti nei DVD⁽⁶¹⁾.

In seguito, tali informazioni furono riprese dalla rivista on-line *2600: The Hacker Quarterly*⁽⁶²⁾ edita da Eric Corley, poi convenuto nel giudizio *Universal City Studios v. Reimerdes*⁽⁶³⁾. Da questo sito i visitatori erano in grado di fare direttamente il *download* del software o potevano essere invitati a farlo attraverso altri siti i cui *links* erano pubblicati in liste sulla stessa rivista⁽⁶⁴⁾. Nell'ottobre del 1999 la *Motion Picture Association of America* (MPAA) incominciò ad accorgersi della diffusione tramite internet del software in grado di aggirare la misura tecnologica di protezione dei propri DVD e cercò di porvi rimedio invitando a mettere fine all'attività di pubblicazione. Poiché il sito *2600.com* non aderiva alle richieste, la MPAA, nel gennaio del 2000, intentò una causa contro l'editore Eric Corley al fine di costringere *2600.com* a cessare non solo l'attività di divulgazione (*posting*) ma anche la cosiddetta *electronic civil disobedience*, ovvero il *linking* ad altri siti web che mettevano in rete la tecnologia DeCSS⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ Attraverso un'attività di *posting*, che significa "affiggere" cioè mettere un testo dove può essere letto pubblicamente (il termine è comunemente usato anche per indicare l'affissione di un articolo in una bacheca elettronica e talvolta ne nasce il neologismo italiano "postare").

⁽⁶²⁾ <<http://www.2600.com>>.

⁽⁶³⁾ *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d, 308-309. Davanti alle Corti statunitensi sono stati in discussione almeno tre casi che coinvolgevano questioni inerenti il DeCSS: il primo è il citato caso *Universal City Studios v. Reimerdes* (confermato in appello di fronte alla Court of Appeals for the Second Circuit N.Y.), il secondo è il caso californiano *DVD Copy Control Assoc. v. McLaughlin*, Case No. CV 786804 (dove la DVD Copy Control Association ha denunciato 72 persone accusandole di appropriazione indebita dei segreti commerciali relativi al CSS e diffusione ostinata dello stesso attraverso l'attività di *linking*) ed infine, il meno conosciuto *Universal City Studios, Inc. v. Hughes*, Case No. 300CV72 RNC (un caso sempre basato sulla presunta violazione del titolo 17 U.S.C. § 1201).

⁽⁶⁴⁾ *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d, 311-312 "....defendants' web site began to offer DeCSS for download. It established also a list of links to several web sites that purportedly "mirrored" or offered DeCSS for download".

⁽⁶⁵⁾ La causa iniziale era stata intentata contro Eric Corley, Shawn Reimerders e Roman Kazan che successivamente hanno preso parte agli accordi con i querelanti.

Nel caso *Reimerdes* la MPAA ha sostenuto che l'attività di *posting* e *linking* del codice DeCSS da parte del convenuto 2600.com violava il paragrafo 1201(a)(2) del *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA)⁽⁶⁶⁾, ovvero proprio la previsione normativa posta a tutela dell'aggiramento delle misure tecnologiche di protezione (*anti-circumvention provision*) del *copyright*.

I convenuti avevano di contro sostenuto che le attività di *linking* e *posting*, aventi ad oggetto il codice DeCSS, rientravano nella definizione di *fair use* prevista dal *Copyright Act*⁽⁶⁷⁾. Essi inoltre ipotizzarono una violazione del Primo emendamento, sostenendo che il DMCA violava la libertà d'espressione se applicato ai programmi per computer ed ai loro codici.

Ciò che a noi qui più interessa è proprio il tentativo di difesa da parte dei convenuti attraverso il ricorso al Primo emendamento della costituzione americana⁽⁶⁸⁾, sostenendo che il divulgare il codice sorgente alla base di un programma, (ovvero la forma nella quale il DeCSS esiste), costituisce libertà di espressione ("code is speech") e dunque non limitabile dalla legge ovvero dal DMCA. La limitazione della libertà d'espressione può infatti intervenire non solo sul contenuto ma anche sul mezzo usato per veicolare il contenuto ed avere lo stesso effetto limitativo della libertà d'espressione operata direttamente sul contenuto.

La Corte ha invece sostenuto che le regolamentazioni sul codice sono necessarie perché "the Constitution ... is a framework for building a just and democratic society ... not a suicide pact". Il Congresso dunque possiede il potere di stabilire norme *content-neutral* che producono effetti sull'espressione, come il codice di un programma. Perciò il DMCA, applicato alle attività di *linking* e *posting* del DeCSS, non contravviene il Primo emendamento. Il Primo emendamento proibisce infatti al congresso di creare leggi "abridging the freedom of speech."

In effetti è stato osservato come la legislazione sul *copyright* possa interferire con determinati generi di espressione: essa, per esempio, impedisce il "publicity performing" o il "reproducing", senza permesso, di materiale sottoposto a diritto d'autore. In altre parole molti dei modi in

⁽⁶⁶⁾ 17 U.S.C. § 1201 (2000). Si tratta esattamente della violazione del titolo 17 U.S.C. § 1201 (a)(2). Il titolo 17 U.S.C. 1201, introdotto dal DMCA, stabilisce delle sanzioni penali per l'aggiramento di una tecnologia che "effectively controls access" a materiale protetto da copyright, come pure il la fabbricazione o la messa a disposizione dei dispositivi pubblici finalizzati ad aggirare i meccanismi di controllo dell'accesso.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 321-322.

⁽⁶⁸⁾ U.S. Const. amend. I: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances".

cui è possibile esprimere il proprio pensiero sono stati dichiarati illegali dal Congresso⁽⁶⁹⁾.

È dunque lecito affermare che la legge sul *copyright* nel suo complesso, o alcune sue specifiche applicazioni, debbano essere ritenute incostituzionali? Le Corti statunitensi che si sono dovute confrontare con questa domanda hanno invariabilmente risposto in senso negativo.

Due giustificazioni sono comunemente offerte a sostegno della compatibilità tra *copyright* e *freedom of speech*.

In primis, l'articolo 1, ottava sezione, clausola 8 della Costituzione americana⁽⁷⁰⁾ autorizza esplicitamente il Congresso a promuovere il progresso della scienza e delle arti "utili" assicurando, per periodi limitati, agli autori ed agli inventori il diritto esclusivo sui loro rispettivi scritti o scoperte. Su tale argomento non vi è tuttavia alcuna indicazione relativa a possibilità di limitare o rendere nulla questa espressa potestà legislativa.

In secondo luogo, le regole giurisprudenziali in materia di diritto d'autore operano in modo tale da assicurare che questo non interferisca eccessivamente con la capacità delle persone di esprimersi liberamente. Nello specifico, il principio secondo cui soltanto il modo particolare in cui un'opinione o un pensiero è espresso possa essere protetto da *copyright* e non il pensiero in sè, garantisce che gli individui siano in grado di esprimere concetti, fatti o argomenti senza alcuna limitazione. Ancora di più, il principio del *fair use*, ovvero l'uso consentito che può essere garantito dalle Corti caso per caso⁽⁷¹⁾, fornisce un porto sicuro a chi

⁽⁶⁹⁾ Così J. BOYLE, *The First Amendment and Cyberspace: The Clinton Years*, 63 *Law & Contemp. Probs.* 337 (2000).

⁽⁷⁰⁾ U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8, "The Congress shall have Power to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries"

⁽⁷¹⁾ Nel sistema statunitense, le eccezioni legate al *fair use* rappresentano la più importante deroga concessa agli utilizzatori di beni sottoposti alla privativa del diritto d'autore. In altre legislazioni di tradizione anglosassone è invece si parla di *fair dealing*, più orientato agli usi didattici. In particolare, il *fair use* gioca talvolta un'intricato ruolo in relazione al rapporto tra *copyright* e libertà di espressione. Sul rapporto tra *copyright* e *freedom of expression*, si veda F. ABRAMS, *First Amendment and Copyright*, 35 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 1 (1987); R. C. DENICOLA, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, 67 *Cal. L. Rev.* 283 (1979); P. GOLDSTEIN, *Copyright and the First Amendment*, 70 *Colum. L. Rev.* 983, 1011-15 (1970); L. SOBEL, *Copyright and the First Amendment: A Gathering Storm?*, 19 *Copyright L. Symp. (ASCAP)* 43 (1971), citato in *Harper & Row, Publishers v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 559 (1985). Per una prospettiva europea si veda P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in DREYFUSS, ZIMMERMAN, FIRST (a cura di) *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, 2001, p. 343. L'eccezione di *fair use* è codificata al titolo 17 U.S.C. § 107 (2000). In Europa, dove le funzioni del diritto

voglia utilizzare materiale sottoposto a *copyright* per usi scientifici o didattici⁽⁷²⁾. Queste considerazioni hanno condotto le Corti statunitensi ad aggirare di fatto ogni sfida costituzionale all'applicazione della legislazione sul *copyright*.

Rigettata anche quest'ultima difesa, la decisione finale della Corte è stata quella di ordinare ai convenuti di rimuovere il programma dai loro server e disabilitare tutti i collegamenti ipertestuali ad altri siti web dove copie del programma erano ancora disponibili⁽⁷³⁾.

In relazione al controverso rapporto tra *copyright* e libertà d'espressione, merita segnalare come quasi contestualmente alla causa *Universal City Studios v. Reimerdes*, la Corte d'appello dello Stato della California, 6°

d'autore sembrano essere sempre più vicine al concetto di ricompensa per il proprio lavoro piuttosto che ad un vera e propria operazione commerciale, la Convenzione di Berna del 1886 rappresenta una sorta di pietra miliare del moderno assetto della proprietà intellettuale. Rendendo automatico il diritto d'autore e riconoscendo l'esistenza di diritti morali, la Convenzione ha aperto la strada per la concessione ai titolari dei diritti di un servizio di gran lunga migliore rispetto a quello offerto al pubblico degli utenti. All'interno della tradizione di *common law*, che era in quei tempi ancora riluttante a criticare la "sfera pubblica", l'esempio più eclatante di questa nuova tendenza è stata offerto dallo scrittore americano Mark Twain, il quale si rivelò come uno dei più feroci sostenitori della tutela di un diritto d'autore più forte possibile. Spinto dall'indebita appropriazione subita all'estero dalle sue opere, e sprezzante degli interessi degli altri soggetti, Twain lottò tenacemente per il riconoscimento della protezione perpetua del diritto d'autore, diventando uno dei più inquieti sostenitori degli argomenti proprietari. Cfr. P. MARRET, *Information Law in Practice*, Aldershot, 2002, p. 146-502); VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs*, cit., pp. 57 e 71.

⁽⁷²⁾ Il *fair use* non è considerabile come un vero e proprio diritto bensì una sorta di difesa o di immunità dalla responsabilità per violazione del diritto d'autore. È essenzialmente una valvola di sicurezza di fronte ai limiti imposti dal *copyright* ed è riconosciuta, in un modo o nell'altro, da tutti i più moderni sistemi di diritto d'autore. Cfr. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 590 (1994); 3 M. B. NIMMER, D. NIMMER, *Nimmer on Copyright: A Treatise on the Law of Literary, Musical and Artistic Property, and the Protection of Ideas*, New York, 2003, 13-155 sino a 13-156 (2003). Mentre i paesi di *common law* normalmente riconoscono una difesa generale dai limiti imposti dal *copyright*, i sistemi di *civil law* forniscono in genere un rigoroso elenco di eccezioni, anche se al momento non ci sono sistemi puri, ovvero che aderiscono strettamente ad uno dei due modelli. Sul punto si veda L. M.C.R. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, The Hague, 2002, p. 19. Nel sistema statunitense esiste una stretta relazione tra il *fair use* ed il principio costituzionale di *free speech*. Sull'argomento N. W. NETANEL, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 *Stan. L. Rev.* 1, 24 (2001); L. R. PATTERSON, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 *Vand. L. Rev.* 1 (1987); H. N. ROSENFELD, *The Constitutional Dimensions of "Fair Use" in Copyright Law*, 50 *Notre Dame L. Rev.* 790 (1975). Per una prospettiva europea, cfr. HUGENHOLTZ, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, cit., p. 343.

⁽⁷³⁾ *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294.

distretto, in un caso scaturente dalla causa intentata dalla DVD Copy Control Association⁽⁷⁴⁾ (licenziataria della tecnologia CSS) contro McLaughlin ed altri, avesse modificato la *preliminary injunction*⁽⁷⁵⁾ a favore dell'appellante Andrew Bunner, proprio sulla base del Primo Emendamento⁽⁷⁶⁾. Il fatto faceva parte di quelle denunce presentate sistematicamente alla Corte Californiana dalla *DVD Copy Control Association* contro decine di persone accusate di incoraggiare la pirateria poiché colpevoli di aver pubblicato su internet il programma DeCSS o semplicemente il codice sorgente dello stesso.

La difesa di Andrew Bunner era stata incentrata sull'assunto che il testo del DeCSS, ovvero il codice non compilato (e quindi non eseguibile), dovesse essere considerato opera di libera espressione, a prescindere dall'uso che una volta "attivato" qualcuno avrebbe potuto farne. In base a tale considerazione, impedire ad un sito di pubblicarlo avrebbe rappresentato una palese violazione del primo emendamento del *Bill of Rights*. I giudici del tribunale d'appello avevano dunque stabilito che, allo stesso modo del software di cifratura dei contenuti (CSS), il DeCSS fosse un testo composto di codice sorgente informatico che descriveva un metodo alternativo per decrittare DVD cifrati con il *Content Scrambling System*. Dunque, a prescindere da chi avesse scritto il programma, il DeCSS doveva essere considerato un'espressione scritta delle idee e delle informazioni dell'autore circa la decrittazione dei DVD senza CSS. Perciò se il codice sorgente fosse compilato, e quindi attivato e fatto funzionare, allora sì la risultante composizione di zeri e di uno non sarebbe stata pensata per comunicare pensieri o idee⁽⁷⁷⁾. La Corte, in

⁽⁷⁴⁾ La DVD CCA si definisce "a not-for-profit corporation with responsibility for licensing CSS (Content Scramble System) to manufacturers of DVD hardware, discs and related products. Licensees include the owners and manufacturers of the content of DVD discs; creators of encryption engines, hardware and software decrypters; and manufacturers of DVD Players and DVD-ROM drives". Cfr. <<http://www.dvcca.org>>.

⁽⁷⁵⁾ Così è detta negli Stati Uniti la decisione diretta a preservare lo status quo fino alla decisione della causa di merito.

⁽⁷⁶⁾ Alcuni autori hanno osservato come di fronte all'espansione dei diritti d'autore una delle barriere che si è cercato di alzare sia stata proprio quella della libertà di espressione, sia nella sua accezione attiva, ovvero libertà di esprimere la propria opinione, sia nel suo significato passivo, cioè libertà di accesso alle espressioni altrui. Sul punto si rimanda a ZENCOVICH, *Diritto d'Autore e Libertà di Espressione: Una Relazione Ambigua*, cit. p. 151. L'A. osserva che tale tendenza, che si è manifestata principalmente proprio negli Stati Uniti, rappresenta una naturale reazione a quello che viene avvertito come inaccettabile privilegio di alcune imprese che limitano con le loro azioni le libertà individuali.

⁽⁷⁷⁾ "Like the CSS decryption software, DeCSS is a writing composed of computer source code which describes an alternative method of decrypting CSS-encrypted DVDs. Regardless of who authored the program, DeCSS is a written expression of the author's ideas and information about decryption of DVDs without CSS. If the source

questo caso, concluse affermando che “the source code is capable of such compilation, however, does not destroy the expressive nature of the source code itself. Thus, we conclude that the trial court’s preliminary injunction barring Bunner from disclosing DeCSS can fairly be characterized as a prohibition of pure speech”⁽⁷⁸⁾. La sentenza cancellava pertanto la *preliminary injunction* e ordinava il rimborso dei costi del ricorso in appello per Andrew Bunner. Nel 2003 la Corte Suprema della California ha definitivamente sancito che l’attività di *posting* del codice DeCSS è qualificata come “protected speech”.

Malgrado tale significativo orientamento il caso *Universal City Studios v. Reimerdes* si è concluso nel 2001 con la sentenza della Corte d’appello di N.Y. che ha deciso all’unanimità di confermare la decisione del giudice di primo grado, sostenendo che il DeCSS consente all’utente di copiare film in formato digitale e trasmetterli istantaneamente in quantità potenzialmente infinite, di fatto riducendo le vendite dei produttori cinematografici⁽⁷⁹⁾.

Anche da questo breve *excursus* giurisprudenziale, possiamo evincere l’esistenza di uno stretto rapporto fra protezione del diritto d’autore e libertà di espressione, un rapporto caratterizzato da un complesso contemperamento dei diversi e spesso configgenti interessi. Si tratta, infatti, di una questione in continua evoluzione resa ancora più complicata dalle mutevoli condizioni di accesso all’informazione nel contesto digitale⁽⁸⁰⁾.

7. Conclusione: la difficile regolazione dell’informazione nell’economia della conoscenza

Come abbiamo avuto modo di evidenziare nei precedenti paragrafi, nell’attuale società della comunicazione, il bene informazione si rivela come un bene sempre più inaccessibile a chi ha diritto ad accedervi. Ciò è in parte dovuto al fatto che ai capitali materiali si sono sostituiti quelli immateriali (*knowledge economy*), acuendo la necessità di regole stringenti che governino

code were compiled to create object code, we would agree that the resulting composition of zeroes and ones would not convey ideas”. Cfr. *DVD Copy Control Assn. v. Bunner*, 93 Cal. App. 4th 648, 661 (6th Dist. 2001).

⁽⁷⁸⁾ “Tuttavia il fatto che il codice sorgente possa essere così compilato non cancella la natura di espressione del codice sorgente stesso. Dunque possiamo concludere che la *preliminary injunction* che ha impedito a Bunner di pubblicare il DeCSS possa essere ritenuta giustamente una proibizione della libertà d’espressione” (ns. traduzione).

⁽⁷⁹⁾ *Universal City Studios v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001). La sentenza che conferma il giudizio della Corte distrettuale contro gli imputati.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto si veda A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, cit. p. 202 e ss; M. CUNIBERTI, *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, cit.

produzione e circolazione dell'informazione. Di pari passo, produzione e circolazione della conoscenza diventano più dinamiche, proprio grazie alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione. È esattamente tale dinamismo a rappresentare il vero nodo della questione in quanto non è percepito da tutti come un bene. L'incontrollabile diffusione delle conoscenze si scontra infatti con i meccanismi di protezione di cui essa stessa è oggetto.

Da questa trasformazione della conoscenza e dell'informazione in capitale immateriale nasce un nuovo mercato delle conoscenze, un mercato dove il valore di scambio dei prodotti è essenzialmente legato alla capacità pratica di limitarne la libera diffusione. Il valore di scambio della conoscenza, infatti, risulta

interamente legato alla capacità pratica di limitarne la libera diffusione, ossia di limitare con mezzi giuridici (brevetti, diritti d'autore, licenze, contratti) o monopolistici la possibilità di copiare, imitare, "reinventare", apprendere dalle conoscenze altrui. Il valore della conoscenza, in altre parole, non è frutto della sua scarsità (naturale) ma unicamente delle limitazioni stabilite, istituzionalmente o di fatto, all'accesso, limitazioni che comunque riescono a frenare solo temporaneamente l'imitazione, la "reinvenzione" o l'apprendimento sostitutivo da parte di altri potenziali produttori. La scarsità della conoscenza, ciò che le dà valore, è dunque di natura artificiale, e deriva dalla capacità di questo o quel "potere" di limitarne temporaneamente la diffusione e di regolarne gli accessi⁽⁸¹⁾.

Ciò vale a dire che il valore della conoscenza non proviene dalla sua scarsità naturale, bensì dai limiti stabiliti, istituzionalmente o di fatto, per l'accesso alla conoscenza stessa. Scopo dell'economia della conoscenza è lo studio della conoscenza come bene economico. L'oggetto di ricerca di questa disciplina è perciò costituito "dalle proprietà di questo particolare bene economico che ne governano la produzione e la riproduzione, nonché le condizioni storiche ed istituzionali (come la tecnologia dell'informazione o i diritti di brevetto) che ne determinano il trattamento in un'economia decentrata"⁽⁸²⁾. Tuttavia, come è stato osservato, la riproduzione della conoscenza e quella dell'informazione sono fenomeni distinti: infatti mentre la prima (la conoscenza) avviene attraverso l'apprendimento, la seconda (l'informazione)

⁽⁸¹⁾ Così E. RULLANI, *Il Capitalismo Cognitivo: Del Deja-vu?*, in *Posse*, n. 2, gennaio. 2001. ID., *Le Capitalisme Cognitif: Du Dèjà vu?*, in *Multitudes*, n. 2, 2000, p. 90.

⁽⁸²⁾ D. FORAY, *L'Economia della Conoscenza*, cit. p. 13

si realizza con la riproduzione. Proprio da tale distinzione sorgono problemi giuridici diversi. Per quanto concerne la conoscenza il problema giuridico è legato alla riproduzione, mentre la riproduzione dell'informazione non porta rilevanti problemi in quanto il costo marginale della riproduzione è vicino allo zero⁽⁸³⁾. Al contrario, la questione principale posta dall'informazione è essenzialmente legata alle forme di tutela ed agli strumenti che ne promettono la diffusione⁽⁸⁴⁾.

In tale contesto, la Rete si presenta come lo strumento globale, universalmente accessibile, mediante il quale tutti i saperi, le informazioni e tutte le attività possono in teoria essere messe in comune. Quando però la conoscenza si trasforma in capitale immateriale, liquido e difficilmente contenibile, ecco che allora la dimensione immateriale inizia a porre dei problemi. *In primis*, quello relativo all'esercizio dei diritti di proprietà, in particolare per quel che riguarda il controllo sull'utilizzo di un'opera⁽⁸⁵⁾. Le evoluzioni più recenti nel campo multimediale rivelano tutta l'attualità del problema. Come osserva Dominique Foray, la Rete

offre la possibilità di accedere liberamente ai programmi culturali o musicali, di scaricarli e poi di copiarli su un supporto qualunque. I problemi non riguardano solo il diritto patrimoniale, ma anche il diritto morale: l'integrità dell'opera è minacciata quando [...] il lettore non scrive più sui margini, ma nel testo stesso, cosa che gli è consentita dal libro elettronico. Di fronte a queste minacce vi sono, da un lato, le risposte classiche date dalle grandi catene di distribuzione di prodotti multimediali: creare nuovi diritti di proprietà per proteggere la creazione intellettuale digitale. I nuovi diritti sulle banche dati, come quelli sulla protezione dell'informazione digitale fanno pendere la bilancia a favore della protezione privata⁽⁸⁶⁾.

Il sistema dei diritti di proprietà intellettuale è perciò sotto pressione soprattutto a causa delle delle turbolenze portate dalle tecnologie. Ne consegue un sistema fortemente orientato verso criteri che mettono al centro non più l'autore e l'opera frutto del suo ingegno, bensì il mero stimolo all'investimento ed alla commercializzazione su vasta scala di prodotti e

⁽⁸³⁾ È stato altresì notato che "il costo di produzione della conoscenza è molto incerto" e "radicalmente diverso dal costo della sua riproduzione. Una volta che la prima unità è stata prodotta, il costo necessario per riprodurre le altre unità tende a zero. In ogni caso, tale costo non ha niente a che vedere con il costo di produzione iniziale". Così E. RULLANI, *Le Capitalisme Cognitif: Du Dèjà vu?*, cit., pp. 87-94.

⁽⁸⁴⁾ D. FORAY, *L'Economia della Conoscenza*, cit. p. 18.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, p. 145.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*.

servizi legati all'informazione. Il controllo dell'accesso diviene perciò "la forma privilegiata di capitalizzazione delle ricchezze immateriali"⁽⁸⁷⁾. L'accesso ed i mezzi di accesso alla conoscenza sono ora il terreno cruciale su cui si gioca il conflitto che ha ad oggetto un vero e proprio spostamento di poteri⁽⁸⁸⁾. Come osservato da Yochai Benkler, il cambiamento causato dall'informazione in rete è stato assai penetrante perché ha cambiato il modo in cui "i mercati e le democrazie liberali si sono coevoluti". In particolare,

I cambiamenti avvenuti nelle tecnologie, nell'organizzazione economica e nelle pratiche sociali di produzione hanno creato nuove opportunità per la creazione e lo scambio di informazione, conoscenza e cultura. Questi cambiamenti hanno accresciuto il ruolo della produzione non commerciale e non proprietaria, sia per gli individui sia per gli sforzi cooperativi che agiscono all'interno di un ampio spettro di legami più o meno stretti di collaborazione. Le pratiche che ne sono emerse si sono affermate con notevole successo in vari settori, dallo sviluppo del software al giornalismo investigativo, dalle avanguardie artistiche ai videogiochi multiplayer on-line. Nel loro insieme, queste pratiche indicano che sta emergendo un nuovo ambiente dell'informazione, un ambiente nel quale gli individui assumono un ruolo più attivo di quello che avevano nell'economia dell'informazione industriale tipica del XX secolo. Questa nuova libertà porta con sé grandi promesse: in quanto fattore di ampliamento della libertà individuale; in quanto piattaforma per una democrazia più partecipata; come strumento per la crescita di una cultura più critica e autoriflessiva; e, in un'economia globale sempre più dipendente dall'informazione, come meccanismo di sviluppo umano ovunque nel mondo⁽⁸⁹⁾.

Contemporaneamente tale fenomeno, strettamente legato alle tecnologie digitali ed al mondo dei media, minaccia le industrie della *old economy* poiché gli strumenti necessari a produrre e diffondere informazione e conoscenza sono

⁽⁸⁷⁾ Cfr. A. GORZ, *L'immateriale: Conoscenza, Valore e Capitale*, cit, p. 26; J. RIFKIN, *L'Era dell'Accesso*, Milano, 2001, p. 1545 e ss. Gli autori segnalano come le moderne economie siano caratterizzate da un progressivo spostamento dalla vendita di beni verso la vendita dell'accesso a servizi resi da tali beni.

⁽⁸⁸⁾ Sul possibile rilievo costituzionale dell'accesso alla conoscenza e all'informazione vedi ZENCOVICH, *Diritto d'Autore e Libertà di Espressione: Una Relazione Ambigua*, p. 156. L'A. osserva come l'accesso alle informazioni rappresenti un aspetto essenziale del rapporto di cittadinanza perché "senza informazione non può esservi una partecipazione informata alle decisioni politiche, sociali, economiche o individuali.

⁽⁸⁹⁾ Y. BENKLER, *La Ricchezza della Rete: La Produzione Sociale Trasforma il Mercato e Aumenta la Libertà*, Milano, 2007, p. 1-2.

ora disponibili ad un numero molto più elevato di individui⁽⁹⁰⁾. Tale aumento dell'autonomia individuale, da una parte espande la libertà effettiva degli individui-utenti, offrendo nuove forme di espressione creativa, dall'altra, la nuova cultura dello scambio e della condivisione impatta sul muro dei diritti di proprietà intellettuale dietro al quale cerca invece di difendersi la "conoscenza proprietarizzata"⁽⁹¹⁾. In questo senso il mondo della comunicazione digitale, il suo nuovo ambiente comunicativo di rete e le regole imposte nel tentativo di modificarne le simmetrie di fondo, rappresentano un contesto privilegiato dove studiare, comprendere e risolvere un dilemma che, solo apparentemente, sembra interessare una platea ristretta di operatori e quindi essere di scarso interesse per il pubblico e la società civile. In realtà siamo di fronte a forze economiche e sociali che premono in direzioni opposte, cercando di correggere l'apparato legislativo a loro immagine e somiglianza.

La questione sottesa al disordine introdotto dalle tecnologie è epocale e ci riguarda tutti da molto vicino perché in gioco c'è la rinegoziazione delle condizioni di libertà, giustizia e progresso⁽⁹²⁾. Si tratta infatti di capire se sia tollerabile che "la produzione di informazione venga regolamentata in modo tale da costringerla all'interno di un modello industriale, schiacciando così il modello emergente di produzione individuale, radicalmente decentrata e non commerciale, con le sue promesse di progresso per la libertà e la giustizia".

L'industria dei contenuti si è infatti comportata come qualsiasi operatore economico al quale è concesso un privilegio predisponendosi a mantenere ed estendere il proprio *status* attraverso tenaci ed incisive azioni di condizionamento nei confronti delle Corti e dei legislatori⁽⁹³⁾. Lentamente ed inesorabilmente il diritto d'autore ha cominciato a smettere di essere "principalmente una forma di protezione giuridica di artisti ed interpreti ed è diventato, in maniera crescente, un privilegio di alcune imprese, comunemente definite industrie culturali"⁽⁹⁴⁾. Di fronte a tale espansione una delle

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽⁹¹⁾ Sulle conseguenze della deriva protezionistica si veda L. GILLE, *La Protezione della Proprietà Intellettuale, Fattore della Divisione Internazionale della Conoscenza*, in A. PILATI E A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della Conoscenza: Profili Teorici ed Evidenze Empiriche*, Bologna, 2005, p. 207, 267. Su come invece la politica di regolamentazione attuata nell'ambiente di rete digitale venga per lo più utilizzata per replicare l'attuale struttura dei mezzi di comunicazione di massa, in cui i cittadini sono consumatori passivi, si veda una delle prime voci critiche in Y. BENKLER, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, 52 *Fed. Comm. L.J.* 561, 567 (2000).

⁽⁹²⁾ Cfr. BENKLER, *La Ricchezza della Rete*, cit., p. 33 e ss.

⁽⁹³⁾ Così ZENCOVICH, *Diritto d'Autore e Libertà di Espressione: Una Relazione Ambigua*, cit. p. 151.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*.

barriere che si è cercato di alzare, più o meno efficacemente, è stata proprio quella della libertà di espressione, sia nella sua accezione attiva, ovvero libertà di esprimere la propria opinione, sia nel suo significato passivo, cioè libertà di accesso alle espressioni altrui⁽⁹⁵⁾.

ABSTRACT

The article addresses the issues related to the new forms of communication that emerged through the interactive capability of the Internet and the importance of the access to information as an inherent part of the freedom of expression. In particular it examines and comments on some of the latest U.S. and European legislative actions, which are representative of the troublesome relationship between law and the new forms of communication in our society.

L'articolo affronta le questioni concernenti le nuove forme di comunicazione rese possibili dalle potenzialità offerte dalle reti informatiche e l'importanza del libero accesso alle informazioni come parte integrante della libertà di espressione. In particolare esso analizza e commenta alcuni dei più recenti interventi legislativi statunitensi ed europei, divenuti rappresentativi della difficoltà di imporre regole e controlli alle nuove forme di comunicazione nella società dell'informazione.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem.* L'A. osserva come tale tendenza, che si è manifestata principalmente proprio negli Stati Uniti, rappresenti una naturale reazione a quello che viene avvertito come inaccettabile privilegio di alcune imprese che limitano con le loro azioni le libertà individuali.

ALESSANDRA PALMA

RESPONSABILITÀ MEDICA PER CARENZE STRUTTURALI ED ORGANIZZATIVE

SOMMARIO: 1. Le carenze strutturali ed organizzative: quali responsabilità per le strutture sanitarie?. – 2. Cenni sull'organizzazione delle strutture sanitarie e individuazione dei soggetti responsabili. – 3. La responsabilità degli amministratori delle strutture sanitarie e degli organi politici per i reati di omicidio e lesioni colpose. – 4. Gli orientamenti della giurisprudenza sulla responsabilità penale degli amministratori. – 5. L'incidenza delle carenze strutturali sulla responsabilità del sanitario.

1. – Uno degli aspetti che più ha caratterizzato l'evoluzione dell'attività medico-chirurgica in questi ultimi decenni è indubbiamente quello della "spersonalizzazione" dell'atto medico, che è oggi il frutto di una pluralità di singole prestazioni in cui l'attività del singolo medico costituisce solo un momento di una più complessa prestazione, alla cui realizzazione concorre integralmente un assetto organizzativo, alquanto variegato, che vede la partecipazione, con funzioni diverse, di numerose figure professionali. La divisione del lavoro in ambito medico non coinvolge, tuttavia, soltanto gli aspetti più propriamente sanitari: accanto al personale medico e paramedico si collocano anche professionisti, che svolgono funzioni di natura prettamente amministrativa e contabile, le cui condotte, nondimeno, possono assumere un ruolo significativo nella catena causale che porta al verificarsi dell'evento lesivo ai danni del paziente⁽¹⁾.

La frammentazione delle attività, ed il passaggio ad un tipo di gestione "allargata", costituisce il problema principale della responsabilità professio-

⁽¹⁾ C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale del medico e paramedico*, in *Giur. sist. dir. pen.*, F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKI, Torino, 1996, p. 128.

nale medica, poiché si corre, da un lato, il rischio di incriminare operatori sanitari il cui intervento non ha alcun rapporto con l'evento dannoso e, dall'altro, di non identificare un responsabile. Oggi, pertanto, nell'individuazione dei profili di responsabilità per un evento dannoso verificatosi all'interno di una struttura sanitaria, si deve tener conto, non solo del rapporto diretto medico-paziente, ma anche del complesso dei rapporti che, oltre a quello personale, si instaurano nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata⁽²⁾.

L'errore medico rappresenta sovente l'evento terminale di una catena di fattori, per cui non necessariamente il sanitario è il solo responsabile o il maggior responsabile di detto evento in quanto l'esito infausto o insoddisfacente del trattamento non sempre dipende da un difetto di diligenza, prudenza o perizia del medico, ma, talvolta, è la conseguenza di carenze strutturali, o dell'utilizzo di attrezzature inadeguate. Si tratta di casi in cui l'evento è il risultato della combinazione della condotta del sanitario e di condizioni latenti, ovvero di quelle condizioni, indipendenti dalla professionalità dell'operatore, frutto di decisioni assunte ad un livello superiore (da *managers*, autorità politiche, amministrative, di controllo), e che determinano inadeguatezza degli strumenti e delle apparecchiature, insufficiente manutenzione dei macchinari, carenza di formazione, assenza di personale per inadeguata organizzazione dei turni lavorativi⁽³⁾.

Più specificamente possono individuarsi tre diverse situazioni in cui l'evento morte o lesioni del paziente è riconducibile ad una carenza strutturale od organizzativa dell'ente ospedaliero. Nella prima, l'esito infausto dell'intervento è determinato dalla mancanza o dal malfunzionamento,

⁽²⁾ C. PALMIERE, D.M. PICCHIONI, A. MOLINELLI, R. CELESTI, *Carenza delle strutture sanitarie: a chi la responsabilità*, in *Difesa soc.*, 2004, p. 101.

⁽³⁾ In dottrina, per un esame di tali problematiche, v. A. ZANONE, *Inidoneità delle strutture sanitarie e responsabilità professionale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, p. 3; C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici e problemi di responsabilità penale*, in *La medicina e la legge, Atti dell'83° Congresso SPLLOT*, Torino, 1989, p. 33; F. DE FRANCESCO, *Nuovi paradigmi per la responsabilità professionale degli operatori sanitari*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1120; G. DE FALCO, *Compiti e responsabilità del direttore sanitario delle case di cura private. Profili penali*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 604; C. LORÉ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 403; D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse, con particolare considerazione per le strutture sanitarie*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2403; P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Atti del Convegno di Firenze del 7-8 maggio 2009, Firenze, 2010, p. 7.

occasionale e temporaneo, di un'apparecchiatura o di altro presidio medicale, che sarebbero stati necessari per il trattamento di quel caso clinico. Nella seconda ipotesi, invece, la carenza risulta stabile e duratura, tanto da caratterizzare il presidio ospedaliero, rendendolo "strutturalmente" inadeguato all'erogazione di determinate prestazioni. Infine, la carenza può essere di tipo organizzativo, laddove concerne la gestione del personale medico o infermieristico, nonché l'utilizzo delle strumentazioni e dei presidi presenti nella struttura.

In tali casi, può accadere che ai medici vengano imputati errori, in realtà riconducibili a carenze strumentali, strutturali ed organizzative non direttamente addebitabili al loro operato: infatti, se un libero professionista è responsabile del corretto funzionamento dell'apparecchiatura presente nel proprio ambulatorio, non altrettanto può dirsi per il medico dipendente ospedaliero relativamente alla presenza ed al corretto funzionamento delle apparecchiature d'uso, della sterilità dei ferri e della sala operatoria e così via⁽⁴⁾.

È per tali ragioni che si avverte più che mai l'esigenza di riconoscere la responsabilità delle strutture sanitarie per tutti quegli eventi dannosi a carico di pazienti conseguenza diretta di scelte operate in ambito politico-amministrativo. Tuttavia, mentre non vi sono ragioni per escludere la responsabilità civile delle strutture — già pacificamente ammessa da dottrina e giurisprudenza⁽⁵⁾ — altrettanto non può dirsi per quella penale alla luce del tradizionale principio *societas delinquere non potest*. Da sempre, infatti, gli interpreti si mostrano restii, in forza dell'art. 27 Cost., nel considerare gli enti collettivi quali soggetti attivi del reato, in quanto incapaci di azione e di colpevolezza.

La questione non sembra essersi dipanata neppure dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 231 del 2001 che ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina della responsabilità amministrativa, dipendente da reato, della persone giuridiche⁽⁶⁾. Tale nuova forma di responsabilità — definita "amministrativa" dal legislatore, ma qualificata come penale dalla

⁽⁴⁾ C. PALMIERE, D.M. PICCHIONI, A. MOLINELLI, R. CELESTI, *Carenza delle strutture sanitarie*, cit., p. 109.

⁽⁵⁾ Con riferimento alla responsabilità civile delle strutture sanitarie, cfr. Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1030; Cass. civ., sez. II, 21 gennaio 2000, n. 632, in *Giur. it.*, 2000, p. 1817; Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 1978, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, p. 2566.

⁽⁶⁾ In dottrina v. C.E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, pp. 845 ss.; AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 33 ss.; G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004.

maggioranza degli interpreti⁽⁷⁾ — non è, infatti configurabile nei confronti delle aziende sanitarie per i reati di omicidio e lesioni colposi conseguenti a carenze strutturali. Contro la configurabilità della responsabilità amministrativa degli enti ospedalieri ostano due elementi fondamentali: da un lato l'assenza nel catalogo dei reati c.d. presupposto (ovvero quelli tassativamente elencati da legislatore da cui consegue la responsabilità *ex d.lgs. 231 del 2001*) dell'omicidio e delle lesioni colpose (oggetto della presente indagine)⁽⁸⁾, dall'altro l'esclusione, ai sensi dell'art. 1, comma 3, dall'ambito di applicazione della nuova normativa degli "enti pubblici non economici e degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale".

In particolare, con riguardo a quest'ultimo limite, il prevalente orientamento è nel senso di ritenere le strutture sanitarie — nonostante la nuova definizione di "aziende" — enti pubblici non economici difettando sia il requisito del regime di concorrenza e di esclusiva finalità di profitto, sia quello dell'esercizio di un'attività di impresa, cioè di produzione e scambio di beni o servizi⁽⁹⁾. Le aziende sanitarie, infatti, non perseguono alcun fine di lucro e non forniscono una prestazione sanitaria in cambio di un corrispettivo, essendo il pagamento del *ticket* da considerarsi, non come retribuzione dell'attività, ma, piuttosto, come compartecipazione alla spesa sanitaria⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Si è anche parlato di un *tertium genus* di responsabilità che coniugherebbe i tratti essenziali del diritto amministrativo e del diritto penale. Per la natura della responsabilità cfr. G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 151 ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231 del 2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 879 ss.

⁽⁸⁾ Con L. 3 agosto 2007, n. 123, i reati di omicidio e lesioni colpose sono stati inseriti tra le fattispecie di reato alle quali consegue l'irrogazione delle sanzioni previste dal d. lgs. 231 del 2001, ma limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sui lavoro.

⁽⁹⁾ A. ROSSI, *Responsabilità "penale amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in A. ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 518 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale, parte generale*, VI, Milano, 2008, p. 123.

In giurisprudenza hanno affermato la natura di enti pubblici non economici delle ASL TAR Toscana, sez. II, 17 settembre 2003, n. 5101, *inedita*; Corte di Giustizia CE, 11 luglio 2006, n. 205, in *Serv. pubblici e appalti*, 2006, fasc. 4, p. 673. In senso difforme C. Conti Puglia, sez. giurisdiz., 14 luglio 2005, n. 482, in *Foro Amm.*, CDS, 2005, p. 238; Trib. Reggio Calabria, 30 aprile 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 154.

⁽¹⁰⁾ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, parte generale*, Padova, 2008, p. 17 e p. 33.

In definitiva, come osservato in dottrina, le Aziende sanitarie sembrano svolgere attività che hanno parziale rilevanza economica, ma non esercitano essenzialmente solo attività economica, posto che non viene perseguito un fine di lucro, prevalendo il perseguimento della finalità pubblica di tutela della salute pubblica attraverso vari ed ottimizzati livelli di assistenza. Ciò che qualifica le Aziende sanitarie è il garantire a tutti i cittadini — a prescindere da valutazioni di natura esclusivamente contabile — le massime prestazioni possibili per la migliore tutela del costituzionalizzato diritto alla salute⁽¹¹⁾.

D'altro canto l'ulteriore esclusione, dall'ambito di applicazione della normativa *de qua*, degli enti che svolgano funzioni di rilievo costituzionale elimina definitivamente la possibilità di configurare una responsabilità amministrativa degli enti ospedalieri, in quanto la tutela della salute dei cittadini, costituzionalmente garantita dall'art. 32 Cost., è indubbiamente una funzione di rilievo costituzionale.

Esclusa, pertanto, una eventuale "corresponsabilità" dell'ente (in quanto tale), nell'attuale quadro normativo, stante l'imprescindibile esigenza di rispetto del principio di responsabilità penale e contro ogni forma di responsabilità verticistica, l'indagine non può che spostarsi sull'individuazione di quei soggetti in grado, per la loro posizione e per i poteri ad essi attribuiti, di influire sui fattori e sulle funzioni di organizzazione dell'ente, e dotati, quindi, di una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti⁽¹²⁾. Il riferimento corre, quindi, ai soggetti *ex lege* incaricati di gestire (sotto il profilo amministrativo, finanziario e organizzativo) la struttura sanitaria e dai quali possono dipendere le carenze strutturali e i difetti di organizzazione. Si tratta di una ricerca non sempre agevole, che richiede, da un lato, l'analisi della ripartizione interna delle funzioni e delle competenze delle singole figure dirigenziali e, dall'altro, della problematica relativa al conferimento di eventuali deleghe di funzioni⁽¹³⁾.

2. – Come è noto, il Servizio sanitario nazionale è stato istituito con l. 23 dicembre 1978, n. 833 e, successivamente, riordinato con d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 con il quale, nel tentativo di contenere i costi della spesa sanitaria,

⁽¹¹⁾ A. Rossi, *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Atti del Convegno di Firenze del 7-8 maggio 2009, Firenze, 2010, p. 402 s.

⁽¹²⁾ Cfr. in tal senso, con riferimento in generale alle problematiche connesse al diritto penale di impresa A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, VI, p. 194.

⁽¹³⁾ Sull'esigenza, nell'ambito delle strutture complesse, di individuare i soggetti responsabili alla luce delle competenze proprie di ciascuno di essi e del ruolo rivestito all'interno della struttura, cfr. Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, in *Guida al dir.*, 2009, 11, p. 66.

ormai giunti a livelli inaccettabili, si è avviato un processo di trasformazione delle organizzazioni sanitarie pubbliche in aziende. Il d.lgs. n. 502 del 1992 è stato poi, a sua volta, modificato, dapprima, dal d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517 e, in seguito, dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, il quale ha ulteriormente enfatizzato la struttura aziendalistica delle unità ospedaliere. La normativa oggi in vigore delinea, indubbiamente, un quadro organizzativo di estrema complessità, che prevede addirittura tre distinti livelli di intervento e controllo della sanità pubblica: nazionale, regionale ed aziendale.

Con specifico riferimento alle unità sanitarie locali, esse sono state trasformate in aziende (pur sempre dipendenti dalla Regione) dotate di personalità giuridica pubblica e di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e tecnica, a capo delle quali è posto il direttore generale, coadiuvato dal direttore amministrativo e dal direttore sanitario⁽¹⁴⁾. In particolare, al direttore generale, spettano, ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 502 del 1992, tutti i poteri di gestione dell'azienda USL (di cui ha altresì la rappresentanza) tra i quali vanno annoverati i compiti di verificare che sia rispettata la corretta ed economica gestione delle risorse assegnate e di accertarsi dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

A tal proposito, è giocoforza affermare che al direttore generale è attribuita una posizione di garanzia concernente l'adeguata ed economica gestione dell'ente e la correttezza dell'azione dello stesso, con conseguente dovere di intraprendere tutte le iniziative necessarie e di predisporre adeguati controlli per impedire attività illecite all'interno della struttura, avvalendosi della collaborazione dei coadiutori ovvero sostituendosi ad essi, nel caso siano di diverso parere. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza, la quale ha evidenziato come la normativa attribuisca al direttore generale una "*funzione di alta amministrazione consistente nella elaborazione delle strategie dell'azienda USL*", e lo doti di tutti i poteri necessari per impedire la realizzazione di reati all'interno della struttura da lui diretta, riconoscendogli, quindi, una posizione di garanzia. Laddove, pertanto, il direttore generale venga meno all'adempimento degli obblighi giuridici su di lui incombenti, potrà essere chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., a titolo di concorso, con gli autori del fatto-reato⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ C. LORÉ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori*, cit., p. 409.

⁽¹⁵⁾ Cass. pen., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, Di Francesco, in *Cass. pen.*, 1997, p. 360; Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 2000, n. 3408, Leoni, in CED rv. 217998. In dottrina sull'assunzione di una posizione di garanzia da parte dei soggetti che hanno l'amministrazione della struttura sanitaria cfr. E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI, Pisa, 2009, p. 120 ss.; R. FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in *I reati contro la persona*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, Torino, 2006, p. 774.

La normativa prevede, altresì, che nell'esercizio delle proprie funzioni, il direttore generale sia coadiuvato dal direttore amministrativo e dal direttore sanitario da lui stesso nominati i quali, secondo quanto sancito dall'art. 3, comma 1 *quinques*, d.lgs. n. 502 del 1992, partecipano, unitamente al direttore generale, alla direzione dell'azienda, assumendo diretta responsabilità delle funzioni attribuite alla loro competenza e concorrendo, con la formulazione di proposte e di pareri, alla formazione delle decisioni della direzione generale.

Più specificatamente, il direttore amministrativo ha compiti dirigenziali in ordine alla gestione economica e giuridica dell'ente ospedaliero ed è, quindi, responsabile dell'organizzazione dei servizi e della predisposizione di strutture.

Tra i soggetti amministrativi, tuttavia, quello su cui ricadono i maggiori rischi di una responsabilità penale nell'attività di assistenza sanitaria è indubbiamente il direttore sanitario, al quale spetta il controllo delle condizioni igienico-sanitarie all'interno della struttura ospedaliera, la vigilanza del servizio farmaceutico e della qualità e conservazione degli alimenti, nonché, più in generale, la verifica, costante, della regolarità e dell'efficienza dell'assistenza agli infermi, che ricomprende anche il compito di distribuire e razionalizzare l'impiego del personale sanitario⁽¹⁶⁾.

La ripartizione di compiti tra i dirigenti amministrativi delle strutture sanitarie è stata chiaramente enucleata in una pronuncia della Corte di Cassazione, in cui si afferma che *“nelle strutture sanitarie pubbliche la figura del dirigente è facilmente identificabile, al livello più elevato, nei direttori sanitario ed amministrativo dell'azienda, direttamente scelti e nominati dal direttore generale, con il quale costituiscono la cosiddetta Alta direzione, con funzioni eminentemente gestionali e strategiche, secondo le previsioni, non più attuali — in quanto superate da quelle dei c.d. decreti di riordino del D.P.R. n. 128 del 1969 (“Ordinamento interno dei Servizi Ospedalieri”). La differenziazione di base tra le dette Direzioni è — giusta la menzionata normativa — che la prima cura l'organizzazione tecnico sanitaria ed il buon andamento igienico sanitario dei servizi ospedalieri, mentre la seconda provvede alla gestione dell'ente ospedaliero sotto i profili giuridico ed economico. I menzionati decreti di riordino non hanno modificato tale impostazione, riconoscendo al direttore sanitario la direzione dei servizi sanitari ai fini organizzativi ed igienico sanitario, mentre a quello amministrativo la direzione dei servizi amministrativi dell'USL, ora Azienda”*⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ In tal senso cfr. in giurisprudenza Cass. pen., 16 dicembre 2004, n. 7663, Giordano, in CED rv. 230823.

⁽¹⁷⁾ Cass. civ., sez. III, 16 aprile 1999, Quarta, *inedita*.

I gradi di controllo e di intervento non si esauriscono, in realtà, a livello aziendale, ma coinvolgono anche competenze nazionali e regionali, pur se, come meglio si evidenzierà in seguito (v. *infra* 3), raramente sarà configurabile una responsabilità a carico di amministratori regionali e centrali⁽¹⁸⁾. L'organizzazione e la dotazione tecnica delle strutture sanitarie risentono, infatti, innegabilmente, di scelte di natura eminentemente politica, assunte a livello nazionale o regionale, circa gli *standards* qualitativi e quantitativi delle prestazioni sanitarie rese ai cittadini⁽¹⁹⁾.

Il problema di individuare i soggetti penalmente responsabili all'interno delle strutture sanitarie si pone anche con riferimento alle strutture private le quali, pur organizzate sulla falsariga di quelle pubbliche, presentano, nondimeno, alcune peculiarità. In particolare, il riferimento corre, ad esempio, al diverso atteggiarsi delle prerogative del direttore sanitario, rispetto al quale all'ampiezza dei compiti (simili peraltro a quelli del direttore sanitario di strutture pubbliche) non corrisponde, di norma, un concreto potere di intervento nella conduzione e programmazione dell'attività della casa di cura, rimanendo le scelte decisionali di fondo affidate ai titolari della clinica⁽²⁰⁾. Come noto, tuttavia, presupposto indefettibile per il riconoscimento di una posizione di garanzia, e, di conseguenza di una responsabilità penale omissiva *ex art. 40, comma 2, c.p.*, è che il soggetto sia dotato dei necessari poteri impeditivi dell'evento. Ne consegue, pertanto, che difficilmente potrà essere configurata una responsabilità omissiva nei confronti del direttore sanitario della casa di cura privata che, in quanto privo dei fondamentali poteri decisionali, non avrà la possibilità materiale di impedire l'evento⁽²¹⁾.

L'individuazione dei soggetti *ex lege* responsabili non è, però, di per sé sufficiente per l'imputazione "personale" del fatto di reato. Nell'ambito delle strutture complesse accade, infatti, non di rado, che i soggetti titolari della posizione di garanzia deleghino ad altri il compimento delle proprie funzioni. Il problema delle deleghe di obblighi penalmente rilevanti è stato oggetto di ampi ed interessanti approfondimenti con specifico riferimento al diritto penale dell'impresa, ma i principi ivi espressi ben si attagliano anche ad un'organizzazione, quale quella sanitaria, caratterizzata, come in precedenza evidenziato, da spiccati caratteri aziendalistici.

⁽¹⁸⁾ C. LORÉ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori*, cit., p. 411.

⁽¹⁹⁾ D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile*, cit., p. 2404.

⁽²⁰⁾ G. DE FALCO, *Compiti e responsabilità*, cit., p. 604. Le funzioni del direttore sanitario delle strutture sanitarie private sono state enucleate dapprima dall'art. 53 L. 12 febbraio 1968, n. 128 e, successivamente, confermate dall'art. 27 D.P.C.M. 27 giugno 1986.

⁽²¹⁾ Cfr. in tal senso *ex multis* Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, cit.

Le questioni sottese alla delega di funzioni sono essenzialmente due e concernono, innanzitutto, la sua ammissibilità e, secondariamente, gli effetti della stessa. Orbene, per le strutture sanitarie, il problema si pone, in primo luogo, con riguardo alla possibilità per il direttore generale — ovvero colui il quale, collocato al vertice della struttura, è in via principale dotato di tutte le funzioni di gestione organizzativa, finanziaria ed amministrativa dell'ente — di delegare ad altri l'esercizio di alcune delle funzioni a lui attribuite *ex lege*.

La soluzione deve, indubbiamente, essere positiva, e non solo perché ormai dottrina e giurisprudenza riconoscono, in via generale, l'ammissibilità (ed anzi la necessità) della delega di funzioni nell'ambito di strutture caratterizzate da un'organizzazione complessa, ma altresì in forza di un'espressa previsione normativa. È stato lo stesso legislatore, infatti, che, nel disciplinare le funzioni del direttore generale, ha riconosciuto a quest'ultimo la facoltà di nominare un direttore sanitario ed un direttore amministrativo, a cui demandare le funzioni più squisitamente igienico-sanitarie ed amministrative (art. 3, d.lgs. n. 502 del 1992)⁽²²⁾.

Come detto, peraltro, l'ammissibilità della delega di funzioni è un dato ormai, da tempo acquisito, sia in dottrina che in giurisprudenza, tanto che le stesse, nel silenzio normativo, hanno provveduto ad elaborare (pur non senza contrasti) i presupposti ed i requisiti in presenza dei quali la delega possa essere ritenuta valida ed efficace. Nella pluralità di elaborazioni susseguitesi nel tempo, oggi può dirsi che si è raggiunta una tendenziale uniformità sui requisiti della forma espressa della delega, dell'affidabilità e competenza tecnica del soggetto delegato, dell'attribuzione al delegato dei poteri necessari per poter esercitare le funzioni attribuitegli e dell'accettazione dell'incarico da parte di quest'ultimo⁽²³⁾.

Resta, però, da interrogarsi circa l'incidenza della delega sulla responsabilità del soggetto delegante e, quindi, in altri termini, se la dislocazione delle funzioni attribuite al soggetto per legge sia idonea ad escluderne qualsiasi forma di responsabilità o se, al contrario, sul titolare originario permanga un dovere di controllo e di vigilanza sull'operato del preposto. A tal riguardo è dato rinvenire due orientamenti che fondano il proprio diverso convincimento sui differenti piani — soggettivo o oggettivo — di operatività della

⁽²²⁾ In dottrina cfr. C. LORÉ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori*, cit., p. 407. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, Di Francesco, cit.; Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39609, Marafioti, in CED rv. 237832.

⁽²³⁾ A. ALESSANDRI, *Impresa*, cit., p. 210; P. ALDROVANDI, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 703; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 125. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2007, n. 47136, Macorig, in CED rv. 238350; Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 12794, Chirafisi, in CED rv. 236279.

delega. Secondo una prima impostazione, che muove dal “principio dell’inderogabilità della posizione di garanzia”⁽²⁴⁾, la delega non esclude la responsabilità del delegante, il quale “*si libera solo dell’obbligo di una presenza diretta*”, in quanto “*l’obbligo del garante primario permane (...) ma muta di contenuto*”, divenendo obbligo di vigilare ed intervenire laddove venga a conoscenza di qualunque violazione ancora suscettibile di essere impedita⁽²⁵⁾.

Tale prospettiva — che esclude la responsabilità solo sul piano soggettivo, qualora il delegante dimostri di aver correttamente adempiuto all’obbligo di vigilanza — è stata, tuttavia, oggetto di critica da parte di altro orientamento dottrinale in quanto si è evidenziato che essa “*trascura che si danno circostanze concrete che impediscono anche l’adempimento di un obbligo di vigilanza da parte del datore di lavoro, e che la possibilità oggettiva di osservare l’obbligo di condotta incide sulla stessa possibilità di configurare una condotta omissiva. A voler ritenere che il datore di lavoro sia sempre titolare di un obbligo di garanzia (...) si corre purtroppo il rischio di fondare l’addebito sul mero possesso di una qualifica*”⁽²⁶⁾. Secondo quest’ultima tesi, pertanto, la delega sarebbe idonea — già sul piano oggettivo — a liberare il garante originario.

L’esclusione della responsabilità, già sul piano oggettivo, d’altro canto, non contrasterebbe — secondo quest’ultima ricostruzione interpretativa — con il carattere inderogabile delle posizioni di garanzia, ove si rifletta sulla circostanza che, con la delega, non vengono, in realtà trasferite la responsabilità penale o la posizione di garanzia, bensì la stessa titolarità delle funzioni cui si correla la qualità di garante⁽²⁷⁾.

Se così è anche nell’ambito delle strutture sanitarie, applicando il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, la delega conferita dal direttore generale ai propri coadiutori non libera quest’ultimo da un controllo sul corretto operato dei preposti. Questa conclusione appare, peraltro, confermata dal dettato normativo, che, all’art. 3, comma 6, d.lgs. 502 del 1992, riconosce la persistenza delle funzioni delegate anche in capo al direttore generale, stabilendo che questi è tenuto a motivare i provvedimenti assunti in difformità dal parere espresso dal direttore sanitario e da quello amministrativo. La Corte di Cassazione ha ritenuto

⁽²⁴⁾ D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1978, IV, p. 180.

⁽²⁵⁾ C. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., p. 139. Nello stesso senso cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 439. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2005, n. 47363, Oberrauch, in CED rv. 233181.

⁽²⁶⁾ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 202.

⁽²⁷⁾ A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1984, p. 229 ss.

che tale previsione altro non significhi se non che “il direttore generale può prendere provvedimenti anche nelle materie affidate alla diretta responsabilità dei coadiutori”⁽²⁸⁾: a riprova del fatto che il delegante non si libera della propria posizione di garanzia e delle funzioni ad esso attribuite dalla legge⁽²⁹⁾.

3. – I soggetti responsabili delle strutture sanitarie possono, in ragione delle funzioni dagli stessi assunte, essere destinatari in via principale, o a seguito di delega, di precetti penali quali, ad esempio, quelli in materia di igiene alimentare, di tutela ambientale (es. gestione e smaltimento dei rifiuti ospedalieri), di igiene e sicurezza sul lavoro. Nell’ambito della presente indagine, tuttavia, si pone al centro dell’attenzione l’eventuale responsabilità degli amministratori per i reati di omicidio e lesioni colposi, verificatisi all’interno della struttura dagli stessi diretta a causa di carenze strutturali e di organizzazione.

Per non andare incontro a responsabilità i direttori generali, amministrativi e sanitari devono adottare tutti i provvedimenti che, nell’esercizio delle loro funzioni, percepiscano, per conoscenza diretta, o su segnalazione, come necessari per soddisfare le necessità tecniche ed organizzative della struttura sanitaria. In particolare, la condotta penalmente rilevante dei dirigenti, potrà concretizzarsi in un’azione, ove la carenza sia il frutto di errori o di cattiva gestione tecnica ed amministrativa, ovvero (più di sovente) in un’omissione, in caso di mancata adozione dei provvedimenti necessari per il corretto funzionamento della struttura dagli stessi diretta.

L’obbligo di attivazione incombente sul dirigente può sorgere anche a seguito di segnalazione del verificarsi di una situazione di rischio da parte del medico che dirige l’unità operativa (ovverosia il primario)⁽³⁰⁾, al quale fa capo il dovere di monitorare il regolare funzionamento delle strumentazioni e l’adeguatezza delle strutture per lo svolgimento dell’attività medica, ed il conseguente obbligo di segnalare tutti i casi di malfunzionamento, di vetustà o di disorganizzazione (v. *infra* § 5).

Sarà, pertanto, esclusa la responsabilità degli organi apicali, per difetto dell’elemento soggettivo della colpa, qualora essi non fossero a conoscenza — nè potessero esserlo alla luce del parametro dell’agente modello — delle carenze strutturali od organizzative⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ Cass. pen., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, Di Francesco, cit.

⁽²⁹⁾ In tal senso, seppure con riferimento alla responsabilità del direttore sanitario in materia di smaltimento dei rifiuti, cfr. Cass. pen., sez. III, 9 giugno 1994, n. 10155, Bencini e altro, in *Giust. pen.*, 1995, II, p. 232.

⁽³⁰⁾ C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 34.

⁽³¹⁾ P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali ed organizzative*, cit., p. 27.

D'altro canto, potrebbe accadere che, a causa delle limitate risorse finanziarie, i dirigenti amministrativi ospedalieri non siano in grado di soddisfare le richieste di potenziamento, ammodernamento o riparazione delle strumentazioni ovvero di adeguamento dell'organizzazione: in tale evenienza non consegue, però, necessariamente l'esclusione della penale responsabilità di detti funzionari. Nella ripartizione e nell'impiego delle risorse finanziarie, infatti, i dirigenti devono rispettare le priorità costituite da necessità ed urgenza, con la conseguenza che sarà configurabile una responsabilità a carico degli stessi (ed in particolare del direttore generale, su cui ricade l'obbligo di una corretta gestione finanziaria) nel caso in cui non siano utilizzati capitoli di bilancio per soddisfare richieste, caratterizzate da necessità ed urgenza, dirottando le risorse su altri capitoli⁽³²⁾.

La situazione muta, invece, nel caso in cui la carenza di risorse finanziarie sia da attribuire a scelte "politiche" assunte a livello nazionale o regionale. In tal caso, non è penalmente responsabile l'organo amministrativo ospedaliero che, avendo fatto quanto di sua spettanza per dar corso alle richieste inoltrate, si trovi, tuttavia, nell'impossibilità finanziaria di provvedervi. Orbene, se la dottrina è concorde nell'affermare che in tale caso sia da escludersi la responsabilità degli organi apicali, diverse sono, tuttavia, le ragioni poste a fondamento di tale esclusione. Secondo il prevalente orientamento in tale evenienza la responsabilità del direttore deve essere esclusa, ai sensi dell'art. 45, c.p., per carenza della *suitas* visto il ricorrere di una causa di forza maggiore⁽³³⁾. Per altro filone dottrinale, invece, in tali casi, l'azione doverosa (astrattamente idonea ad impedire l'evento) non sarebbe in concreto esigibile in quanto il garante non è oggettivamente in grado di porre in essere l'intervento impeditivo. Ne conseguirebbe, quindi, la non punibilità dell'inerzia in quanto atipica: il reato omissivo viene meno proprio perché trova il suo limite logico nell'impossibilità materiale di adempiere all'obbligo giuridico⁽³⁴⁾.

Nei casi di inadeguatezza della struttura sanitaria conseguente a carenza di risorse finanziarie potrebbe, nondimeno, residuare una responsabilità degli organi politici nazionali — Ministro o Sottosegretario competenti, nonché dirigenti ministeriali — ovvero regionali — segnatamente l'Assessore alla Sanità — laddove detta carenza sia da addebitarsi a scelte di natura

⁽³²⁾ C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 34; D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile*, cit., p. 2404 ss.

⁽³³⁾ C. LORÉ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori*, cit., p. 408; D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile*, cit., pag. 2405.

⁽³⁴⁾ In tal senso cfr. P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali ed organizzative*, cit., p. 27

politica⁽³⁵⁾. È innegabile, infatti, che l'esercizio delle competenze attribuite alle Regioni e al Ministero della Sanità possa incidere fortemente sull'efficienza finanziaria e gestionale delle aziende ospedaliere. Le Regioni, infatti, sono competenti ad adottare norme che regolino la gestione economica, patrimoniale e finanziaria delle Aziende Sanitarie, nonché a programmare l'attività di assistenza e di cura attraverso l'emanazione, in attuazione delle disposizioni del Piano sanitario nazionale, del Piano sanitario regionale. Dal canto suo, il Ministero della Sanità, oltre compiti di programmazione relativi all'emanazione del Piano sanitario nazionale, ha competenze decisive in materia di monitoraggio e vigilanza sulla qualità e sicurezza dell'erogazione delle prestazioni sanitarie⁽³⁶⁾.

In definitiva, quindi, sarà configurabile una responsabilità colposa omisiva degli organi politici nel caso in cui le scelte di natura politica di contenimento della spesa sanitaria abbiano determinato gravi carenze organizzative o strutturali dell'azienda ospedaliera tali da causare l'evento mortale o lesivo ai danni del paziente. In particolare, sono riconducibili a detta situazione l'assenza di mezzi terapeutici complessi (ad esempio TAC o RMN), l'eccessiva riduzione di posti letto, gravi carenze di personale a causa della mancata autorizzazione all'assunzione, obsolescenza delle attrezzature, mentre saranno generalmente responsabili i soli dirigenti della struttura nel caso di carenze strutturali circoscritte e di poco conto (es. assenza di farmaci, garze, strumenti operatori)⁽³⁷⁾.

Secondo un diverso orientamento dottrinale, invece, la responsabilità degli organi politici andrebbe circoscritta ai soli casi in cui non siano stati utilizzati capitoli di bilancio già destinati a coprire determinate spese per l'innovazione e il miglioramento delle strutture. Non vi sarebbe, al contrario, alcuna responsabilità penale degli organi politici qualora le decisioni di spesa rientrino nell'ambito di scelte politiche in base alle quali sia stata decisa una diversa ragionevole destinazione delle somme⁽³⁸⁾.

D'altro canto, autorevole dottrina ha evidenziato che, mentre non vi sono difficoltà nel riconoscere la responsabilità dei dirigenti dell'azienda sanitaria, in quanto nelle loro scelte esercitano una discrezionalità tutto sommato

⁽³⁵⁾ C. LORÉ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori*, cit., p. 411; P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali ed organizzative*, cit., p. 28.

⁽³⁶⁾ P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali ed organizzative*, cit., p. 28, nota 61.

⁽³⁷⁾ A. DE DONNO, A. LOPEZ, V. SANTORO, P. DE DONNO, F. INTRONA, *La responsabilità penale degli organi apicali delle strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 631; P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali ed organizzative*, cit., p. 29.

⁽³⁸⁾ D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile*, cit., 2404.

tecnica, rispetto alla quale sono individuabili regole di buona amministrazione delle risorse disponibili per fronteggiare le necessità sanitarie sulla base dell'esperienza, ben più complessa è, invece, la questione riguardante gli organi politici. Questi ultimi, infatti, sono titolari di una discrezionalità eminentemente *politica*, le cui regole di esercizio sono difficilmente individuabili in modo così stringente da fondare una colpa penalmente rilevante. Nondimeno la possibilità di configurare una responsabilità di tali organi non può essere esclusa *in radice*, in quanto se è pur vero che gli stessi hanno il potere di stabilire discrezionalmente l'ordine di priorità degli obiettivi da perseguire, non c'è dubbio, però, che tale discrezionalità non possa spingersi sino a sovvertire la gerarchia dei valori costituzionali, nell'ambito dei quali la salute occupa un posto apicale. Se, quindi, il bilanciamento di interessi pubblici è certamente discrezionale, non altrettanto può, invece, dirsi con riguardo al capovolgimento del loro ordine di valore, anche se non è facile individuare la linea di confine tra i due fenomeni⁽³⁹⁾.

4. – In giurisprudenza, l'affermazione della penale responsabilità dei funzionari amministrativi, stenta ancora ad affermarsi e, quindi, sono sporadiche le sentenze in cui è stata riconosciuta l'imputabilità a direttori generali, amministrativi e sanitari di eventi lesivi ai danni del paziente, conseguenti a carenze strutturali. Nello scarno panorama giurisprudenziale, si può ricordare una pronuncia della Corte di Cassazione in cui, secondo i giudici, va ascritta, a titolo di colpa, al direttore amministrativo di una struttura ospedaliera la morte di un paziente a seguito di un intervento chirurgico, nel caso in cui questi non abbia predisposto un'organizzazione almeno sufficiente, e tale comunque da rendere possibile quel minimo di assistenza notturna post-operatoria, che tutti gli interventi in anestesia impongono⁽⁴⁰⁾. I giudici di legittimità hanno, infatti, ritenuto che tra le competenze del direttore amministrativo rientri la pianificazione dei turni di lavoro all'interno della struttura ospedaliera, con la conseguenza che, in forza della posizione di garanzia gravante sullo stesso, egli potrà essere chiamato a rispondere per aver omesso di organizzare adeguatamente la struttura in modo da garantire un'adeguata cura dei pazienti, ove si accerti che l'evento morte o lesioni sia stato conseguenza di tale condotta.

Con una recente sentenza, inoltre, la Corte di Cassazione si è soffermata sui profili di responsabilità di un direttore generale in un caso di omicidio colposo ai danni di un paziente ricoverato presso la struttura ospedaliera dallo stesso diretta, a seguito di *black out* del reparto e conseguente interru-

⁽³⁹⁾ F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1065 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 1995, n. 10093, Gazzara, in *Cass. pen.*, 1996, p. 908.

zione per 25-30 minuti del funzionamento dell'impianto di drenaggio toracico che doveva evitare il riformarsi di pneumotorace. Secondo quanto ricostruito dai giudici di merito, il *black out* si verificò in occasione della sostituzione di un gruppo elettrogeno da sottoporre ad opere di manutenzione, durante la quale mancò la corrente, appunto per 25-30 minuti.

La Suprema Corte, investita della questione a seguito di ricorso dell'imputato, ha sancito alcuni principi interessanti in ordine alla posizione di garanzia del dirigente ed alla sua responsabilità, in caso di delega di funzioni, rilevando che *"esattamente la sentenza impugnata ha individuato nel d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (che, come del resto riconoscono i ricorrenti, all'art. 3 attribuisce al direttore generale dell'U.S.L. — ora A.S.L. — i poteri di gestione e di controllo) la fonte normativa della attribuzione a ciascuno degli imputati della posizione di garanzia da cui discende l'obbligo di evitare l'evento"*. Per poter stabilire se sussiste responsabilità in capo al direttore generale, tuttavia, è necessario verificare se tra i poteri, e i correlati doveri di gestione, rientri anche quello di occuparsi dell'impianto elettrico degli ospedali di competenza dell'U.S.L., tenuto anche conto della delegabilità di alcuni aspetti gestionali. A tal proposito, evidenziano i giudici di legittimità, *"sull'argomento la sentenza impugnata coerentemente evidenzia da una parte la macroscopicità dei difetti dell'impianto, e dall'altro l'esistenza di plurime segnalazioni rivolte al direttore generale dal servizio tecnico interno e dagli organi di controllo esterni all'ospedale perchè venissero attivate (e questo è evidentemente compito del direttore generale) le procedure necessarie per mettere a norma l'impianto anche sotto il profilo della copertura finanziaria. Insomma, osserva questa Corte, se per aspetti circoscritti di malfunzionamento dell'impianto elettrico rimediabili dal settore tecnico deve ritenersi che, assieme alla delega del relativo settore la posizione di garanzia si trasferisca dal direttore generale al delegato, così non è nel caso contrario, quando l'impianto presenti macroscopici difetti o carenze e la situazione sia stata dal delegato adeguatamente segnalata al delegante"* (41).

La qualifica di direttore generale (nonché di direttore amministrativo o sanitario) non può quindi essere di per sé sufficiente ai fini dell'affermazione di responsabilità, ma presupposto insuperabile per tale affermazione è che la condotta omessa rientri fra quelle di competenza dell'amministratore e che non vi sia delega di funzioni. In tale ultimo caso, peraltro, la delega non esclude per ciò solo la responsabilità del delegante, laddove il malfunzionamento dell'apparecchiatura o la carenza strutturale sia macroscopica e l'amministratore ne fosse, comunque, a conoscenza.

Sempre in applicazione di questi principi, la Corte di Cassazione ha affermato la responsabilità in concorso del direttore generale, del direttore sanitario e del primario di un reparto di ostetricia e ginecologia per avere

(41) Cass. pen., sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 1147, N., in *DeG*, 2006, p. 70.

causato la morte di un neonato per ipertermia conseguente al malfunzionamento dell'incubatrice nella quale era stata posizionata la vittima. In particolare, i profili di colpa del direttore generale e del direttore sanitario vengono ravvisati nell'aver deciso e deliberato il mutamento del sistema di manutenzione dell'apparecchiatura da periodico a quello, meno sicuro, "a chiamata" (42).

Infine, con riferimento alle specifiche competenze del direttore sanitario, la Corte di Cassazione ne ha affermato la penale responsabilità per la mancata predisposizione di adeguati presidi di personale sanitario per interventi di urgenza all'interno di una camera iperbarica (43). La Corte ha rilevato che il direttore sanitario assume una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti, avendo di conseguenza "il potere e il dovere di porre in essere tutti gli accorgimenti idonei ad assicurare un rapido intervento".

5. – Le inadeguatezze o carenze della struttura, che possono concorrere a cagionare l'evento lesivo ai danni del paziente, non escludono necessariamente la responsabilità del sanitario che abbia eseguito l'intervento diagnostico o terapeutico. In realtà, i casi in cui può ravvisarsi un'incidenza delle disfunzioni strutturali sull'esito finale dell'intervento sono più d'uno e possono dare luogo a responsabilità esclusiva dei dirigenti amministrativi della struttura, ovvero concorrente con quella del sanitario.

In tale contesto assumono, innanzitutto, rilevanza le funzioni non prettamente assistenziali, ma di tipo gestionale-organizzativo, attribuite al dirigente di struttura complessa (ovverosia il primario), tra le quali vi è, innanzitutto, quella di direzione ed organizzazione del reparto, da attuarsi attraverso l'adozione di direttive a tutto il personale operante nello stesso, nonché, di decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio (cfr. art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992). A tal riguardo, è stato evidenziato che l'organizzazione svolge un ruolo essenziale nei meccanismi di funzionamento di strutture complesse, e la ragione di ciò sarebbe di palmare evidenza: la divisione coordinata di compiti consente a ciascuno di concentrarsi al meglio su quelli a lui spettanti; la tendenziale omogeneizzazione delle tecniche operative, dal canto suo, permette una migliore e più agevolmente preordinabile allocazione di uomini e mezzi, amplia le possibilità di collaborazione tra sanitari, agevola l'automatizzazione dei profili tecnicamente meno pregnanti delle procedure (44). Se ciò è vero, allora, deve concludersi che "l'organizzazione integra un'attività finalizzata al raggiungimento di un miglior

(42) Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 1553, in *Foro it.*, 2008, 10, c. 517.

(43) Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2005, n. 5959, S.N., *inedita*.

(44) A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1635.

risultato operativo di un gruppo professionale; in altre parole le prescrizioni che definiscono ed attualizzano i meccanismi organizzativi di un complesso coordinato di persone teso all'attuazione di una mansione tecnica sono esse stesse regole cautelari" ⁽⁴⁵⁾.

Sotto questo profilo, pertanto, sarà ravvisabile una responsabilità penale, di natura omissiva, per carenza organizzativa della struttura, a carico del primario in tutti i casi in cui emerga che l'esito infausto del trattamento sia stato conseguenza della mancata predisposizione dei piani di lavoro, ovvero della verifica della loro attuazione, dell'assenza di istruzioni e direttive al personale del reparto ⁽⁴⁶⁾.

Il medico in posizione sovraordinata deve, quindi, innanzitutto, organizzare il proprio reparto predisponendo procedure standardizzate che individuino le modalità di esecuzione degli interventi (ad esempio indicando l'utilizzo di protocolli o *guidelines*), le modalità di controllo sugli interventi particolarmente rischiosi e di annotazione delle informazioni riguardanti i pazienti, le forme di comunicazione e di scambio di informazioni tra i medici che si susseguono nella cura dei pazienti. La giurisprudenza è rigorosa nel riconoscere la responsabilità del primario in tutti i casi in cui l'evento lesivo ai danni del paziente sia riconducibile a carenze organizzative, ovvero a mancato controllo da parte del sanitario dell'attuazione delle direttive dallo stesso impartite. In questo senso si è espressa la Corte di Cassazione, la quale ha individuato un duplice profilo di responsabilità a carico di un primario, per non essere intervenuto a sospendere un trattamento pericoloso che il medico a lui subordinato stava effettuando sul paziente (poi deceduto), e, comunque, osservano i supremi giudici, "*per aver consentito la somministrazione nel suo reparto di un medicinale potenzialmente pericoloso senza l'adozione di adeguate misure precauzionali*" ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1635.

⁽⁴⁶⁾ C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 29 ss.; C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale*, cit., p. 134; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe. Profili penali e civili*, Torino, 2003, p. 19 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 1989, n. 16741, Cipollaro, in *Cass. pen.*, 1991, p. 433. Interessante anche Cass. pen., sez. IV, 25 maggio 2005, n. 25233, Lucarelli, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1350, in cui, giungendo all'esclusione della responsabilità del primario, per carenza probatoria in ordine alla sussistenza del nesso causale, si ricostruiscono gli obblighi di organizzazione e vigilanza incombenti sul primario. Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici, e particolarmente noto alle cronache per l'autorevolezza del medico coinvolto, concerneva la ripetuta insorgenza nel reparto diretto dal Prof. Lucarelli, in un breve lasso temporale, di affezioni patologiche di natura infettiva, astrattamente riconducibili alla mancata osservanza da parte del personale sanitario, di norme igieniche di varia natura. Per tali fatti veniva rinviato a giudizio il Prof. Lucarelli, primario del reparto di ematologia, con l'accusa di non aver correttamente vigilato sull'osservanza delle più elementari

Ma il rigoroso orientamento della Corte di Cassazione si è spinto sino a ricomprendere, nei doveri di organizzazione e direzione, anche quello concernente la verifica della corretta funzionalità ed efficienza degli impianti e dei macchinari presenti in reparto. Si può, a tal proposito, segnalare una pronuncia dei giudici di legittimità i quali — chiamati a pronunciarsi su un caso di omicidio colposo ai danni di una paziente deceduta al termine di un intervento chirurgico, a causa della somministrazione di protossido d'azoto, anziché di ossigeno, conseguente all'inversione, nel corso di lavori di manutenzione, dei tubi di derivazione afferenti alla sala operatoria — hanno rilevato che quando *“all'interno di un ospedale siano stati eseguiti lavori sull'impianto di erogazione dei gas medicinali e di anestesia afferenti ad una sala operatoria, l'obbligo di verificarne il corretto funzionamento, al fine di garantire che la ripresa dell'attività chirurgica avvenga senza pericolo per i pazienti in dipendenza dei lavori eseguiti, spetta non solo al responsabile tecnico-amministrativo della struttura sanitaria e ai soggetti ai quali è demandata la materiale esecuzione dei lavori, ma anche al primario ospedaliero responsabile del reparto di anestesia”* ⁽⁴⁸⁾.

Nello stesso senso è indirizzata anche la dottrina la quale, per l'ap-punto, colloca nel quadro del potere-dovere di direzione ed organizzazione dell'unità operativa anche il compito di controllare che le strutture ed i macchinari siano, o continuino ad essere, adeguati alle esigenze di una corretta diagnosi o terapia. Il primario, che accerti la sussistenza di una

norme igieniche da parte del personale ad esso sottoposto. La Suprema Corte ha però rilevato che *“non può invero richiedersi al primario – pur attribuendo a costui l'art. 63 D.P.R. n. 761 del 1971 il potere-dovere di impartire istruzioni e direttive ed esercitare la verifica inerente all'attuazione di esse – di essere costantemente al fianco di ogni singolo operatore sanitario del suo reparto, ed in occasione di ogni singolo contatto tra l'operatore ed il paziente. Non essendo consentita nel nostro ordinamento un'imputazione a titolo di responsabilità penale oggettiva, solo l'accertamento della condotta in concreto posta in essere da un operatore di un reparto può consentire di stabilire se detta condotta possa essere o meno imputabile al primario del reparto sotto il profilo della violazione dell'obbligo di vigilanza o dell'erroneità delle direttive impartite”*.

⁽⁴⁸⁾ Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 1995, n. 4385, Bassetti e altro, in *Giust. pen.*, II, p. 248. Più di recente cfr. Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 1553, cit. nella quale si afferma che tra i compiti del primario vi è quello di assicurare l'efficiente regolare gestione delle attrezzature sanitarie e di conseguenza viene dichiarata la sua penale responsabilità per aver tollerato che nel proprio reparto fosse utilizzato un sistema inidoneo (nella fattispecie un'incubatrice non conforme alla normativa CE e non adeguatamente manutenzionata) che creava condizioni di pericolo per i pazienti.

Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, sez. IV penale, 13 ottobre 1999, in *Foro Ambrosiano*, 2000, p. 301 che ha condannato per il rogo dell'ospedale Galeazzi anche il primario per non aver vigilato sul perfetto funzionamento della camera iperbarica e sugli strumenti di sicurezza destinati a prevenire e scongiurare incendi. In dottrina cfr. F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, cit., p. 32; R. FRESA, *La responsabilità penale*, cit., p. 770.

situazione “a rischio” all’interno del proprio reparto (in quanto un macchinario od una strumentazione sia malfunzionante o non più adeguata rispetto all’evoluzione tecnologica), ha il preciso dovere di informare gli organi amministrativi, richiedendo gli interventi necessari per la rimozione del pericolo⁽⁴⁹⁾.

In capo al primario, quindi, sussiste una vera e propria posizione di garanzia qualificabile non solo come posizione di protezione della salute del paziente, ma anche come vera e propria posizione di controllo in ordine alla funzionalità ed efficienza degli impianti presenti nel reparto⁽⁵⁰⁾

Resta, tuttavia, da chiarire quale comportamento debba tenere il sanitario che abbia segnalato agli organi amministrativi la situazione “a rischio” dell’unità che dirige, nel periodo che intercorre fra il momento dell’accertamento della situazione di pericolo e l’intervento di riparazione o sostituzione dell’attrezzatura. In tal caso, difatti, entrano in gioco due distinte esigenze: da un lato, la tutela della salute del paziente, che potrebbe essere messa in grave pericolo a causa dell’utilizzo di strumentazioni malfunzionanti, dall’altro, però, l’esigenza di non interrompere il servizio e di eseguire interventi diagnostici o terapeutici, magari anche urgenti⁽⁵¹⁾.

La questione non appare di semplice ed univoca soluzione, dovendo essere rapportata ad una serie di variabili concrete, come il grado del rischio al quale sono sottoposti i pazienti, la possibilità di dirottare gli stessi ad altra unità operativa, l’esistenza o meno di una situazione di urgenza o, addirittura, di necessità. In linea generale, si può osservare che, se il rischio, connesso all’utilizzo dell’apparecchiatura, è elevato (es. pericolo di morte o di lesioni gravi), l’astensione dall’impiego della stessa è doverosa, mentre quest’obbligo tende a ridursi con l’attenuazione dell’intensità o qualità del rischio. Resta comunque impregiudicata l’ammissibilità dell’utilizzazione dell’apparecchio, anche se difettoso, a fronte di una situazione di stato di necessità in cui il rischio per la vita o la salute del paziente derivante dal mancato intervento sia superiore rispetto a quello derivante dall’impiego di attrezzature malfunzionanti⁽⁵²⁾.

Al di fuori dello specifico dovere incombente sul primario di fornire la segnalazione di ogni carenza del reparto o malfunzionamento di attrezzature, nonché di indirizzare il paziente presso strutture più idonee restano da analizzare i possibili profili di responsabilità penale di un qualsiasi sanitario

⁽⁴⁹⁾ C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 33; C. PALMIERE, D.M. PICCHIONI, A. MOLINELLI, R. CELESTI, *Carenza delle strutture sanitarie*, cit., p. 104 ss.

⁽⁵⁰⁾ P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali ed organizzative*, cit., p. 17.

⁽⁵¹⁾ C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 33.

⁽⁵²⁾ C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 34.

che si trovi ad operare in una struttura con evidenti carenze organizzative e strumentali, ma decida, nondimeno, di eseguire l'intervento. In tali casi, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale laddove l'intervento abbia esito infausto, sarà configurabile una responsabilità colposa del medico, concorrente *ex art. 113 c.p.*, con quella del direttore sanitario della struttura.

Il medico che si avveda dell'inidoneità della struttura o della mancanza degli strumenti e dei presidi necessari per l'esecuzione dell'intervento deve, infatti, astenersi dal prestare la propria opera, informando adeguatamente il paziente delle carenze esistenti e disponendone, se del caso, il trasferimento ad altro reparto o ad altra struttura⁽⁵³⁾. Con specifico riferimento all'obbligo giuridico incombente sul medico di disporre il trasferimento del paziente, è intervenuta anche la Corte di Cassazione la quale — pronunciandosi in ordine ad una fattispecie di omicidio colposo commesso ai danni di una partoriente, deceduta a causa della mancanza di strumentazioni e presidi necessari per far fronte ad una copiosa emorragia, verificatasi al termine del parto — ha osservato che *"in tema di colpa professionale, il medico, qualora la struttura sanitaria di ricovero risulti inidonea, o sfornita dei mezzi e dei presidi necessari ad affrontare e risolvere la specifica patologia di cui il paziente sia portatore, anche in relazione a probabili complicanze prevedibili nella singolarità del caso, ha il dovere giuridico di disporre il trasferimento del paziente in altra struttura idonea, adottando tutte le opportune cautele"*⁽⁵⁴⁾. Con riferimento al caso di specie, i giudici di legittimità, nell'escludere la sussistenza di uno stato di necessità tale da giustificare la condotta del medico, evidenziano che quest'ultimo ben conosceva le *"miserrime condizioni nelle quali versava la struttura ospedaliera"* nella quale da tempo lavorava, e quindi doveva prospettarsi la sostanziale impossibilità di far fronte ad una emergenza di perdita di sangue.

⁽⁵³⁾ D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile*, cit., p. 2407; C. PALMIERE, D.M. PICCHIONI, A. MOLINELLI, R. CELESTI, *Carenza delle strutture sanitarie*, cit., p. 105.

⁽⁵⁴⁾ Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 2000, n. 272, De Donno ed altro, in *Cass. pen.*, 2002, p. 226.

Nello stesso senso più di recente v. anche Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2007, n. 44765, *inedita*; Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 1533, cit.

La Corte di Cassazione, seppure in ambito civile, ha riconosciuto la responsabilità del medico per omessa informazione della paziente circa l'inadeguatezza della struttura. Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 gennaio 2000, n. 6318, Valli ed altri, in *DeG*, 2000, 20, p. 14 *"la circostanza che manca nella legislazione italiana uno standard di riferimento degli strumenti, di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre, non esime il medico responsabile della cura dei pazienti dal dovere di informarli circa la possibile inadeguatezza della struttura per indisponibilità anche solo momentanea di strumenti essenziali per una corretta terapia o un'adeguata prevenzione di possibili complicazioni"*.

La Corte ritiene che il medico, quale titolare di una posizione di garanzia, abbia il preciso dovere di prendere cognizione e valutare attentamente la condizione clinico-patologica del paziente e predisporre quanto necessario per affrontarla e positivamente risolverla; un dovere che si spinge sino ad imporre al medico di provvedere al trasferimento del paziente che non possa essere adeguatamente curato all'interno della struttura ovvero ad informare lo stesso di tale inadeguatezza.

Laddove il medico decida egualmente di intervenire pur essendosi avveduto dell'inadeguatezza della struttura, sembra, quindi, configurabile, in caso di esito infausto, una responsabilità colposa, nella forma della *colpa per assunzione*, per violazione della regola cautelare che imponeva l'astensione dall'attività. Deve, tuttavia, evidenziarsi che proprio la colpa per assunzione ha costituito banco di prova per quegli orientamenti più recenti secondo cui le regole cautelari non possono avere quale contenuto un dovere di astensione. Se, infatti, la dottrina tradizionale pone tra i possibili contenuti delle regole cautelari anche il dovere di astensione, le opinioni più recenti procedono invece ad una revisione di tale ricostruzione, in quanto ritenuta incompatibile con la stessa nozione di regola cautelare⁽⁵⁵⁾. Risulta, infatti, ormai recepito l'assunto secondo il quale le regole cautelari sono *norme modali* in quanto indicano il modo in cui un'attività pericolosa debba essere svolta: ebbene se si conviene sul carattere modale della regola cautelare, è chiaro che essa non potrebbe consistere in un dovere di astensione⁽⁵⁶⁾.

In realtà, secondo uno specifico orientamento dottrinale, anche le ipotesi di colpa per assunzione possono essere correttamente affrontate senza ricorrere all'artificio della regola dell'astensione. Il ragionamento, da cui muove la dottrina in esame, è che esistono attività (tra le quali per l'appunto quella medica) che non sono semplicemente autorizzate, ma anche doverose, in quanto il compimento di esse è imposto all'agente da una posizione di garanzia⁽⁵⁷⁾. In tali casi, l'obbligo di astensione non avrebbe alcuno spazio di autonomia rispetto alla qualificazione del comportamento dannoso come imperito. È, infatti, innegabile che là dove la doverosità dell'attività pericolosa gravi su un soggetto per la sua qualifica professionale, si delinei con sufficiente chiarezza l'ambito in cui l'eventuale violazione del dovere di diligenza integri l'imperizia⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 88.

⁽⁵⁶⁾ F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 89.

⁽⁵⁷⁾ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 215.

⁽⁵⁸⁾ Il contenuto delle regole di perizia viene, infatti, comunemente individuato nell'insieme di regole tecniche (c.d. *leges artis*) proprie di un determinato tipo di attività. Specularmente, quindi, l'imperizia dovrebbe qualificarsi come la violazione delle *leges artis* e ciò a prescindere dal fatto che essa sia dovuta ad ignoranza delle leggi medesime o a inettitudine del soggetto agente. In tal senso cfr. F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 167.

Nel caso di medico, il quale si avveda della carenza della struttura e, nondimeno, in ragione della sua posizione di garanzia debba fornire le cure, non può certo parlarsi di obbligo di astensione. Egli, al contrario, avendo l'obbligo di attivarsi per salvare la vita del paziente, potrà esonerarsi da responsabilità solo agendo diligentemente, in modo da impedire l'evento, e non, invece, eccependo l'inidoneità della struttura⁽⁵⁹⁾. Nelle ipotesi di consapevolezza del *deficit* strutturale, al medico, quindi, altro non rimane se non chiedere il trasferimento del paziente presso una struttura più adeguata, in quanto, in caso contrario, egli dovrà rispondere, a titolo di colpa, dei danni eventualmente procurati al paziente⁽⁶⁰⁾.

A pochi mesi di distanza dalla precedente, però, i giudici di legittimità sono tornati sull'argomento con una pronuncia di segno contrapposto a quella sopra richiamata. In questa occasione la Corte di Cassazione, infatti, ha evidenziato che *“ai fini della configurabilità eventuale della responsabilità professionale di un sanitario per i danni subiti da una paziente (nella specie, trattasi di un procedimento per il reato di omicidio colposo), deve escludersi, in via di principio, che a questi possa addebitarsi, a titolo di colpa, l'insufficienza strutturale e di mezzi di un pubblico ospedale — nel quale il sanitario stesso sia chiamato a prestare la propria attività, evidentemente secondo le procedure di natura pubblicistica, e non privatistica, che disciplinano assunzioni e trasferimenti presso le pubbliche strutture sanitarie — oppure l'omessa informazione al paziente circa simili carenze”*⁽⁶¹⁾.

È, tuttavia, fuori dubbio che, a fronte di una situazione di stato di necessità, nella quale vi sia un pericolo di danno grave alla salute del paziente, in caso di mancato intervento immediato, il medico sarà legittimato a prestare la propria opera, in quanto in tal caso il fatto da lui realizzato potrà dirsi scriminato *ex art.* 54 c.p.⁽⁶²⁾.

Un'ulteriore ipotesi di cooperazione colposa tra amministratori della struttura sanitaria e personale medico può verificarsi nel caso in cui l'inadeguatezza della struttura si intrecci con l'errore del sanitario. Si pensi, ad esempio, al caso del medico che, nel corso di un intervento, esegua erroneamente una manovra che ponga in grave pericolo la vita del paziente, ma non abbia a disposizione le apparecchiature idonee a rimediare a situazioni d'emergenza⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 113.

⁽⁶⁰⁾ F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 218.

⁽⁶¹⁾ Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2001, n. 35758, Romis, in *Guida al dir.*, 2001, 48, p. 82.

⁽⁶²⁾ C.F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 34.

⁽⁶³⁾ D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile*, cit., p. 2406.

A conclusione di questo breve *excursus* sui casi in cui la divisione del lavoro determina la proliferazione di nuove forme di responsabilità colposa, distinte da quelle strettamente connesse all'atto medico, sembra emergere un chiaro dato: l'inserimento del medico all'interno di strutture complesse, pubbliche o private, determina l'inevitabile intreccio tra responsabilità individuale e responsabilità organizzativa. Il medico, oggi, non è più soggetto dotato di effettiva libertà di scelta in ordine alle cure da eseguire ed alle modalità delle stesse, in quanto le sue decisioni saranno sempre il frutto di una necessaria mediazione tra la miglior cura per il paziente e le potenzialità economiche, strutturali ed organizzative che l'azienda potrà (o vorrà) mettergli a disposizione⁽⁶⁴⁾.

Dalla disponibilità di mezzi, dipendono, infatti, in gran parte, le potestà operative del singolo medico, con l'ovvia conseguenza che anche la valutazione della colpa professionale di quest'ultimo dovrà essere rapportata alla realtà sanitaria in cui si trova ad operare. A tal riguardo, già alcuni anni addietro, autorevole dottrina evidenziava che *“anche la responsabilità del medico sottostà al limite del ad impossibilia nemo tenetur, nel senso che da lui poteva pretendersi, nei sui confronti era esigibile un comportamento corretto. Il problema sta diventando di sempre più bruciante attualità per una delle non poche contraddizioni del nostro paese nella presente epoca: all'astratto progredire della scienza medica e alle nostre astratte o velleitarie aspirazioni ad una medicina altamente qualificata, di livello nordeuropeo, fanno spesso da riscontro, in concreto, strutture sanitarie di tipo arretrato o terzomondista, dovute anche alle attuali carenze economiche e alle priorità riservare ai consumi individuali rispetto ai servizi sociali”*⁽⁶⁵⁾. L'Autore proseguiva osservando che è pur vero che non si può chiedere al medico di chiudere i reparti non rispondenti ai requisiti di legge o della miglior scienza del momento storico, tuttavia, allo stesso modo, la sua responsabilità non può essere valutata sulla base di parametri ottimali, non rispondenti alla realtà sanitaria del momento in cui si trova ad operare il sanitario. Ne consegue, pertanto, che *“a meno che non si possano riscontrare colpevoli omissioni del medico nel sollecitare gli interventi (economici, ecc.) della Pubblica Amministrazione competente, la colpa medica dovrà essere rapportata alla reale struttura sanitaria in cui il singolo medico concretamente opera”*⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ C. PALMIERE, D.M. PICCHIONI, A. MOLINELLI, R. CELESTI, *Carenza delle strutture sanitarie*, cit., p. 110.

⁽⁶⁵⁾ F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 21.

⁽⁶⁶⁾ F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, cit., p. 22.

ABSTRACT

In the last decades, the penal responsibility of doctors has acquired new aspects of negligence, mainly as a consequence of exercising their professional activity within a complex structure. Starting from an analysis of the context, the article deals with the problems relating to identifying the parties responsible for criminal offences such as murder or bodily harm to patients, deriving from structural and organisational deficiencies of the hospital authority. In this particular respect, the discussion focuses on the ever present impossibility to define the penal responsibility of the health authority (as juridical person) and the consequent sharing of responsibility among the administrative bodies of the structure itself (head of authority, administrative director, health director) and the medical staff.

La responsabilità penale del medico si è arricchita negli ultimi decenni di nuovi profili di colpa conseguenti, soprattutto, all'esercizio dell'attività professionale nell'ambito di strutture complesse. Muovendo dall'analisi di tale contesto, il contributo si sofferma sulle problematiche relative all'individuazione dei soggetti penalmente responsabili per i reati di omicidio e lesioni colposi ai danni del paziente conseguenti a carenze strutturali ed organizzative dell'ente ospedaliero. A tal riguardo, in particolare, viene evidenziata la persistente impossibilità di configurare la penale responsabilità della struttura sanitaria (in quanto persona giuridica) e la conseguente ripartizione di responsabilità tra gli organi amministrativi della stessa (direttore generale, amministrativo e sanitario) e il personale medico.

ALESSANDRA CALLEGARI

“AGENTE RESPONSABILE” E “MORALITÀ GIURIDICA”

– *Nel pensiero di Lon Fuller* –

Noi siamo prima di tutto esseri umani, e se vogliamo aggiungere qualche etichetta di carattere biologico a questa qualifica, allora neghiamo la qualità umana a noi stessi, nello sforzo di giustificare il negarla agli altri.
[L.L. Fuller]

1. Introduzione

Il presente lavoro costituisce un tentativo di ricostruzione e di analisi degli aspetti peculiari della nozione di “agente responsabile” nella *jurisprudence* di Lon Luvois Fuller (1902-1978).

Invero, è possibile affermare come il concetto di agente responsabile, elaborato in modo esplicito nel 1964 quale mera appendice del più generale impianto teorico sviluppato nella *Moralità del diritto*⁽¹⁾, abbia nel tempo goduto di sempre maggior attenzione tra gli studiosi⁽²⁾. La centralità che il tema della responsabilità ha assunto nel dibattito gius-filosofico contemporaneo ha reso, del resto, necessaria una progressiva rivalutazione della posizione

⁽¹⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto* [1964], trad. it., Giuffrè, Milano, 1986, p. 210 ss.

⁽²⁾ Sull'analisi del concetto di *responsible agent* nella teoria del diritto di Fuller, si rimanda a: P. SELZNICK, *Review of The Morality of Law by Lon Fuller*, in “American Sociological Review”, 30, 1965, p. 948; R. DWORKIN, *Philosophy, Morality and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, in “University of Pennsylvania Law Review”, 113, 1965, p. 672; J.L. MONTROSE, *Review of The Morality of Law by Lon Fuller*, in “The University Of Toronto Law Journal”16, 1966, pp. 451-455; J. CASSELS, *Lon Fuller: Liberalism and the Limits of the Law*, in “University of Toronto Law Journal”, 36, 1986, p. 334; K.I. WINSTON, *Legislators and Liberty*, in “Law & Philosophy”, 13, 1994, pp. 393-418; M. KRAMER, *Scrupulousness Without Scruples: a Critique of Fuller and His Defenders*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 18, 1998, p. 239, 244; C. MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, in “Law & Philosophy”, 24, 2005, pp. 250-251.

espressa sull'argomento dal giurista e filosofo del diritto statunitense⁽³⁾. Ci si propone, pertanto, di tentare di comprendere le ragioni che hanno portato Lon Fuller ad affermare e sostenere l'accettazione di un'etica deontologica di origine kantiana che considera l'uomo come «soggetto fine a sé» e mai come oggetto-mezzo⁽⁴⁾, che si esplica attraverso la peculiare qualità dell'esistenza umana, nel riconoscimento del carattere propositivo o intenzionale dell'uomo e nella promozione della comunicazione tra i partecipanti all'impresa giuridica⁽⁵⁾.

Tale visione della natura umana si pone in netto contrasto con quelle concezioni monistiche e temporalistiche, come il behaviorismo radicale di B.R. Skinner, a cui aderisce il giuspositivismo hartiano, che proponendo un'applicazione *sui generis* dell'empirismo induttivo, si propone di indagare lo studio del comportamento umano osservabile, in cui la mente viene considerata come una scatola nera o "black box", poiché i suoi processi e contenuti non sono empiricamente osservabili, in quanto l'esperienza sensibile, che pone l'oggetto in contatto con la realtà esterna, è l'unica fonte certa di conoscenza. Fuller, invece, insiste sull'accettazione del metodo introspettivo, in cui l'osservatore si identifica con l'osservato, e in cui occupano un posto rilevante le intenzioni e i propositi dei soggetti.

Alla luce di tali assunti, trova giustificazione il percorso di ricerca seguito. Esso si articola in varie tappe, ognuna delle quali è volta a cogliere, progressivamente, i tratti peculiari della concezione del diritto fulleriana, e le sue modalità esplicative. Così, muovendo da un'analisi delle critiche mosse alla

⁽³⁾ Per un'introduzione al concetto di responsabilità, nell'ambito del dibattito filosofico-giuridico in Italia, si ritiene doveroso rinviare agli studi di Giovanna Maria Antonietta Foddai, Gianluigi Palombella e Guido Gorgoni. In particolare: M.A. FODDAI, *Coscienza e responsabilità*, in "Per la filosofia", 30, 1994, pp.31-39; ID., *Il privilegio della responsabilità: la proposta di Hans Jonas*, in "Archivio storico e giuridico sardo di Sassari", 3, 1996, pp. 187-244; ID., *I percorsi della responsabilità*, in F. CAVALLA (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica*, Cedam, Padova, 1997, pp. 29-83; ID., *Le ragioni della responsabilità*, in L. LOMBARDI VALLARI (a cura di), *Logos dell'essere, logos della norma*, Edizioni Adriatica, Bari, 1999, pp. 1199-1244; G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo Edizioni, Bari, 2006; G. GORGONI, *La responsabilità come progetto. Primi elementi per un'analisi dell'idea giuridica di responsabilità prospettica*, in "Diritto e società", 2, 2009, pp. 243-292.

⁽⁴⁾ I. KANT, *Fondazione della metafisica del costumi* [1785], trad. it., in ID., *Scritti morali*, Utet, Torino, 1970, p. 79.

⁽⁵⁾ L.L. FULLER, *American Legal Philosophy at Mid-Century*, in "Journal of Legal Education", 6, 1954, p. 467; ID., *Freedom: a Suggested Analysis*, in "Harvard Law Review", 68, 1955, p. 1308, 1314; ID., *Human Purpose and Natural Law*, in "Natural Law Forum", 3, 1958, pp. 68-69; ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, in "Harvard Law Review", 71, 1958, pp. 630-654; ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 238-239.

teoria del diritto di Lon Fuller (§. 2), ci si concentrerà sul rapporto tra la morale e il diritto (§. 3), e sulle forme che ne scandiscono i contenuti, rappresentate dalla moralità esterna (§. 3.1), e dalla moralità interna del diritto (§. 3.2). Partendo poi da una citazione di Bracton, secondo cui: “*Quella in cui alla sera non si può mai sapere quale servizio si dovrà rendere la mattina successiva, è una servitù assoluta nella quale si rende un servizio incerto e non determinato, cioè in cui una persona è costretta a fare tutto quello che gli viene ordinato*”⁽⁶⁾, Fuller sostiene che in assenza di legalità possa esserci potere, ma non libertà, e che il diritto rappresenti il primo passo per assicurare e garantire la dignità umana⁽⁷⁾. Pertanto, si cercherà di analizzare il complesso problema relativo al compito, per un ordinamento giuridico, di considerare le persone come fini, e si tratterà del concetto di agente responsabile (§. 4), e delle sue declinazioni in ambito giudiziario (§. 4.1) e legislativo (§. 4.2). Infine, si analizzerà la critica di Fuller rivolta nei confronti di quelle posizioni comportamentiste (§. 5) che, sviluppatesi in America nella seconda metà del XX secolo, si prefiggevano lo scopo di eliminare il concetto di responsabilità personale, sostituendo alla responsabilità e alla libertà — principali assunti sottostanti al disegno delle istituzioni giuridiche — il controllo e la manipolazione.

2. Critiche a Lon Fuller, teorico del diritto

Chiunque proceda ad uno studio approfondito della teoria giuridica di Lon Fuller viene ad imbattersi nella curiosa situazione per cui essa, anche se oggetto di aspre critiche da parte di numerosi studiosi, non è mai stata accantonata, ma al contrario, continua a rappresentare un sempre vivace oggetto di confronto.

La prospettiva epistemologica legata all'empirismo logico e alle prime tradizioni di ricerca della filosofia analitica di stampo neo-positivista, proponendo la necessità di attuare il divisionismo tra ontologia ed ermeneutica del diritto, presuppone la distinzione tra discorsi descrittivi e discorsi valutativi, con la possibilità di adottare il criterio di verità solo per quanto riguarda il discorso descrittivo.

⁽⁶⁾ Citato in M. POLANYI, *La logica della Libertà* [1951], trad. it., Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 309. Fuller la considera un'analisi estremamente brillante della libertà. L.L. FULLER, *Freedom, a Suggested Analysis*, cit., p. 1305 nota 7.

⁽⁷⁾ Circa il rapporto tra diritto e responsabilità individuale nella filosofia del diritto di Fuller, si rimanda, in via generale, a: P. MULLOCK, *The Inner Morality of Law*, in “Ethics”, 84, 1974, p. 329, 331; D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 75-78; N. MACCORMICK, *Natural Law and the Separations of Law and Morals*, in R. GEORGE, *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 122-124; R.G. WRIGHT, *Does Positivism Matter?*, in R. GEORGE, *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 57, 60.

La *jurisprudence* fulleriana, fondandosi sull'idea che il diritto sia moralmente buono, non condivide la tesi meta-etica del divisionismo e considera irrilevante qualsiasi versione della dicotomia fatti-valori, in quanto essa non sarebbe in grado di descrivere le azioni umane e le istituzioni, che, per essere comprese, necessitano della conoscenza delle intenzioni dei loro autori⁽⁸⁾. Ciò significa, per Fuller, che fatti e valori tendono a fondersi tra loro, e l'osservatore, in quanto agente propositivo, partecipa attivamente al processo di valutazione delle intenzioni dell'attore, e quindi non porrà in essere meri giudizi di fatto, ma giudizi valutativi⁽⁹⁾.

Tutti i critici di Fuller non accettano l'idea che il diritto sia necessariamente connesso alla morale, in quanto i principi della morale interna del diritto stesso non avrebbero carattere morale, e pertanto non sarebbe conseguentemente possibile parlare di azione morale, e tanto meno vi sarebbe una necessaria connessione tra diritto e morale. Le maggiori critiche mosse da Hart, Cohen, Summers e Dworkin alla teoria fulleriana possono essere così brevemente accennate:

1) *Fuller confonde la moralità con il concetto di efficacia*. I principi della morale interna del diritto, secondo i critici del giurista americano, non sarebbero principi morali, ma principi di efficacia. Considerare "moralì" tali principi significherebbe ingenerare confusione tra due nozioni che devono essere tenute distinte: la nozione di efficienza per uno scopo e quei giudizi finali circa attività e scopi con cui la moralità, nelle sue varie forme, è rappresentata. Essi sostengono, inoltre, che la moralità riguarda i fini e non i mezzi delle nostre azioni. Un mezzo, come un sistema giuridico, può essere usato sia per fini buoni che cattivi, in quanto non contiene in se stesso alcuna qualità morale⁽¹⁰⁾;

2) *l'adesione alla morale interna del diritto è compatibile con una grande ingiustizia*. Infatti, secondo Hart in particolare, sarebbe sempre possibile rispettare i requisiti della morale procedurale, e porre comunque in essere cattivo diritto. Conseguentemente, non è possibile rinvenire una connessione necessaria tra diritto e morale⁽¹¹⁾;

⁽⁸⁾ L.L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, cit., pp. 697-705; ID., *The Law in Quest of Itself* [1940], AMS, New York, 1978, pp. 5-11, 138-140.

⁽⁹⁾ ID., *American Legal Philosophy at Mid-Century*, cit., p. 470; ID., *A Rejoinder to Professor Nagel*, in "Natural Law Forum", 3, 1958, p. 101.

⁽¹⁰⁾ H. HART, *The Morality of Law by Lon Fuller*, in "Harvard Law Review", 78, 1965, pp. 1284-1286; ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., pp. 593-629; M. COHEN, *Law, Morality and Purpose*, in "Villanova Law Review", 10, 1965, p. 651 ss.; R.S. SUMMERS, *More Essays in Legal Philosophy: General Assessment of Legal Philosophers*, University of California Press, Berkeley, 1971, p. 129 ss.

⁽¹¹⁾ H. HART, *The Morality of Law by Lon Fuller*, cit., p. 1288; J.N. SHKLAR, *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge, 1964, p. 109.

3) violare i requisiti della morale procedurale non significa violare principi morali. In determinate circostanze, è possibile violare un principio morale anche guardando fuori dalla finestra, ma questo non deve portarci a pensare che esista un principio morale che vieti di guardare dalla finestra⁽¹²⁾.

La peculiarità epistemologica che caratterizza la teoria del diritto naturale procedurale di Lon Fuller, e che ha dato adito al sorgere di numerose critiche, consiste nel ritenere che il diritto non possa essere ridotto ad un semplice meccanismo di controllo sociale, così come sostenuto dal giuspositivismo di Herbert Hart (1907-1992) e dal suo predecessore John Austin (1790-1859)⁽¹³⁾ o al considerare i diritti come “carte da briscola” da utilizzare al fine di limitare il potere dello Stato⁽¹⁴⁾.

L’ordinamento giuridico rappresenta, piuttosto, un’impresa umana in cui la reciprocità tra cittadini e istituzioni pubbliche assume un carattere fondamentale, e si realizza, da un lato, tramite il rispetto dei principi della morale interna del diritto da parte del legislatore⁽¹⁵⁾; dall’altro lato, con l’accettazione, da parte dei cittadini, di assoggettare la loro condotta al governo delle regole, al fine di realizzare i loro progetti di vita personali, nel rispetto del diritto stesso⁽¹⁶⁾.

⁽¹²⁾ R.S. SUMMERS, *More Essays in Legal Philosophy: General Assessment of Legal Philosophers*, cit., p. 130. R. DWORKIN, *Philosophy, Morality and the Law. Observation Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim*, cit., pp. 674-675; ID., *The Elusive Morality of Law*, in “Villanova Law Review”, 10, 1965, p. 631 ss.

⁽¹³⁾ Sui caratteri peculiari della teoria del diritto di John Austin, si rinvia a: J. AUSTIN, *Lectures in Jurisprudence* [1879], Thoemmes, Bristol, 1996; ID., *Delimitazione del campo della giurisprudenza* [1832], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1995.

⁽¹⁴⁾ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* [1971], trad. it., Feltrinelli, Milano, 2002; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* [1978], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1982.

⁽¹⁵⁾ Sul tema della reciprocità nella filosofia del diritto di Lon Fuller, si rimanda, in generale, a: P. NICHOLSON, *The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics*, in “Ethics”, 84, 1974, pp. 314, 323-324; R.A. DUFF, *Legal Obligation and the Moral Nature of Law*, in “Juridical Review”, 61, 1980, pp. 75-78, 80, 82; R. SUMMERS, *L.L. Fuller*, Edward Arnold, London, 1984, p. 38 ss.; N. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet & Maxwell, London, 1986, pp. 124-125; C. COVELL, *The Defence of Natural Law*, St. Martin’s Press, New York, 1992, pp. 50-52; J. BOYLE, *Legal Realism and the Social Contract: Fuller’s Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance*, in “Cornell Law Review”, 78, 1993, pp. 377, 392-397; D. BRUDNEY, *Two Links of Law and Morality*, in “Ethics”, 103, 1993, p. 284 ss.; G. POSTEMA, *Implicit Law*, in “Law and Philosophy”, 13, 1994, pp. 367-387; J. WALDRON, *Why Law – Efficacy, Freedom or Fidelity?*, in “Law and Philosophy”, 13, 1994, pp. 277-282; B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, Westview Press, Boulder, 1996, p. 80 ss.; J.W. HARRIS, *Legal Philosophies*, Butterworths, London, 1997, pp. 149-150.

⁽¹⁶⁾ Sul punto, si rimanda ai lavori di: H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in “Harvard Law Review”, 71, 1958, pp. 607-608, 623, trad. it. in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, *Positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giapichelli, Torino, 2005; ID., *Il concetto di diritto* [1961], trad. it., Einaudi Editore,

Diversamente da quanto sostenuto nella teoria del diritto di Fuller, nello strumentalismo minimo di John Austin la fiducia nelle qualità e capacità dei cittadini di essere partecipanti intelligenti dell'organizzazione giuridica è totalmente assente. Egli era convinto, alla stregua di John Stuart Mill⁽¹⁷⁾, che la popolazione inglese non fosse in grado di raggiungere in un possibile futuro un progresso educativo e mentale preliminare e necessario alla realizzazione della democrazia. Accanto a tale idea, era insito nei suoi pensieri il timore che l'opinione morale comune fosse così frantumata, così parziale e piena di pregiudizi, che gli individui non potessero affidarsi ad essa per comportarsi in modo rispettabile. Pertanto, la vita della comunità doveva necessariamente svolgersi attraverso la guida comune del diritto, inteso come strumento nelle mani di un singolo individuo o *élite* con il compito di realizzare i bisogni pubblici⁽¹⁸⁾.

Anche Herbert Hart, secondo Fuller, non ripone particolare attenzione alle attitudini e alle capacità dei cittadini, ritenendo invece rilevante, al fine dell'esistenza del diritto, non l'accettazione dello stesso da parte dei privati, ma da parte dei funzionari pubblici, che lo devono adottare come guida per la loro condotta⁽¹⁹⁾.

Si prescinde, pertanto, anche con Hart, dall'idea di fondare il fenomeno giuridico su una corretta comunicazione tra cittadini e istituzioni, mentre continua ad essere viva la concezione di una normatività giuridica esclusivamente in termini di proiezione unilaterale di autorità⁽²⁰⁾.

Lon Fuller, inoltre, contesta ad Hart di non avere definito le "fondamentali e accettate regole procedurali che disciplinano la produzione giuridica", che rappresentano una fusione tra diritto e morale entro i sistemi giuridici, e si basano sulla generale accettazione da parte dei consociati, in quanto percepite come giuste e necessarie⁽²¹⁾. Il giurista americano è del parere che il

Torino, 1991; L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, in "Harvard Law Review", 71, 1958, p. 632; Id., *La moralità del diritto*, cit., pp. 248-250; Id., *Human Interaction and The Law* [1969], in Id., *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, a cura di K.I. Winston, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 22-23; Id., *Anatomy of the Law*, Greenwood Press, Westport, 1976, pp. 22-34; H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

⁽¹⁷⁾ Sul punto, si rimanda a J.S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo* [1861], trad. it., Editori Riuniti, Roma, 1997, pp. 132-133.

⁽¹⁸⁾ J. AUSTIN, *Lectures in Jurisprudence*, cit., p. 294 n. 29.

⁽¹⁹⁾ La diatriba tra i due giuristi si accende con la pubblicazione, nel 1958, del saggio di Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, a cui Fuller replica con il saggio *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*. Seguono la pubblicazione di *Concept of the Law* di Hart nel 1961, di *The Morality of the Law* di Fuller nel 1964, e la recensione dell'opera di Fuller da parte di Hart nel 1965.

⁽²⁰⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 247-252.

⁽²¹⁾ Id., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., pp. 641-643; Id., *La moralità del diritto*, cit., pp. 130-142.

giuspositivismo, “nel suo intento di assegnare le giuste etichette alle cose che le persone fanno, [...] sembra perdere ogni interesse a chiedersi se le persone stiano facendo le cose giuste”⁽²²⁾.

Infine, Fuller, a differenza di Hart, secondo il quale la stragrande maggioranza degli uomini desidera vivere anche a costo della più orrenda miseria, è dell’opinione che la sopravvivenza non rappresenti l’unico fine proprio dell’attività umana (si pensi alla propositività umana e alla necessità della comunicazione tra gli individui) ma una condizione necessaria, non sufficiente nel determinare i molteplici scopi dell’uomo⁽²³⁾. Secondo Fuller il sistema giuridico, inteso quale impresa umana frutto di collaborazione e di bisognoso costante rinnovamento, non può costruirsi sul “mero diritto”⁽²⁴⁾, ma richiede una moralità interna allo stesso, in virtù della quale i giudici siano interessati a rispondere alla domanda “che cos’è un buon diritto?”, almeno quanto alla domanda “Che cos’è diritto?”⁽²⁵⁾.

È possibile pertanto sostenere che le critiche mosse a Fuller dai suoi critici si caratterizzano per essere “un dialogo tra sordi”, in quanto, facendo riferimento a diverse concezioni relative alla natura dell’uomo, partono da punti di partenza diversi, e non possono trovare fruttuosi punti di incontro⁽²⁶⁾.

3. Morale e diritto

Lon Fuller è del parere che un ordine giuridico sia sempre il frutto di una gradualità, e che pertanto esso debba essere costruito⁽²⁷⁾. A tal fine, è necessario tener conto di due tipi di moralità del diritto che si influenzano reciprocamente e ne rendono possibile la realizzazione: 1) una moralità esterna, o sostanziale, che si esplica in atteggiamenti morali dei consociati,

⁽²²⁾ ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 643.

⁽²³⁾ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., pp. 593 ss.; L.L. FULLER., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., pp. 630-654; ID., *La moralità del diritto*, cit., p. 237.

⁽²⁴⁾ ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 645.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 657.

⁽²⁶⁾ Su questo punto, si veda la critica di Fuller a Dworkin e Cohen (ID., *A Reply to Professors Cohen and Dworkin*, in “Villanova Law Review”, 10, 1965, pp. 656-656). Si veda, altresì, l’interessante saggio di G. BRECKENRIDGE, *Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy between Professor Hart and Professor Fuller*, in “Vanderbilt Law Review”, 18, 1965, pp. 945-964.

⁽²⁷⁾ L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 646.

secondo i quali la vita nella società è possibile solo attraverso un'autorità che regoli le relazioni degli individui tra loro, e pertanto conferiscono a quest'ultima la competenza a creare diritto; 2) una moralità interna o procedurale che deve essere accettata e rispettata dall'autorità che crea il diritto, facendosi carico delle responsabilità connesse alla propria condizione⁽²⁸⁾.

Nella vita di una nazione, secondo Fuller, questi due tipi di moralità si configurano tra loro non in virtù di una connessione necessaria, ma tramite un'affinità naturale⁽²⁹⁾ e coinciderebbero, nelle parole dell'antropologo Robert Lowie, a "*postulati etici generalmente accettati caratterizzanti le nostre [...] istituzioni giuridiche [...] che garantiscono il loro armonioso funzionamento*"⁽³⁰⁾. Conseguentemente, il giurista americano ritiene che la validità del diritto non si fonderebbe, come sostenuto dal giuspositivismo, su un *test* analitico di validità secondo il quale il diritto è tale se supera un *pedigree* formale, prescindendo dal suo contenuto morale. Fuller, invece, sostiene una connessione necessaria tra diritto e morale interna allo stesso diritto, secondo cui la forma del diritto (e non il contenuto, come vorrebbe il giusnaturalismo) è essa stessa moralmente buona, e si fonda sul principio di reciprocità, in virtù del quale il legislatore, nel considerare l'individuo come agente responsabile e libero, deve rispettare il diritto naturale procedurale, garantendo la fedeltà al diritto⁽³¹⁾.

3.1. *La morale esterna del diritto*

Nell'analisi dei caratteri peculiari della morale esterna del diritto è necessario accennare brevemente ad un saggio del 1966 pubblicato da Douglas Sturm⁽³²⁾, professore di Religione alla *Bucknell University*, che ha avuto modo di conoscere personalmente Fuller alla *Harvard Law School*, da cui è possibile rinvenire spunti inediti sul pensiero del giurista americano, e quindi particolarmente interessanti. Secondo Fuller gli scopi del diritto (o

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 649.

⁽²⁹⁾ Ivi, pp. 636, 645.

⁽³⁰⁾ R.H. LOWIE, *The Origin of the State*, Harcourt, Brace and Co., New York, 1927, p. 113; L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 645.

⁽³¹⁾ ID., *The Problems of Jurisprudence: a Selection of Readings Supplemented by Comments*, Temporary Edition, The Foundation Press, Brooklyn, 1949, pp. 701-702, 711; ID., *La moralità del diritto*, cit., p. 201; ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 643; ID., *American Legal Philosophy at Mid-Century*, cit., p. 462; J. CASSELS, *Lon Fuller: Liberalism and the Limits of the Law*, cit., p. 340.

⁽³²⁾ D. STURM, *Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory*, in "Stanford Law Review", 18, 1966, pp. 612-639.

morale esterna), consistono: a) nel preservare la vita umana⁽³³⁾; b) nel conservare vivo il fine propositivo o intenzionale dell'uomo, realizzando la convivenza con i suoi simili⁽³⁴⁾; c) nella necessità di permettere la comunicazione tra gli uomini e consentire loro un reciproco riconoscimento, conformemente a quello che è il *proprium* dell'essere uomo⁽³⁵⁾. Per il giurista americano, tali assunti possono realizzarsi solo aderendo ad una concezione della libertà individuale quale “libertà per”, intesa come positiva partecipazione degli individui ai processi decisionali⁽³⁶⁾. Egli si pone in posizione critica nei confronti della tesi analitica della libertà negativa, intesa quale “libertà da” qualsiasi proposito razionale⁽³⁷⁾.

Pertanto la ragione, privata di qualsiasi forza normativa, non è più in grado di rivelare i principi dell'ordine umano, e viene rimpiazzata dal potere, ultimo arbitro dei propositi sociali, in cui gli imperativi morali vengono trasformati in ideologia o preferenze di valori proposti dal maggiore offerente⁽³⁸⁾. Per meglio chiarire la sua posizione in merito, il giurista americano propone il seguente esempio: “*se diciamo che X è libero di fare Y, è implicito che X sia una creatura vivente, capace di azione propositiva, che può agire all'interno di un insieme di alternative, nel senso che potrebbe fare Y o anche Z, o rimanere inattivo (se dicessimo che X deve fare Y, allora tale possibilità sarebbe esclusa), mentre nessuna implicazione è contenuta nell'affermazione [di orientamento giuspositivista] secondo cui X è libero da Y*”⁽³⁹⁾. A sua volta, la “libertà per” può essere promossa e realizzata solo attraverso il ruolo istituzionale di strutture formali (i processi giuridici) che permettono di porre in essere una scelta responsabile e di esprimere la propositività e la libertà umana⁽⁴⁰⁾. Un esempio tipico di libertà dalla libertà, che implica una scelta non responsabile, è quello del giocatore della *roulette*, quando punta la sua *chip* su un numero, in quanto egli si assoggetta al rischio di vincere o perdere, senza la responsabilità della scelta.

⁽³³⁾ L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., pp. 630-654.

⁽³⁴⁾ ID., *American Legal Philosophy at Mid-Century*, cit., p. 472; ID., *Freedom: a Suggested Analysis*, cit., p. 1308; ID., *Human Purpose and Natural Law*, cit., pp. 68-69.

⁽³⁵⁾ ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 238-239.

⁽³⁶⁾ ID., *Freedom, a Suggested Analysis*, cit., p. 1320, nota n. 7; ID., *Freedom as a Problem of Allocating Choice*, in “Proceedings of the American Philosophical Society”, 2, 1968, p. 103.

⁽³⁷⁾ ID., *Freedom, a Suggested Analysis*, cit., p. 1305. Si rimanda, sul punto, a J.S. MILL, *Saggio sulla libertà* [1859], SugarCo, Milano, 1990, capitolo 5.

⁽³⁸⁾ L.L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, cit., p. 121.

⁽³⁹⁾ ID., *Freedom, a Suggested Analysis*, cit., pp. 1306-1307.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, pp. 1311-1324.

Pertanto, secondo il giurista americano, i processi o mezzi dell'organizzazione socio-giuridica non sono tipologie di ordine spontaneo, ma hanno sempre origine da sforzi umani propositivi individuali (lo sono, ad esempio, le forme del linguaggio, il mercato economico, la teoria scientifica, il *common law*, e per assurdo, anche un sentiero tra i boschi)⁽⁴¹⁾. Essi operano in virtù di regole e decisioni, e hanno il compito di realizzare e dare rilevanza sociale alla scelta individuale (che altrimenti risulterebbe senza significato) attraverso uno sforzo sociale collaborativo⁽⁴²⁾. Quindi, i processi giuridici non rappresentano limitazioni o restrizioni alla libera scelta, ma hanno il compito di preservare l'individuo dal vuoto soffocante posto in essere da una scelta senza vincoli⁽⁴³⁾.

Concludendo, gli elementi della morale esterna che, in concorso con i principi della morale procedurale, rendono possibile il diritto, possono realizzarsi solo entro una concezione della libertà intesa quale "libertà per", che a sua volta è attuabile solo attraverso l'utilizzo, da parte degli individui, dei processi giuridici mediante i quali si esplica il diritto, ognuno dei quali permette la realizzazione di particolari esplicazioni di tale dottrina della libertà⁽⁴⁴⁾.

Ma in cosa consistono tali processi? Che compito hanno? Come si configurano all'interno della teoria del diritto di Fuller? Il giurista americano propone, al fine di una loro corretta esplicazione, la cosiddetta "teoria del buon ordine e delle intese realizzabili", altresì definita *eunomics*⁽⁴⁵⁾, una sorta di "impresa pratica" rivolta all'analisi dei mezzi disponibili, o processi, tesi alla realizzazione di particolari forme di organizzazione giuridico-sociale, che perseguono il fine di risolvere i conflitti e promuovere l'azione cooperativa tra gli individui⁽⁴⁶⁾.

Fuller è legato all'idea secondo cui "*se si fanno le cose nel modo giusto, facciamo la cosa giusta*"⁽⁴⁷⁾. Tali processi sono costituiti: a) dall'interazione tacita ricorrente in seno all'auto-controllo autonomo degli individui entro un determinato contesto, da cui ha origine il diritto consuetudinario⁽⁴⁸⁾; b) dal

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 1305.

⁽⁴²⁾ Ivi, pp. 1322-1325.

⁽⁴³⁾ Ivi, pp. 1311-1312.

⁽⁴⁴⁾ Id., *A Rejoinder, to Professor Nagel*, cit., p. 84.

⁽⁴⁵⁾ Id., *American Legal Philosophy at Mid-Century*, cit., p. 477.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, pp. 477-478; Id., *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 694.

⁽⁴⁷⁾ Id., *What the Law School Can Contribute to the Making of Lawyers*, in "Journal of Legal Education", 1, 1948, p. 204.

⁽⁴⁸⁾ Esso è il prodotto di una "stabilizzazione di aspettative reciproche interazionali, in base alle quali le persone guidano la loro condotta l'una nei confronti dell'altra", e che si fonda sullo scopo generale di realizzare certi bisogni o preferenze

processo di ri-definizione progressiva di accordi espliciti⁽⁴⁹⁾, da cui ha origine il contratto⁽⁵⁰⁾; c) dal processo di legislazione democratica, da cui ha origine l'*enacted law*; d) dai processi elettorali, dai quali hanno origine le nomine di funzionari, l'approvazione di referendum, ecc; e) dalla direzione amministrativa o manageriale, dalle quale hanno origine gli ordini, i decreti, i regolamenti ecc.; f) dall'*adjudication* (incluso l'arbitrato), da cui ha origine *il common law*; g) dal processo di mediazione, da cui hanno origine gli accordi, le transazioni, ecc.

Secondo Fuller, i processi giuridici sono “intese propositive umane”, nel senso che sono necessarie a realizzare la “libertà per” dell'individuo, che si esplica attraverso diverse modalità. Ad esempio, il processo giuridico dell'*adjudication* deve, per essere qualificato come tale, permettere la libera partecipazione dei soggetti interessati nel processo decisionale, mediante la formulazione, da parte di questi ultimi, di argomentazioni razionali e la produzione di prove⁽⁵¹⁾.

Per il giurista americano, le forme di organizzazione sociale sopra descritte possono riassumersi in due grandi categorie: 1) l'“associazione fondata sul principio di reciprocità”; 2) l'“associazione regolata dal principio di fini comuni, che si esprime attraverso la direzione manageriale”. La prima, in cui gli uomini vengono trattati come fini, nell'ottica delle teoria fulleriana, consiste in un'associazione in cui una o più persone ricevono dall'altro un profitto, denominato “di reciprocità” che è maggiore rispetto a ciò che danno (si pensi allo scambio di

collettive, avvertite da coloro che per primi hanno posto in essere tale condotta per quei fini. ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 128-129, 290-291, 297-201; ID., *The Anatomy of the Law*, cit., p. 65. R.S. SUMMERS, *Lon Fuller*, cit., p. 79. Per un'analisi dei caratteri del diritto consuetudinario nella teoria del diritto di Lon Fuller, si rimanda a A. CALLEGARI, *L'implicit law nella teoria interazionale del diritto di Lon Fuller*, in “Annali dell'Università di Ferrara”, Vol. XIX, 2005, pp. 205-227.

⁽⁴⁹⁾ Il diritto dei contratti si propone di realizzare molteplici scopi (efficiente produzione e distribuzione di beni e servizi, solidarietà sociale, aumentare la soddisfazione sociale), in concorso con la norma morale che ha origine dal principio di reciprocità, secondo cui le promesse devono essere mantenute. Il processo contrattuale, teso alla produzione del diritto dei contratti, per avere massima forza morale, deve svilupparsi entro determinate condizioni: a) le parti devono avere altre opzioni ed essere libere da qualsiasi coercizione; b) entrambe le parti devono essere ben informate; c) nessuna parte deve avere maggiore potere rispetto all'altra; d) ogni soggetto deve partecipare attivamente alla realizzazione dell'accordo; e) ogni parte deve comprendere e accettare tutti i termini dell'accordo; f) l'accordo non ha origine dalla volontà di una sola parte. L'organizzazione sociale mediante il diritto dei contratti, secondo Fuller, non è auspicabile in ambito familiare o in contesti in cui le parti non si trovano in rapporto di parità. In tali casi è più efficace l'utilizzo del diritto consuetudinario. R.S. SUMMERS, *Lon Fuller*, cit., p. 83.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 82.

⁽⁵¹⁾ L.L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, in “Harvard Law Review”, 92, 1978, p. 364. Sui caratteri dell'*adjudication*, si rimanda al §. 4.1.

biglie tra due bambini, o allo scambio di beni economici entro un mercato)⁽⁵²⁾. La seconda forma di associazione, in cui gli uomini sono trattati come mezzi e non come fini si instaura, invece, tra due o più individui che hanno lo scopo o bisogno condiviso da un numero sufficiente di loro (e modificabile nel tempo e in base alle circostanze) di raggiungere un profitto realizzabile mediante l'azione cooperativa (si pensi alla semplice, informale e volontaria associazione tra compaesani di un villaggio in montagna, che si uniscono per debellare un incendio che minaccia le loro case, o a quella più complessa, formale e non totalmente volontaria, come nelle corporazioni industriali, nei governi e nelle unioni di lavoratori)⁽⁵³⁾.

3.2. *Il fondamento morale dell'ordinamento giuridico: i principi della inner morality*

Le forme di organizzazione o di controllo sociale, dette anche forme di propositività umana, che si esprimono attraverso diversi processi giuridici, sono mezzi impiegati per permettere la realizzazione dei fini dello sforzo umano individuale e collettivo⁽⁵⁴⁾. Il diritto stesso, affinché possa validamente esistere ed essere rispettato dai consociati, deve contenere una moralità interna, che si esplica attraverso dei principi della legalità, che devono essere rispettati in *primis* dal corpo legiferante, e in cui la mancanza totale anche solo di uno di essi non solo determina un cattivo sistema giuridico, ma pone in essere qualcosa che non può nemmeno essere chiamato diritto⁽⁵⁵⁾. Essi sono definiti criteri di perfezione con cui è possibile testare l'eccellenza del diritto⁽⁵⁶⁾.

Secondo Fuller, affinché si possa parlare di diritto (così come una macchina a vapore, per funzionare correttamente, necessita di alcuni elementi indispensabili)⁽⁵⁷⁾ è necessario in *primis* che esso sia conforme a tali

⁽⁵²⁾ ID., *Governmental Secrecy and the Forms of Social Order*, in "Nomos", II, 1959, p. 257.

⁽⁵³⁾ ID., *Freedom, a Suggested Analysis*, cit., pp. 1316-1318; ID., *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 693-743; ID., *The Forms and Limits of Adjudication*, cit., p. 362.

⁽⁵⁴⁾ ID., *Human Purpose and Natural Law*, cit., p. 75.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, pp. 87, 95; ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 56, 59; ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit, p. 645. Sui principi di *rule of law* nella *jurisprudence* di Lon Fuller, si rimanda, in generale, a: J. WADRON, *Why Law - Efficacy, Freedom or Fidelity?*, cit., pp. 259-284; D. LUBAN, *Natural Law as Professional Ethics: A Reading on Fuller*, in "Social Philosophy and Policy", 18, 2001, pp. 176-205; G. POSTEMA, *Implicit Law*, cit., pp. 361-387.

⁽⁵⁶⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 59.

⁽⁵⁷⁾ ID., *The Law in Quest of Itself*, cit., p. 11.

prerequisiti formali e morali del diritto. Quando tali principi della *rule of law* vengono rispettati, le relazioni politiche strutturate entro il sistema giuridico esprimono i valori morali della reciprocità e la dignità di ogni essere umano in quanto capace di scelta autonoma⁽⁵⁸⁾. Pertanto, essi fungono da auto-limitazione, oltre che per i soggetti a cui sono rivolti, anche per coloro che creano il diritto⁽⁵⁹⁾. Gli individui sono pertanto consapevoli di quali progetti possono essere realizzati, in conformità al diritto, e quali sono invece vietati, e ciò permette loro di perseguire i loro ideali di vita nella consapevolezza che, alla luce del principio di reciprocità, non saranno inaspettatamente puniti dall'intervento arbitrario dell'autorità pubblica. Dotandoli di tale senso di sicurezza, tali principi realizzano, all'interno del sistema giuridico, l'intrinseca funzione morale della capacità di auto-determinazione di ogni persona sana e adulta, che viene quindi considerata un agente razionale, capace di deliberazione e di scelta autonoma⁽⁶⁰⁾. In questo il *rule of law*, con i suoi principi della morale procedurale, limita il tipo di ingiustizia che il potere pubblico potrebbe perseguire⁽⁶¹⁾.

Solo in casi marginali è possibile rinvenire un'organizzazione sociale che non si fondi sulla morale procedurale, come quello di una coppia profondamente innamorata, o in un piccolo gruppo di uomini uniti da qualche situazione di emergenza⁽⁶²⁾.

Al fine della definizione degli otto principi della morale procedurale, Fuller distingue tra due tipi di morale: la morale del dovere e la morale dell'intenzionalità. La prima è posta, su un'ipotetica scala, al gradino più basso, in cui sono posti i più ovvi ed essenziali doveri morali; la seconda è situata in cima, in cui si ha l'eccellenza umana⁽⁶³⁾. La morale del dovere pone le regole di base (doveri che sorgono in base a un rapporto di reciprocità) che devono essere rispettate totalmente se si vuole parlare di società organizzata (si pensi ad esempio al “non rubare”), supportate da sanzioni sociali e giuridiche in caso di loro inosservanza. La morale dell'aspirazione è la morale della buona vita, dell'eccellenza, delle più alte realizzazioni delle possibilità umane (si pensi all'essere generoso), ad esempio, che sono rafforzate da

⁽⁵⁸⁾ ID., *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, cit., p. 644.

⁽⁵⁹⁾ ID., *American Legal Philosophy at Mid-Century*, cit., pp. 473-474.

⁽⁶⁰⁾ J. WALDRON, *Why Law – Efficacy, Freedom or Fidelity?*, cit., pp. 268-269; K. WINSTON, *Legislators and Liberty*, cit., p. 398 ss.

⁽⁶¹⁾ C. MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, in “Law and Philosophy”, 2005, 24, p. 239.

⁽⁶²⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 31-32.

⁽⁶³⁾ La distinzione tra morale del dovere e morale dell'intenzionalità non è stata individuata la prima volta da Fuller, ma era già stata analizzata da altri autori, tra cui lo stesso Hart. Ivi, p. 11.

onore e auto-soddisfazione, e che non ci si aspetta vengano rispettate da tutti⁽⁶⁴⁾. Dato che è difficile collocare una linea divisoria tra il punto in cui cessano i doveri e sorgono le aspirazioni, e quindi identificare quali sono i fini che devono essere perseguiti dagli esseri umani, Fuller si affida alla concezione aristotelica del giusto mezzo che rimanda alla nozione di equilibrio armonico (*balance*), identificando nei principi della morale procedurale i mezzi che devono essere utilizzati per raggiungere l'eccellenza nel diritto⁽⁶⁵⁾.

La distinzione tra morale del dovere e morale dell'aspirazione proposta da Fuller è utile per spiegare la struttura della morale interna del diritto, in quanto quest'ultima è in gran parte una morale dell'aspirazione, ma la conformità ai suoi principi non è mai assoluta e totale, e oscilla gradualmente tra le due forme di morale. Quando tutti i principi della legalità vengono completamente rispettati, si raggiunge la perfezione giuridica⁽⁶⁶⁾, ed è possibile perseguire le possibili concezioni del bene relative alla vita dell'uomo⁽⁶⁷⁾. Il successo della realizzazione dei principi della morale interna, e quindi del sistema giuridico, è un problema di grado, e dipende dall'energia, intelligenza e consapevolezza del legislatore, che deve tentare di bilanciarli. La razionalità del diritto non si fonda, secondo Fuller, sulla logica o sulla geometria, ma deve essere simile ad un calcolo economico, in cui si devono considerare tutte le variabili implicate, soppesando costi e benefici, e determinare che x è meglio di y ⁽⁶⁸⁾.

Venendo ora ad analizzare gli *otto desiderata* normativi, che esprimono una connessione necessaria tra diritto e morale interna allo stesso, Fuller è del parere che un sistema giuridico si fondi necessariamente sul loro rispetto, almeno nella parte cui essi sono considerati dei doveri, secondo i quali le regole devono: 1) essere generali, cioè permettere o proibire determinati comportamenti; 2) essere promulgate, nel senso che devono essere pubblicamente accessibili, e ciò permette ai cittadini di conoscere cosa è richiesto loro dall'autorità di governo; 3) essere irretroattive; 4) essere chiare, nel senso che i cittadini devono essere in grado di comprendere ciò che il diritto proibisce, permette o richiede loro; 5) non essere contraddittorie, nel senso che non possono proibire e permettere uno stesso comportamento; 6) non chiedere agli individui l'impossibile; 7) essere costanti nel tempo; 8) essere congruenti con l'azione ufficiale⁽⁶⁹⁾. Pertanto, quando coloro che pongono in essere il diritto rispettano gli otto

⁽⁶⁴⁾ Ivi, pp. 39, 60.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, pp. 28, 39, 60, 220.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, pp. 26, 39, 60.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 200.

⁽⁶⁸⁾ ID., *Anatomy of the Law*, cit., p. 166.

⁽⁶⁹⁾ ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 65-122.

principi del *rule of law*, il diritto da essi creato è in grado di influenzare la ragion pratica dei cittadini⁽⁷⁰⁾. Questi ultimi, a loro volta, hanno un obbligo morale di obbedire al diritto, e tale obbligo è condizionato al fatto che altresì i funzionari rispettino i principi del *rule of law*⁽⁷¹⁾.

4. *La concezione dell'uomo come agente responsabile*

Come Immanuel Kant si riferiva ad un ordine morale, anche per Fuller, il primo principio su cui dovrebbe fondarsi ogni ordinamento giuridico è quello di accettare la concezione secondo cui l'uomo è o può divenire un agente responsabile, capace di comprendere e seguire delle norme, e di rispondere delle sue mancanze⁽⁷²⁾. Se invece si aderisce alla concezione secondo cui l'uomo è incapace di agire responsabilmente, la morale giuridica perde la sua ragion d'essere, in quanto non giudichiamo più un uomo, ma agiamo su di lui, svilendo la sua dignità⁽⁷³⁾.

Proprio come la morale del dovere richiede di trattare gli altri come fini e non come semplici mezzi, così la morale interna del diritto (che richiede che il diritto sia chiaro, pubblico, non retroattivo, coerente e così via) costringe il legislatore a riconoscere la dignità e la capacità di autodeterminazione dell'individuo. Tali principi di legalità possono essere simili a dei criteri di efficacia, come da certi autori sostenuto, ma sono efficaci proprio in quanto morali⁽⁷⁴⁾. Il rispetto per la dignità umana è quindi la fonte da cui hanno origine i principi della legalità. La creazione di un ordine efficiente è inoltre il primo passo attraverso il quale è possibile assicurare e promuovere la libertà, intesa quale

⁽⁷⁰⁾ C. MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, cit., p. 241.

⁽⁷¹⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 57.

⁽⁷²⁾ Ivi, pp. 210-211; ID., *What the Law School Can Contribute to the Making of Lawyers*, cit., p. 204. Molti teorici del diritto hanno riconosciuto, con Fuller, l'importanza della concezione della persona come agente responsabile, implicita nella legalità, e hanno rigettato l'idea della legalità come mero strumento per il perseguimento efficace di obiettivi. Si pensi a Waldron, che connette la concezione della persona implicita nella legalità al concetto di reciprocità. J. WALDRON, *Why Law – Efficacy, Freedom or Fidelity?* cit., p. 259. In senso conforme, Coleen Murphy sottolinea la necessità per i funzionari del diritto di trattare i cittadini come agenti responsabili e ai quali le regole vanno direttamente applicate. C. MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, cit., p. 250; J. CASSELS, *Lon Fuller and the Limits of Law*, cit., pp. 334, 336-337; D. BRUDNEY, *Two Link of Law and Morality*, cit., p. 283; K. RUNDLE, *The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust*, in “University of Toronto Law Journal”, 59, 2009, pp. 106 ss.

⁽⁷³⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 211. Un'analisi delle problematiche connesse all'accettazione di questa seconda concezione verrà fornita nel §. 5.

⁽⁷⁴⁾ Sul punto, si veda J. CASSELS, *Lon Fuller and the Limits of Law*, cit., p. 18 ss.

“libertà per”⁽⁷⁵⁾. Si instaura, pertanto, una relazione di reciprocità tra il potere e il cittadino, in riferimento all’osservanza delle norme, in cui il diritto, guida per la condotta, è rivolto direttamente ai cittadini, che sono responsabili di osservarlo mentre coloro che lo pongono in essere sono vincolati al rispetto dei principi della moralità giuridica, composta dagli *otto desiderata* volti ad un unico fine, il mantenimento della legalità⁽⁷⁶⁾. Secondo il giurista americano, inoltre, il rispetto da parte dell’autorità, della morale intrinseca del diritto, contribuirà generalmente al correlativo rispetto della morale sostanziale o esterna del diritto⁽⁷⁷⁾.

Risulta ora utile precisare i caratteri che devono rivestire legislatore (§. 4.1) e interprete (§. 4.2), al fine di riconoscere la persona come agente responsabile, e pertanto rispettare la sua dignità.

4.1. *Il giudice bibliotecario e il giudice rispettoso del processo di adjudication*

Herbert Hart propone una teoria interpretativa del diritto secondo la quale il diritto si compone di una “struttura aperta” poiché, per potersi esprimere, necessita del linguaggio, che è di per sé indeterminato, in quanto si compone di vocaboli con un “nucleo certo”, caratterizzati da un significato costante qualunque sia il contesto normativo entro il quale lo stesso ricorre, e vocaboli con una “zona di penombra”, caratterizzati da una zona di significato incerto⁽⁷⁸⁾. Mentre nel primo caso il giudice non svolgerà alcun ruolo creativo, ma applicherà semplicemente il diritto com’è, nel secondo caso è giustificata un’interpretazione creativa⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ Per un’analisi dei caratteri della “libertà per” e per una sua contrapposizione rispetto alla “libertà da”, si veda il §. 3.1.

⁽⁷⁶⁾ In senso conforme a Fuller, si veda: E.L. RUBIN, *Law and Legislation in the Administrative State*, in “Columbia Law Review”, 89, 1989, p. 369 ss., in particolare pp. 403-408. La concezione della persona implicita nella teoria del diritto, non è, secondo Joseph Raz, costitutiva, ma contingente. J. RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, in J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, pp. 220-221. K. RUNDLE, *The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust*, cit., p. 106. Strauss sottolinea, in tema di moralità interna del diritto, che essa ha inoltre il compito di limitare il potere e assicurare direttamente (senza l’intermediazione dei funzionari) aspettative stabili ai cittadini. P.L. STRAUSS, *Legislative Theory and the Rule of Law: Some Comments on Rubin*, in “Columbia Law Review”, 89, 1989, p. 427 ss., in particolare pp. 441-445.

⁽⁷⁷⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit, p. 286; ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 649. Sui caratteri del diritto naturale sostanziale o moralità esterna del diritto, si rimanda al §. 3.1.

⁽⁷⁸⁾ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., p. 61; L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., pp. 662-664.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 662.

Fuller critica vivacemente la teoria “mediana” proposta da Hart, paragonandola ad una sorta di catalogazione effettuata dal “giudice bibliotecario”, con cui si “appiccica” un’etichetta classificatoria alla fattispecie, e che, fondandosi su una errata teoria linguistica, definita “ostensiva del significato”, tende a concentrarsi sul significato delle singole parole utilizzate nell’uso comune, mentre ignora gli effetti che sulle stesse determinano l’intenzione del parlante, in questo caso l’interprete⁽⁸⁰⁾.

Al fine di tentare di comprendere i caratteri del processo dell’*adjudication*, Fuller propone molteplici esempi. Se ne riportano due qui di seguito. Nel primo, egli ipotizza una società appena creata da un gruppo di naufraghi che soffrono tutti di amnesia rispetto alle precedenti istituzioni giuridiche a cui appartenevano. Sorge un conflitto, e viene scelto un membro del gruppo, sano, intelligente e responsabile, come arbitro. In tale processo di applicazione del diritto (*adjudicatory process*) egli scopre un ordinamento normativo presente nella nuova società, e dall’altro, impone l’ordinamento normativo implementato con la sua decisione, a cui i membri della società dovranno conformarsi. Se togliamo il giudice dall’isola deserta, e lo poniamo all’interno di una società organizzata, notiamo che al processo giudiziale è stato introdotto un nuovo elemento, rappresentato dalla forza di istituzioni già stabilite (leggi, sentenze, valori accettati, usi professionali e costumi), che diventano una delle realtà che il giudice deve rispettare nell’emanare le sue decisioni⁽⁸¹⁾. Nel secondo esempio, Fuller prende in considerazione il caso in cui una legge affermi “*costituirà infrazione, punibile con l’ammenda di 5 dollari, dormire in una stazione ferroviaria*” e si supponga che due uomini siano portati davanti al magistrato in quanto hanno violato tale regola. Il primo uomo è un passeggero che stava aspettando un treno in ritardo da tre ore, ed era stato arrestato mentre era seduto e stava facendo un pisolino. Il secondo uomo aveva portato alla stazione una coperta e un cuscino e si era accovacciato a terra per dormire, quando è stato arrestato mentre era ancora sveglio. In questo specifico caso, il magistrato come deve interpretare e applicare la legge? Fuller non risponde all’interrogativo, ma è del parere che il magistrato abbia il dovere di domandarsi quale sia lo scopo per cui la regola è stata creata⁽⁸²⁾.

Nel saggio *Reason and Fiat in Case Law*⁽⁸³⁾, Fuller sostiene che l’attitudine con cui un giudice si presta a risolvere una controversia non è quella di “fare obbedienza ad un altare”, ma è piuttosto paragonabile a quella di “un cuoco che cerca di individuare il segreto di una torta ripiena”⁽⁸⁴⁾. Al fine di

⁽⁸⁰⁾ Ivi, pp. 661-669.

⁽⁸¹⁾ Id., *Reason and Fiat in Case Law*, cit., pp. 377-380.

⁽⁸²⁾ Id., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., pp. 664-665.

⁽⁸³⁾ Id., *Reason and Fiat in Case Law*, cit. pp. 376-395.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 379.

realizzare ciò, l'interprete deve "mettersi nei panni" di coloro che hanno redatto la norma per cercare di capire cosa pensavano essa "dovesse essere"; ed è alla luce di questo "dover essere" che dobbiamo decidere cosa la norma "è", se si vuole mantenere la fedeltà al diritto⁽⁸⁵⁾. Tuttavia, il giurista americano precisa che interpretare il diritto non significa semplicemente "realizzare l'intenzione del legislatore", in quanto si rimanda ad un processo giuridico, l'*adjudication*, che ha forza morale, in cui "essere" e "dover essere" del diritto sono parte di una realtà integrale. Pertanto una regola giuridica è composta non solo dalle parole che compongono la legge promulgata dal Parlamento, ma, in quanto norma dell'attività propositiva umana, contiene anche una ragione artificiale, secondo la visione tipizzata da Burke, che l'interprete deve cercare di ricavare, in virtù della quale i principi hanno il compito di promuovere al meglio i fini che gli uomini si propongono di realizzare attraverso l'azione associativa⁽⁸⁶⁾.

Affinché tale processo contenga una morale interna (che oscilla da una morale minima del dovere ad una morale dell'aspirazione) devono essere rispettati i principi del giusto processo: a) avere particolare attenzione delle strategie difensive delle parti; b) spiegare la decisione emessa alle parti, alla luce delle repliche poste in essere dalle stesse; c) emettere una decisione che, oltre ad essere congruente rispetto all'azione ufficiale, deve essere altresì coerente con le prove e argomentazioni ragionate prodotte dalle parti, alla luce del concetto di "partecipazione", in base al quale si permette la cooperazione tra le posizioni sostenute dalle parti e dai loro avvocati o "*storytellers*", e la decisione emanata dal giudice stesso⁽⁸⁷⁾.

Tuttavia, non deve essere solo il potere giudiziario a garantire un'amministrazione corretta della legge, in quanto in caso contrario la correzione degli abusi verrebbe a dipendere solo dalla disponibilità della parte interessata a portare il suo caso in giudizio e dalle sue relative capacità finanziarie.

⁽⁸⁵⁾ ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., pp. 668-669.

⁽⁸⁶⁾ Fuller ammette la sua adesione alla teoria di Burke in una lettera Thomas Reed Powell. ID., *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, cit., pp. 335-336. ID., *The Law in Quest of Itself*, cit., pp. 9-10. ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 668, nota n. 39; ID., *Reason and Fiat in Case Law*, cit., p. 380.

⁽⁸⁷⁾ ID., *Forms and Limits of Adjudication*, cit., pp. 389-390; ID., *Anatomy of the Law*, cit., pp. 43-84; ID., *The Law in Quest of Itself*, cit., pp. 11, 114-115; *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, cit., pp. 87-124; ID., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, cit., p. 670. Si veda inoltre sul punto: L.L. FULLER, J.D. RANDALL, *Professional Responsibility: Report of the Joint Conference*, in "American Bar Association Journal" 44, 1958, pp. 1159, 1161; R.S. SUMMERS, *Lon Fuller*, cit., pp. 22, 32-33; L.L. FULLER., *Collective Bargaining and Arbitrator*, in "Wisconsin Law Review", 3, 1963, p. 39.

Da sottolineare che tale processo giuridico è applicabile solo in contesti in cui è possibile pervenire ad una decisione, attraverso la quale si attribuiscono, mediante uno *standard* autoritativo, i correlativi diritti alle parti. Esso non è applicabile in contesti di policentricità, termine che riguarda una “situazione di punti di influenza che interagiscono tra loro” e che Fuller ha tentato di spiegare con svariati esempi, tra i quali è possibile ricordare quello di un consorzio con il compito di suddividere le scarse risorse d’acqua tra i contadini del circondario⁽⁸⁸⁾. In tale ambito, nessuno di loro ha un diritto ad ottenere una determinata quantità di acqua, ma al massimo, hanno un diritto a che le loro richieste vengano considerate in via generale, alla luce di un criterio appropriato (che non ha carattere autoritativo) applicato a tutti coloro che si trovano in una situazione simile. Si pensi a temi quali l’aborto, l’eutanasia e alle questioni bioetiche, che rimandano alla contrapposizione tra la posizione relativa alla *sanctity of life* e quella della *quality of life*, in cui risulta più proficuo il confronto all’interno dell’arena politica, o l’ambito contrattuale, entro la quale è possibile tentare di combinare le legittime pretese di ciascun individuo⁽⁸⁹⁾.

4.2. Il legislatore rispettoso dei principi della moralità interna del diritto

I principi della morale procedurale rappresentano una forma di *implicit law* che Lon Fuller individua nell’enucleazione della sua teoria interazionale del diritto⁽⁹⁰⁾. Tuttavia, si rileva che il giurista americano non è stato l’unico a sostenere l’esistenza, all’interno dei contesti normativi, di pratiche sociali informali: si pensi ad Herbert Hart, nel momento in cui fa riferimento alla regola secondaria di riconoscimento, che si configura quale norma implicita, accettata dai funzionari pubblici nel momento in cui creano, modificano e applicano il diritto⁽⁹¹⁾; si ricordi anche la qualificazione dei principi non scritti, rinvenibili nella prassi del diritto, proposta da Ronald Dworkin⁽⁹²⁾. Tuttavia, i principi della morale procedurale, individuati da Lon Fuller,

⁽⁸⁸⁾ ID., *Irrigation and Tyranny*, in “Stanford Law Review”, 17, 1965, p. 1021; ID., *Adjudication and the Rule of Law*, in “Proceedings of the American Society of International Law”, 1960, pp. 3-5; ID., *Collective Bargaining and the Arbitrator*, cit., pp. 30-39; ID., *Mediation. Its Forms and Functions*, in “Southern California Law Review”, 44, 1971, pp. 334-337.

⁽⁸⁹⁾ ID., *The Forms and Limits of Adjudication*, cit., pp. 393-405.

⁽⁹⁰⁾ ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 65-121.

⁽⁹¹⁾ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* cit., capitoli 4 e 6.

⁽⁹²⁾ R. DWORKIN, *L'impero del diritto* [1986], trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1989, capitoli 3° e 7°.

rappresentano una forma peculiare di *implicit law*, che si differenzia dalle posizioni sopra accennate, in quanto consistono in mezzi propedeutici ad attribuire il carattere di “giuridicità” ad un determinato ordine, mentre il fallimento completo anche di uno solo di essi comporta la conseguenza che non è possibile parlare di diritto.

Va ribadito comunque che la moralità del diritto è sempre una questione di grado, che oscilla da una morale del dovere, che deve essere rispettata, e una morale dell’aspirazione, il cui raggiungimento permette di raggiungere l’eccellenza del diritto.

Nel 1969, in *Una replica ai critici*, Fuller suggerisce che il principio della morale procedurale che distingue nettamente tra due peculiari forme di organizzazione sociale, la direzione manageriale da un lato e il diritto dall’altro, è quello che richiede la congruenza tra azione ufficiale e norma dichiarata⁽⁹³⁾. Infatti, mentre nella prima forma di organizzazione (o associazione per scopi comuni) tale principio non può essere applicato, in quanto essa si configura quale proiezione di potere da parte di un soggetto superiore nei confronti di un sottoposto, per realizzare gli interessi specifici del superiore, nella seconda forma di organizzazione (o associazione per reciprocità) tale principio è realizzabile in quanto si perseguono sia gli interessi del suddito, che quelli del sovrano, in virtù della relazione di reciprocità che li lega, e in base alla quale l’autorità, emanando le leggi, dice al cittadino: “*Queste sono le norme che ti chiedo di seguire. Se obbedirai ad esse, hai la nostra promessa che esse saranno le norme che applicheremo alla tua condotta*”⁽⁹⁴⁾. Pertanto, il cittadino, che ha il dovere morale di obbedire al diritto, lo fa in quanto si aspetta implicitamente che il legislatore crei il diritto in conformità ai principi della moralità procedurale⁽⁹⁵⁾.

Concludendo, secondo il giurista americano, il funzionamento di un sistema giuridico, secondo una visione da lui definita “interaziendale”, dipende da uno sforzo di cooperazione — da un’interazione effettiva e responsabile — fra chi dà le leggi e chi è ad esse soggetto⁽⁹⁶⁾. Pertanto, è responsabilità di coloro che devono porre in essere quel disegno istituzionale chiamato diritto (legislatore e giudice) di fare il loro lavoro in modo appropriato, e cioè conformemente alla moralità ad esso intrinseca, al fine di rendere il diritto una fiduciosa segnaletica essenziale per l’interazione umana⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 275.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 277.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, pp. 278-279.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, pp. 281-283.

⁽⁹⁷⁾ Ivi, pp. 284-286.

5. *Senso morale nel diritto e nella psicologia*

Fuller, in *La moralità del diritto*, sottolinea il fatto che “oggi un insieme complesso di atteggiamenti, prassi e teorie, sembra spingerci verso un modo di vedere che nega che l'uomo sia o possa significativamente cercare di diventare, un centro di azione responsabile ed autodeterminantesi”⁽⁹⁸⁾. Si allude qui alla tesi comportamentista di B. F. Skinner, in base alla quale la libertà individuale, la dignità e l'autonomia dell'uomo dovrebbero essere abolite in favore della sopravvivenza della società⁽⁹⁹⁾. Si tratta di una teoria alternativa di controllo sociale rispetto al diritto, che presenta forti legami con la tradizione empirista, secondo cui l'esperienza sensibile, che pone l'oggetto in contatto con la realtà esterna, è l'unica fonte certa di conoscenza.

È immediato qui il divario che sussiste tra behaviorismo e il metodo introspettivo adottato da Lon Fuller. L'esperienza interiore, soggettiva, viene considerata dai comportamentisti fallace, per due ordini di motivi. Innanzitutto per il fatto che l'osservatore si identifica con l'osservato, e ciò significa ad esempio che, non appena l'osservatore comincia ad osservare la coscienza, muta per definizione il suo oggetto di osservazione, dal momento che esso viene ad includere la coscienza da osservare. Inoltre, per il fatto che l'osservazione introspettiva è compiuta da una persona che parla di cose che gli altri non possono vedere direttamente, in quanto i dati introspettivi sono privati, mentre i dati delle scienze sono pubblici. Secondo i comportamentisti, il metodo introspettivo ha portato alla proliferazione di concetti non chiaramente specificati (il concetto di anima, libertà e volontà).

Skinner è del parere che il comportamento deve essere oggetto di analisi e controllo (variabile dipendente) che ne individui le cause ambientali esterne che lo hanno determinato (variabile indipendente)⁽¹⁰⁰⁾. Inoltre, le emozioni e il pensiero umano sono qualificati come “ottimi esempi di cause fittizie alle quali comunemente attribuiamo il comportamento”⁽¹⁰¹⁾.

Egli propone un modello di società in cui la cooperazione e le responsabilità reciproche siano gestite attraverso i principi del condizionamento operante: in *Walden Two* (nome di una utopica comunità)⁽¹⁰²⁾, gli individui agiscono in base ad una programmazione a priori di percorsi di sviluppo, orientati a far divenire i soggetti socievoli e collaborativi.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 211.

⁽⁹⁹⁾ B.F. SKINNER, *La scienza e il comportamento umano* [1953], trad. it., Franco Angeli, Milano, 1971, p. 29 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 31.

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, p. 194.

⁽¹⁰²⁾ La proposta di Skinner prende spunto dal romanzo pubblicato nel 1854, H.D. THOREAU, *Walden. Vita del bosco* [1845], trad. it., Donzelli, Roma, 2005.

Dalla corretta ed estensiva applicazione di questo modello dovrebbe emergere, secondo Skinner, uno stile di vita, una cultura della cooperazione e della socialità⁽¹⁰³⁾. In realtà, esso costituisce una delle grandi utopie della storia del pensiero che, nonostante il rigore della metodologia comportamentista, conferma l'idea della sua inapplicabilità. Inoltre, è possibile rilevare come dietro la facciata medica e terapeutica di tale teoria psicologica traspaia la brutale realtà del controllo della condotta umana. I comportamentisti, come Skinner e i suoi allievi, credono che le persone "siano collocate all'interno di punti focali di cerchi soffocanti di controllo sociale, che agiscono internamente sull'individuo"⁽¹⁰⁴⁾. La persona non è vista come un agente responsabile, alla stregua di quanto sostenuto da Fuller, ma è un oggetto, e il cattivo comportamento deriva da cause esterne⁽¹⁰⁵⁾.

In posizione critica, Fuller sostiene che le inclinazioni personali che si caratterizzano con la scelta, i propositi individuali, l'auto-realizzazione siano onnipresenti nella natura umana e costituiscano componenti indispensabili della persona e della sua autonomia⁽¹⁰⁶⁾.

Ma perché gli scienziati comportamentisti sono così ostili alla libertà e alla responsabilità⁽¹⁰⁷⁾? Per esempio, B. F. Skinner, forse lo scienziato comportamentista più conosciuto, ostenta il suo disprezzo per la libertà e dignità intitolando uno dei suoi libri "*Oltre la libertà e della dignità*"⁽¹⁰⁸⁾. In un altro libro, nel quale propone un sommario del lavoro della sua vita, Skinner dichiara: "*Una persona non è un agente che crea; egli è un locus, un punto al quale molte condizioni genetiche e ambientali si uniscono in un effetto unico*"⁽¹⁰⁹⁾. Secondo lo psicologo americano l'individuo non è un agente morale, ma semplicemente un effetto. Skinner insiste che il credere diversamente equivalga a respingere la scienza stessa: "*L'analisi scientifica del comportamento [...] deve ammettere che il comportamento di una persona è controllato dalla sua storia genetica e ambientale piuttosto*

⁽¹⁰³⁾ B.F. SKINNER, *La scienza e il comportamento umano*, cit., p. 223.

⁽¹⁰⁴⁾ P.L. BERGER, *Invitation to Sociology: A Humanistic Perspective*, Bantam, New York, 1963, p. 73.

⁽¹⁰⁵⁾ C.J. SYKES, *A Nation of Victims: The Decay of the American Character*, S. Martin's Press, New York, 1992, pp. 33-52, 136-147.

⁽¹⁰⁶⁾ C.R. BONING, *Rational Euthanasia: Mortality, Morality and Assisted Suicide*, in "University of Florida Journal of Law and Public Policy", 8, 1996, p. 87.

⁽¹⁰⁷⁾ Una lettura esplicativa in proposito è l'articolo di Tom Wolfe, in cui si afferma che non esiste più il libero arbitrio, e che nessuno è responsabile di nulla, poiché il nostro comportamento e le nostre azioni sono predeterminate, essendo già tutto scritto nel DNA. T. WOLFE, *Il cervello senz'anima*, in "Forbes", del 02.12.1996.

⁽¹⁰⁸⁾ B.F. SKINNER, *Oltre la libertà e della dignità* [1971], trad. it., Mondadori, Milano, 1973.

⁽¹⁰⁹⁾ ID., *About Behaviourism*, Knopf, New York, 1974, p. 168.

che dalla persona stessa quale agente che da' inizio e che crea”⁽¹¹⁰⁾. In tal modo, la tesi di Skinner penalizza fortemente il concetto di dignità umana. Sostenere che una persona non sia un agente morale che crea, ma un *locus*, un punto al quale molte condizioni genetiche e ambientali si uniscono in un effetto unico⁽¹¹¹⁾, non può essere considerata, nell’ottica di Fuller, una buona strategia al fine di realizzare una cultura della cooperazione e della socialità. Esistono complessi casi nel trattamento dei quali, se si adottasse la prospettiva skinneriana, si ammetterebbe che il comportamento di una persona sia controllato dalla sua storia genetica e ambientale piuttosto che dalla persona stessa quale agente che da' inizio e che crea, con la conseguenza che si finirebbe per opporsi alla libertà nel nome della scienza⁽¹¹²⁾.

In contrapposizione al condizionamento operante di Skinner, che non prende sul serio il concetto di agente responsabile, Lon Fuller analizza l’opera dello psicologo dello sviluppo Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child*⁽¹¹³⁾. Il giurista americano ricorda come la psicoanalisi sia la sola tecnica terapeutica diretta nei confronti di malattie psicologiche e morali che realizza una reale interazione tra guaritore e paziente. Il medico che assoggetta il paziente ad un trattamento agisce sul paziente, mentre l’analista si rapporta con il paziente, in virtù di un contratto a cui entrambi devono essere fedeli, e che presuppone tra loro una relazione di reciprocità, in cui ognuno collabora con l’altro⁽¹¹⁴⁾. Nel suo lavoro, Piaget considera il genitore alla stregua del legislatore, e il bambino viene inteso quale soggetto giuridico, sottolineando che può accadere che i genitori si configurino come cattivi legislatori. Nello specifico, può succedere che essi pongano in essere, nei confronti dei bambini, dei comandi contraddittori, o infliggano punizioni incoerenti. Questo comporta l’insorgere, in capo all’infante, di un senso acuto di ingiustizia, simile al senso di ingiustizia avvertito dal cittadino, quando il legislatore (nel porre in essere forme di espressione di potere e “non diritto”) pone in essere regole contraddittorie o non rispetti il principio di congruenza tra azione ufficiale e norma dichiarata, esercitando la sua autorità senza riconoscere all’individuo la condizione di agente morale responsabile⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 189.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 168.

⁽¹¹²⁾ Ivi, p. 189.

⁽¹¹³⁾ J. PIAGET, *The Moral Judgment of the Child*, Routledge, Abingdon, 1932.

⁽¹¹⁴⁾ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, in “Villanova Law Review”, 10, 1965, p. 666.

⁽¹¹⁵⁾ J. PIAGET, *The Moral Judgment of the Child*, cit., pp. 132-134. L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 666.

Fuller osserva come secondo Piaget il senso morale del bambino cresca e si sviluppi nel gioco, e che la maturità morale, intesa come capacità di riconoscere e rispettare le regole autonomamente, abbia diversi stadi di sviluppo che dipendono dalla maturazione cognitiva e socio-affettiva dell'individuo, e esso si realizza con il passaggio dal gioco puramente individualistico di attività motoria al gioco di cooperazione⁽¹¹⁶⁾. Ciò che è rinvenibile nell'analisi psicologica condotta da Piaget relativamente al gioco delle biglie, può, secondo Fuller essere rapportato al diritto, in cui rileva l'aspetto essenziale della reciprocità e della cooperazione tra gli individui⁽¹¹⁷⁾. E se il bimbo accettasse le regole del gioco delle biglie non perché ha sviluppato un senso morale, ma perché per poterci efficacemente giocare deve seguirle?⁽¹¹⁸⁾. Ciò sarebbe possibile se vi fosse un adulto che, in senso conforme ad una concezione del diritto intesa come proiezione unidirezionale di autorità, ponesse le regole di tale gioco, le interpretasse e decidesse di imporre sanzioni in caso di loro violazione, e quindi determinasse, ad esempio, che la biglia colpita è veramente uscita dal cerchio, anche quando essa si ferma sulla linea di delimitazione dello stesso⁽¹¹⁹⁾.

In realtà, secondo Piaget, i bambini sono contemporaneamente creatori, interpreti delle regole ed ad esse vincolati, ed è proprio attraverso un senso di reciproca dipendenza o interazione che si sviluppa il senso morale⁽¹²⁰⁾. Conseguentemente, confemando le osservazioni di Piaget, Fuller è del parere che tutto ciò che è necessario fare per accettare l'idea di una moralità interna del diritto sia di considerare il fenomeno giuridico non alla stregua di una proiezione unidirezionale di potere, ma come un'interazione reciproca tra chi pone le leggi e chi vi è soggetto, in cui ognuno ha responsabilità nei confronti dell'altro⁽¹²¹⁾.

Entro tale ottica, centrata sull'essere umano, la persona ha valore e dignità in forza di quello che è e non di quello che ha, coerentemente ad un brano contenuto nel Talmud: "Se io non sono per me stesso, chi sarà per me? Se io sono per me stesso soltanto, che cosa sono io?"⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, p. 661. J. PIAGET, *The Moral Judgment of the Child*, cit., p. 132.

⁽¹¹⁷⁾ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 661.

⁽¹¹⁸⁾ Si hanno qui le assonanze con le critiche che Dworkin e Cohen rilevano in relazione alla morale interna del diritto, da loro qualificata in principi di efficacia giuridica. Si rimanda, sul punto, al §. 2.

⁽¹¹⁹⁾ Ibidem.

⁽¹²⁰⁾ J. PIAGET, *The Moral Judgment of the Child*, cit., pp. 91-93;

⁽¹²¹⁾ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 661.

⁽¹²²⁾ Citato in ID., *La moralità del diritto*, cit., p. 235.

6. Conclusioni

La morale, che molto spesso corre il rischio di essere considerata un elemento sovrastrutturale rispetto alla realtà delle cose, riveste, nella *jurisprudence* di Lon Fuller, tutta la sua pregnanza critica e l’urgenza del suo carattere virtuoso. Nel nostro specifico ambito, l’esistenza di una morale (interna ed esterna) che possa offrire un concreto apporto al diritto deriva dal fatto che ogni progetto di vita individuale può essere raggiunto attraverso alternative molteplici, da individuare e definire, ciascuna delle quali però comporta una scelta di valori, e quindi una componente etica. L’etica, in campo giuridico, non può limitarsi a ribadire principi (dignità e diritti umani, solidarietà sociale, giustizia e bene comune) ma deve in concreto confrontarsi e misurarsi con la razionalità giuridica. In questa oscillazione, l’equilibrio del rapporto deve essere cercato attraverso un percorso di reciprocità.

Etica e diritto, in tale prospettiva, non solo non si escludono, ma proprio perché lasciano intatte le loro specifiche finalità, valori umani (dignità, giustizia, solidarietà), e valori giuridici (i principi della morale procedurale) esigono e determinano un confronto virtuoso, che creativamente e reciprocamente, produrrà nuove e positive implicanze. La *jurisprudence* di Lon Fuller si fonda su un approccio filosofico-morale evoluzionista, che recupera la tradizione a cui apparteneva Adam Smith, secondo la quale il fondamento dei valori etici è dato dal processo con il quale questi valori, insiti nella coscienza morale (*Gabe-dono*), sono edificati come virtù (*Auf-gabe*, compito)⁽¹²³⁾. Pertanto, per l’evoluzionismo morale, risultano giustificate solo quelle pratiche e quelle istituzioni che, data una certa comunità di persone, realmente sostengono lo sviluppo delle virtù tipiche di quella comunità. Viene, pertanto, in un certo modo riproposto l’approccio all’etica della virtù già teorizzato da Adam Smith nel suo *The Theory of Moral Sentiments*⁽¹²⁴⁾. In esso Smith sosteneva la necessità di pervenire ad un assetto istituzionale capace di garantire la diffusione tra i cittadini di comportamenti intrinsecamente virtuosi, in cui la tendenza allo scambio, da cui ha origine il mercato economico, affonda le sue radici nella socievolezza propria della natura umana, e in modo particolare nella *simpathy*, un atteggiamento che inerisce a ciò che l’uomo è, e non a ciò che fa, che muove ogni soggetto umano all’incontro con l’altro del cui aiuto percepisce il bisogno⁽¹²⁵⁾. Appare allora più chiara la differenza di questo codice etico rispetto alla prospettiva neo-contrattualista, tipica del pensiero di autori quali ad esempio

⁽¹²³⁾ A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali* [1779], trad. it., Rizzoli, Bologna, 1995.

⁽¹²⁴⁾ Ibidem.

⁽¹²⁵⁾ G. PIANA, *Efficienza e solidarietà. L’etica economica nel contesto della globalizzazione*, Effatà Editrice, Torino, 2009, p. 56.

John Rawls⁽¹²⁶⁾. In quest'ultima, il codice etico è un vincolo razionale che l'impresa decide di imporsi per conseguire un determinato obiettivo, mentre nella socievolezza proposta da Smith e ripresa da Fuller, è attraverso il mercato che è possibile sperimentare una forma di assistenza reciproca nei bisogni anche in assenza di un rapporto improntato all'amore. Il mercato, in senso conforme al diritto, alimenta la fiducia reciproca e in esso trova espressione il bisogno che ha la persona di vivere la relazione con l'altro, non solo in un rapporto coinvolgente e diretto come quello che si realizza con le persone care, ma altresì in un'area più allargata comprendenti tutti coloro che, partecipando della stessa natura e fruendo di pari dignità e degli stessi diritti, sono chiamati a stabilire tra loro legami ispirati alla reciproca solidarietà.

Non a caso il paradigma etico della persona, nella struttura costitutivamente relazionale proposta da Fuller, pone all'attenzione dell'individuo e della società valori quali la comunicazione, la partecipazione e lo sviluppo integrale della persona come agente responsabile. La qualità umana delle relazioni nel diritto trova riscontro su due livelli: quello del rapporto di reciprocità tra istituzioni e cittadini (forme e modi di partecipazione del cittadino al processo giuridico, promozione della persona come agente responsabile) e quello che lega il diritto alla conformità con i principi della morale procedurale. È necessario, pertanto, un percorso di cambiamento culturale mirato alla sensibilità etica e alla virtù, in cui la comunicazione rappresenta la condizione creativa di questa nuova sensibilità; co-istituisce un nuovo e specifico mondo relazionale, che richiede il superamento della sua parcellizzazione multiculturale e un suo utilizzo non puramente strumentale. L'affidabilità, la trasparenza e la veracità della comunicazione, in un sistema così complesso e articolato, lo si può desumere dalla riflessione su tale termine, che rimanda al latino *communicatio*, e che a sua volta, fa riferimento all'aggettivo *communis*, che evoca l'esperienza del *munus*, il dono, non solo ricevuto, ma anche e soprattutto "l'obbligo che si è contratto nei confronti dell'altro e che sollecita un'adeguata disobbligazione"⁽¹²⁷⁾, cioè la responsabilità.

Pertanto, la comunicazione indica sempre una reciprocità, una mutualità nel dare, che insieme al rispetto della propositività dell'uomo e alla tutela della vita umana, permetta di concepire l'individuo quale agente responsabile. La comunicazione, legata all'agire propositivo dell'individuo all'interno del contesto giuridico di riferimento, è efficace ed affidabile quando consenta all'individuo non solo di vivere e di condividere, ma di sperimentare anche la sua visione della situazione, da un punto di vista introspettivo, permettendo di accostarsi alla realtà in modo da poter instaurare una relazione qualitativa e autentica.

L'ordine simbolico che viene quindi a crearsi è un ordine di reciprocità, di scambio creativo, di fiducia e riconoscimento.

⁽¹²⁶⁾ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit.

⁽¹²⁷⁾ R. ESPOSITO, *Communitas*, Einaudi, Torino, 1998, XIV.

ABSTRACT

The important point of present essay is to support that giving respect to the man as a responsible agent, or constituting him as an agent, is a necessary condition for the realization of the law in which people voluntarily orient their behaviour toward general rules.

In Lon Fuller's view of man implicit in the internal morality of law, it is clear that to embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.

Every departure from the principles of law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent. Fuller's argument, is to affirm that the moral conception of the legal subject as a rational, autonomous agent capable of self-directed activity is implicit in legality because the workability of law, as law, depends on it.

This means, in turn, that the relationship between these capacities and legality is a constitutive one, and that the phenomenon of legality, properly understood, necessarily respects and serves these individual purposive actions.

L'aspetto importante del presente saggio è sostenere che rispettare l'uomo quale agente responsabile, sia una condizione necessaria al fine di realizzare un diritto in cui gli individui siano in grado di orientare consapevolmente il loro comportamento mediante regole generali.

Nella concezione della persona proposta da Lon Fuller implicita nella moralità interna del diritto, è chiaro che intraprendere l'impresa di assoggettare la condotta umana al governo di norme, necessariamente implica l'adesione alla visione secondo cui l'uomo è, o può divenire, un agente responsabile, capace di comprendere e seguire delle norme e di rispondere delle sue mancanze.

Ogni allontanamento dai principi dalla morale intima del diritto è un affronto alla dignità dell'uomo come agente responsabile. L'argomento proposto da Fuller, è di sostenere che la concezione morale dell'individuo quale agente autonomo, razionale e capace di attività auto-diretta sia implicita nel concetto di legalità, in quanto pre-requisito teso alla realizzazione di un sistema giuridico efficiente.

Questo significa che la relazione tra le capacità individuali e la legalità assume carattere costitutivo, e che il fenomeno giuridico, propriamente inteso, deve necessariamente rispettare e sostenere tali azioni propositive individuali.

FRANCESCO OLIVIERO

BREVI NOTE SUL PROFILO STRUTTURALE DEL PATTO DI FAMIGLIA

1. *Premessa*

In uno dei primi commenti apparsi dopo l'entrata in vigore della legge 14 febbraio 2006, n. 55, che ha introdotto nell'ordinamento italiano il nuovo istituto del "patto di famiglia", Ciro Caccavale lamentava che «se, come per gioco, l'interprete volesse attribuire agli istituti giuridici caratteri umani, al patto di famiglia dovrebbe essere accordato sicuramente quello dell'introversione, tanto esso si mostra refrattario a svelare all'osservatore gli aspetti più significativi della sua natura»⁽¹⁾. Invero, tale carattere è la conseguenza di una tecnica legislativa assai scadente, la quale ha sottostimato l'impatto sistematico delle nuove disposizioni, operando una "delega all'interprete" per la soluzione delle problematiche da esse sollevate⁽²⁾.

Infatti, le anomalie che caratterizzano il patto di famiglia rispetto al diritto successorio comune sono a tal punto numerose da avere indotto alcuni interpreti a ritenere che le norme di disciplina del nuovo istituto costituiscano regole eccezionali, le quali si autogiustificerebbero senza abbisognare di essere sistematicamente collocate. Tale opinione deve, però, essere decisamente censurata: norma eccezionale, infatti, è soltanto quella che fa eccezione rispetto a principi generali dell'ordinamento – e che,

⁽¹⁾ C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, vol. VI, Milano, 2007, p. 563.

⁽²⁾ È proprio la Relazione al d.d.l. che è stato infine approvato (d.d.l. Camera C. 3870, coordinato con p.d.l. Senato S. 3567) a invitare ad una veloce approvazione della proposta di legge, senza modificazioni, lasciando agli interpreti la risoluzione dei problemi applicativi che l'articolato solleva o non affronta.

in conseguenza di ciò, si colloca fuori del sistema⁽³⁾ – mentre il nuovo istituto si pone in contrasto, essenzialmente, soltanto con il sistema di tutele del legittimario. È stato persuasivamente dimostrato⁽⁴⁾ che le norme che compongono tale sistema non sono affatto espressive di principi generali dell'ordinamento e, anzi, neppure godono di copertura costituzionale. Ne consegue che il patto di famiglia si inserisce nel tessuto codicistico non quale “corpo estraneo”, ma come disciplina speciale, «tesa a ridisegnare la tradizionale sistemazione normativa del conflitto di interessi tra prosecuzione (e conservazione del valore) dell'impresa a cura del discendente più capace e istanze di perequazione assoluta nel trattamento successorio dei legittimari⁽⁵⁾».

Se così è, l'esegesi delle nuove norme introdotte nel Libro II del codice civile deve essere condotta in coerenza con il sistema in cui le stesse si inseriscono, cercando di limitare al minimo le inevitabili frizioni.

2. Caratteristiche e profili strutturali del patto di famiglia.

L'esatta ricostruzione della struttura del patto di famiglia ha costituito uno dei problemi più dibattuti del nuovo istituto, la cui risoluzione può – però – essere più agevole proprio se si pone mente ai principi che regolano la materia successoria.

L'art. 768-*bis* definisce il patto di famiglia⁽⁶⁾ come «il contratto con cui,

⁽³⁾ Così R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1993, p. 439 s. Sul punto v. anche C.M. BIANCA, *Diritto Civile I. La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002, p. 102 e G. CIAN, *sub art. 14 preleggi*, in *Commentario al codice civile Cian Trabucchi*, Padova 2009, p. 43.

⁽⁴⁾ Si veda, a tal proposito, F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in www.judicium.it e S. RODOTÀ, *sub art. 42*, in *Commentario alla Costituzione* fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1982, p. 69 s.

⁽⁵⁾ Così, testualmente, U. LA PORTA, *Il patto di famiglia. Struttura e profili causali del nuovo istituto tra trasmissione dei beni d'impresa e determinazione anticipata della successione*, in U. LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007, p. 4.

⁽⁶⁾ Nel breve volgere di un triennio dall'entrata in vigore della L. 14 febbraio 2006, n. 55 la letteratura in tema di patto di famiglia ha raggiunto dimensioni notevolissime. Senza pretesa di completezza si ricordano: AA.Vv., (a cura di S. DELLE MONACHE), *Il patto di famiglia*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007; AA.Vv., (a cura di G. PALERMO), *Il patto di famiglia*, Torino, 2009; G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, II, p. 345 s.; ID., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Rivista del Notariato*, 2006, p. 867 ss.; M.C. ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita notarile*, 2006, p. 31 ss.; A.L. BONAFINI, *Il patto di famiglia fra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contratto*

compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti». In forza del contratto, i discendenti assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni devono liquidare al coniuge del disponente e a «coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore» un valore corrispondente alle quote di legittima previste dagli artt. 536 e seguenti del codice civile.

In base alla definizione recata dall'art. 768-bis c.c., il patto di famiglia parrebbe strutturarsi quale contratto bilaterale, le cui parti contraenti sono l'imprenditore-trasferente e uno o più suoi discendenti⁽⁷⁾. In tale ottica, l'intervento del coniuge e dei legittimari non assegnatari è concepito come intervento, solo eventuale, a «una realtà fenomenica già completamente formatasi ad opera di altri, cui ontologicamente appartiene⁽⁸⁾». In questo senso depongono la

impresa, 2006, p. 1191 ss.; C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, cit.; A. CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, II, p. 297 ss.; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Rivista del Notariato*, 2006, p. 889 ss.; N. DI MAURO, E. MINERVINI, V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006*, n. 55, Milano, 2006; A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 289 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in www.judicium.it e in *Giustizia civile*, 2006, p. 217 ss.; B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, n. 55, Torino, 2006; U. LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemioriar al patto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, II, p. 303 ss.; P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 539 ss.; G. OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 439 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, II, p. 261 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 146 ss.; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Rivista del Notariato*, 2006, p. 401 ss.; A. PISCHETOLA, *Il patto di famiglia*, in *Vita notarile*, 2006, p. 457 ss.; G. RIZZI, *Il patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, in *Notariato*, 2006, p. 432 ss.; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, p. 808 ss.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 447 ss.; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in www.judicium.it e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 2547 ss.

⁽⁷⁾ La bilateralità non verrebbe meno neppure qualora i discendenti-assegnatari fossero più di uno, in quanto questi verrebbero a comporre un'unica parte plurisoggettiva.

⁽⁸⁾ Così C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, cit., p. 572.

lettera dell'art. 768-*quater*, che qualifica questi soggetti quali "partecipanti" al patto e non quali "parti" dello stesso, nonché l'art. 768-*sexies*, il quale contempla l'ipotesi in cui il coniuge e gli altri legittimari non abbiano partecipato al contratto di trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali, prevedendo che in tal caso, al momento dell'apertura della successione del disponente, potranno richiedere ai beneficiari del patto di famiglia la liquidazione delle quote loro spettanti, non già in qualità di contraenti, bensì di "terzi"⁽⁹⁾.

Questa impostazione dell'assetto strutturale del patto risulta funzionale alla facilitazione della conclusione del patto di famiglia, in quanto consente che lo stesso possa essere stipulato senza che venga in considerazione il consenso di quei soggetti che rimangono esclusi dall'assegnazione preferenziale dell'azienda o delle partecipazioni sociali⁽¹⁰⁾.

Al contempo, però, una simile ricostruzione si espone a una obiezione assai rilevante. Infatti, è immediato riconoscere come l'effetto tipico del patto di famiglia comporti la trasformazione della pretesa dei legittimari non assegnatari sui beni trasferiti da pretesa riguardante una quota in natura dei beni medesimi a pretesa avente ad oggetto una somma di denaro, corrispondente al valore della quota loro spettante sul valore – come determinato in sede di conclusione del contratto, secondo l'art. 768-*quater* – dei beni oggetto del trasferimento. Riferire tale trasformazione dei diritti dei

⁽⁹⁾ In questo senso, precisamente, C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, cit., p. 573. Per la bilateralità del patto di famiglia si pronuncia anche G. OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, cit., p. 441, secondo cui «l'art. 768-*quater* non indica la conseguenza della mancata partecipazione di qualche legittimario e in particolare non dice che la partecipazione di tutti sia richiesta a pena di nullità. [...] D'altra parte condizionare il patto all'adesione di tutti significherebbe frustrare l'intento della legge, incentrato sulla volontà dispositiva dell'imprenditore e dovrebbe importare che anche il dissenso di un partecipante dalle condizioni del patto ne impedirebbe la conclusione»; nello stesso senso, sembra, A. PISCHETOLA, *Prime considerazioni sul patto di famiglia*, cit., p. 472, a parere del quale «non pare che la validità e l'efficacia di un patto di famiglia debbano dipendere necessariamente dalla partecipazione di tutti i legittimari [...] né sembra che il legislatore stesso abbia richiesto il loro consenso a pena di nullità dell'accordo stesso».

⁽¹⁰⁾ Vi è, anzi, chi (C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, op. loc. cit.) rileva come tale conclusione sia eminentemente razionale, in quanto sarebbe chiaro che «se si vuole garantire che la trasmissione dell'azienda avvenga secondo criteri razionali, essa deve essere affrancata dalle disposizioni d'animo e dalle decisioni di quelle persone che proprio si rende preferibile che non vengano implicate nell'attività gestionale dell'impresa in questione. In altri termini, se la razionalità della vicenda successoria non può fare a meno [...] del momento soggettivo della determinazione volitiva dell'imprenditore-assegnante – oltre a quella degli assegnatari – deve invece prescindere, per ragioni di coerenza logica, dalla deliberazione di altri soggetti, in quanto il coinvolgimento di questi ultimi varrebbe soltanto ad ulteriormente contaminarla e a stemperare, potenzialmente almeno, essa razionalità con istanze che non sono quelle sue proprie».

legittimari non assegnatari alla esclusiva volontà del disponente e dei legittimari assegnatari comporterebbe non solo un impatto dirompente sul sistema della successione necessaria⁽¹¹⁾, ma altresì il sovvertimento del principio di relatività del contratto⁽¹²⁾. Infatti, ricostruendo la fattispecie come negozio esclusivamente bilaterale si produce il risultato di riconnettere alla volontà di soggetti terzi il mutamento del diritto spettante ai legittimari non assegnatari, ai sensi degli articoli 536 e seguenti c.c., sui beni oggetto del patto, in spregio al disposto dell'art. 1372 c.c. A tal proposito non può certo dirsi ricorra una delle fattispecie in cui è consentito di intervenire mediante contratto nella sfera giuridica altrui: tali casi, infatti, sono soltanto quelli in cui la contrattazione si appalesa portatrice di meri vantaggi per il terzo, mentre la trasformazione della natura del diritto spettante ai legittimari non assegnatari disposta dall'art. 768-*quater* 2° comma si presenta come almeno potenzialmente svantaggiosa⁽¹³⁾.

Questa obiezione fondamentale ha indotto i fautori della struttura bilaterale del patto di famiglia a proporre una interpretazione più articolata, la quale fosse idonea a stemperare il contrasto appena evidenziato.

(11) Il nostro sistema, infatti, sposa in pieno il principio della c.d. legittima in natura e, inoltre, proibisce espressamente ai legittimari di rinunciare in vita del *de cuius* all'azione di riduzione, la quale costituisce il rimedio che l'ordinamento predispone a tutela del loro diritto (art. 557, 2° comma c.c.). Non è difficile riconoscere come, nel contesto di un sistema di diritto successorio così strutturato, l'interpretazione in commento porti al risultato di accentuare oltremisura l'"eversività" del nuovo istituto.

(12) Sui rapporti fra il nuovo istituto del patto di famiglia e il principio di relatività del contratto si veda A CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, cit., 297 s., ove si argomenta una concezione del patto attenta a limitare le "frizioni" che la sua disciplina innegabilmente comporta con molti principi consolidati del nostro ordinamento.

(13) Sul punto v., nella manualistica, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, p. 563 s. e C.M. BIANCA, *Diritto Civile 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 566 il quale ricorda come «la regola della relatività del contratto è in definitiva posta a tutela della sfera di libertà dei soggetti. D'altro canto, se il contratto è volto a realizzare un effetto favorevole al terzo, appare eccessivo precludere senz'altro tale effetto in ragione della libertà del soggetto, col risultato di pregiudicare obiettivamente la posizione del beneficiario dell'atto altrui. Riportata sul piano sostanziale degli interessi, la questione ha trovato una soluzione normativa che tempera insieme il normale interesse all'acquisizione degli effetti favorevoli dell'atto altrui e l'esigenza della libertà del soggetto: si riconosce l'efficacia del contratto anche rispetto ai terzi ma con esclusivo riguardo agli effetti favorevoli e salva la facoltà di rifiuto del destinatario». Per una ricostruzione dell'evoluzione del principio di relatività del contratto, v. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 6 ss. Un'ampia rassegna dei casi di efficacia diretta e riflessa del contratto nei confronti dei terzi può leggersi in GALGANO, *sub art. 1372*, in *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 27 ss.

In particolare, parte della dottrina ha ritenuto di svilire il tenore letterale della legge, sulla base di un ragionamento teso a interpretare la previsione secondo cui «al contratto devono partecipare anche il coniuge e coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione» del disponente nel senso che «il comportamento necessitato sarebbe quello consistente nell'invito proveniente da disponente e assegnatari e diretto agli esclusi dall'assegnazione preferenziale, ad intervenire al perfezionamento del patto; il quale ultimo, se concluso soltanto dai soggetti di cui all'art. 768-bis e senza che gli altri legittimari potenziali siano stati convocati, non potrebbe essere opposto ai medesimi nella parte relativa al valore attribuito ai beni d'impresa [...], ferma però l'inattuabilità del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie dopo la morte del disponente»⁽¹⁴⁾. Tale interpretazione si rifà in parte a quanto previsto in tema di divisione dall'art. 1113, 3° comma c.c., secondo cui «devono essere chiamati ad intervenire, perché la divisione abbia effetto nei loro confronti, i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale». Se si considera, poi, che l'effetto tipico del negozio divisorio, che la norma citata intende rendere opponibile ai soggetti menzionati soltanto in presenza del prescritto invito ad intervenire, è l'apporzionamento delle quote, e che parte degli interpreti ha ritenuto che il patto di famiglia possieda una funzione divisionale⁽¹⁵⁾, la tesi in discorso sembrerebbe trovare conforto.

Pare, però, che corra una fondamentale differenza fra il caso di specie e quello contemplato dall'art. 1113, 3° comma, c.c. giacché la situazione dei potenziali legittimari al momento della conclusione del patto di famiglia non è assimilabile a quella dei creditori e di coloro che hanno acquistato diritti sugli immobili in comunione, ma – più fondatamente – a quella dei dividendi, senza il cui consenso la divisione sarebbe non già a loro inopponibile, bensì nulla. Infatti, anche qualora non si condivida l'opinione che ascrive al patto di famiglia la funzione di anticipata successione⁽¹⁶⁾, è immediato riconoscere che la sua stipulazione comporta il sorgere in capo a «coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore» del diritto alla liquidazione di una somma pari alla quota

⁽¹⁴⁾ Così S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 140 s., riferendo – ma non facendo propria – l'opinione di C. CACCAVALE, espressa in *Il patto di famiglia*, cit., p. 579 s.

⁽¹⁵⁾ Sulla funzione divisionale del patto di famiglia si rimanda, in particolare, a G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, cit.; ID., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit. L'Autore, però, non accede alla ricostruzione del patto di famiglia come contratto tra disponente e assegnatario, a cui gli altri legittimari dovrebbero soltanto essere «invitati ad intervenire».

⁽¹⁶⁾ In tal senso v. A. ZOPPINI, *op. cit.* e F. TASSINARI, *op. cit.*, p. 820).

di riserva ad essi spettante sul valore dei beni trasferiti *ex pacto*, sicché i medesimi possono essere assimilati a condividenti i quali abbiano diritto non già a una quota in natura dei beni in comunione, bensì soltanto alla liquidazione per equivalente (similmente a quanto previsto dall'art. 720 c.c., con riguardo ai condividenti non assegnatari di immobili non comodamente divisibili). Il fatto che tale diritto di liquidazione abbia natura di diritto di credito non è decisivo ai fini della comprensione della fattispecie, giacché ciò che rileva è la causa dello stesso: il credito dei legittimari non assegnatari ha titolo nella stipulazione del patto così come quello dei condividenti per i conguagli ha titolo nella divisione, mentre il credito dei soggetti di cui all'art. 1113, 3° comma c.c. riguarda, per definizione, crediti anteriori alle operazioni divisionali, a cui soltanto accedono garanzie ipotecarie iscritte sui beni in comunione.

Altra parte della dottrina ha, invece, ritenuto di risolvere il contrasto sostenendo che l'art. 768-*quater*, 1° comma c.c. richieda la partecipazione al patto di tutti i legittimari al limitato fine di rendere quest'ultimo vincolante nei confronti dei medesimi. In quest'ottica, perciò, l'espressione «devono partecipare» va intesa non già quale norma imperativa da rispettare a pena di nullità del patto, bensì come presupposto di vincolatività del patto stesso nei confronti dei legittimari non destinatari dell'assegnazione preferenziale esistenti al momento della stipula⁽¹⁷⁾. Secondo tale ricostruzione la partecipazione dei legittimari non assegnatari al contratto sarebbe richiesta al fine di determinare in contraddittorio il valore dell'azienda o delle partecipazioni sociali, valore il quale potrà risultare vincolante per la determinazione dei diritti dei soggetti richiamati all'art. 768-*quater*, 1° comma soltanto ove gli stessi abbiano preso parte alla conclusione del patto di famiglia. Con riguardo ai legittimari sopravvenuti e a quelli che, benché esistenti, non abbiano partecipato al patto varrà, invece, l'ordinario regime successorio, con la connessa facoltà di esperire l'azione di riduzione, mentre qualora gli stessi – con contratto successivo – aderiscano al contratto saranno destinatari della liquidazione prevista dall'art. 768-*sexies*, 1° comma⁽¹⁸⁾.

Le riferite interpretazioni consentono senz'altro di diminuire i numerosi inconvenienti cui la ricostruzione del patto di famiglia quale negozio bilaterale mette capo, ma non appaiono del tutto convincenti. Nel senso che la partecipazione al contratto del coniuge e degli altri legittimari non assegnatari sia prevista quale elemento costitutivo della fattispecie depongono, infatti, numerosi indici.

⁽¹⁷⁾ Propendono per questa ricostruzione G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 432 s., G. OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, cit., p. 441 e A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)*, cit., p. 312 s., ove anche citazione della conforme opinione di PETRELLI. Similmente anche A. CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, cit., p. 298.

⁽¹⁸⁾ Così G. PETRELLI, *op. loc. ult. cit.*

Innanzitutto deve aversi riguardo al tenore letterale della legge, la quale si riferisce ai soggetti in parola con la qualifica di “contraenti” (art. 768-*quater*, 4° comma c.c.) ed esplicitamente prescrive che i medesimi “devono” – e non già “possono” – partecipare al patto di famiglia. Leggere l’“obbligo di partecipazione” che l’art. 768-*quater*, 1° comma c.c. pone in capo al coniuge del disponente e ai legittimari non assegnatari nel senso di un onere di convocazione degli stessi gravante invece in capo a disponente e assegnatari, come mostra di fare parte degli interpreti⁽¹⁹⁾, significa operare un arbitrario e ingiustificabile *vulnus* al dettato normativo. Inoltre, non può tacersi come ricostruire un onere di convocazione dei legittimari non assegnatari, in capo a quelle che si pretende siano le due sole parti del patto di famiglia, non risolve il problema legato alla efficacia soggettiva del medesimo nei confronti di soggetti che non hanno preso parte alla stipulazione mediante l’espressione del consenso. Infatti, la tesi qui criticata ritiene ultronea, ai fini della validità e dell’efficacia del patto, non solo l’adesione dei legittimari esclusi dall’assegnazione, ma addirittura la loro mera partecipazione silente alla conclusione dello stesso.

Quanto alla tesi che sostiene un’efficacia soggettivamente parziale del patto di famiglia in ragione della partecipazione o meno alla stipulazione dello stesso da parte dei legittimari non assegnatari, essa ha sì il pregio di non incorrere nelle censure ora esposte, ma ha come conseguenza la frantumazione della successione del disponente in numerosi “tronconi”, ognuno dotato di una propria disciplina e, inoltre, impedisce che l’assegnazione dell’impresa al discendente prescelto possieda quel carattere di stabilità che la novella era espressamente volta a garantire.

Quanto riferito, a nostro avviso, conduce inevitabilmente a riconoscere come il patto di famiglia sia un contratto plurilaterale, «per la cui conclusione è necessario il consenso di soggetti appartenenti a tre diverse categorie: l’imprenditore o il titolare di partecipazioni sociali (c.d. disponente), il discendente o i discendenti cui vengono attribuite l’azienda o le partecipazioni (c.d. assegnatari), gli altri legittimari *in pectore* esistenti nel momento in cui l’accordo è concluso (c.d. non assegnatari)»⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ V. C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, cit., p. 579 s., il quale – però – si esprime in termini di “obbligo”; ma trattandosi di comportamento necessitato in funzione di un interesse proprio, la situazione soggettiva che si argomenta incomba in capo a disponente e legittimari assegnatari deve essere qualificata quale “onere”.

⁽²⁰⁾ Così, testualmente, S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 143. Propendono per l’interpretazione del patto di famiglia quale negozio plurilaterale, a cui devono partecipare tutti i legittimari esistenti al momento della sua conclusione, anche G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 75 s.; B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 54 s.; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia per l’impresa e la tutela dei legittimari*, cit., p. 819 s.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, cit., p. 456; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della*

Conseguentemente deve ritenersi che il patto di famiglia stipulato senza la partecipazione anche di uno soltanto dei legittimari esistenti al tempo della stipulazione, difettando di un suo elemento essenziale, sia affetto da radicale nullità⁽²¹⁾. In contrario non vale affermare che l'art. 768-*sexies* prevede espres-

successione anticipata (note sul patto di famiglia), cit., p. 18. All'interno della dottrina che considera la partecipazione dei legittimari non assegnatari come elemento costitutivo necessario del patto di famiglia, una autorevole voce (F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 219) si è levata per sostenere che non di contratto genericamente plurilaterale si tratterebbe, bensì di contratto specificamente trilaterale, in quanto, essendo rispettivamente i discendenti assegnatari e i legittimari non assegnatari soggetti portatori di un identico interesse, gli stessi verrebbero a costituire pur sempre due sole parti plurisoggettive, di modo che la manifestazione della loro volontà si atteggierebbe quale atto collettivo. L'ipotesi interpretativa appare assai suggestiva e trova una analogia in quanto disposto all'art. 550, 3° comma, c.c. in materia di cautela sociniana, ma due argomenti sembrano opporsi alla qualificazione proposta. In primo luogo la facoltà, riconosciuta a ciascun legittimario non assegnatario, di rinunciare – in tutto o in parte – alla liquidazione dei propri diritti *ex art. 768-*quater** 2° comma pare atteggiare gli interessi di tali soggetti non come comuni ma come paralleli, tanto che gli stessi possono appunto esplicarsi nell'accettazione o nella rinuncia alla liquidazione. Inoltre, l'impugnativa per vizi del consenso e il diritto di recesso previsti, rispettivamente, agli artt. 768-*quinquies* e 768-*septies* paiono essere concessi ad ogni singolo partecipante al patto, benché – invero – la ricostruzione degli stessi in chiave plurisoggettiva (coerentemente operata dalla dottrina sopra menzionata) possa anche ritenersi ammissibile.

(²¹) Così anche F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 219. In proposito si pone la questione dell'operatività della conversione del negozio nullo ai sensi dell'art. 1424 c.c. La dottrina che si è interessata al problema ritiene, infatti, che il patto di famiglia concluso fra alcuni soltanto dei legittimari esistenti potrebbe convertirsi in una (o più) donazioni traslative (in tal S. DELLE MONACHE, in *Commentario Cian-Trabucchi, sub art. 768-bis*, Padova, 2009, p. 744, nonché M. IEVA, in AA.VV., (a cura di S. DELLE MONACHE), *Il patto di famiglia*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 56). Benché in questa sede non sia possibile indagare in profondità il tema, pare comunque necessaria una precisazione. È chiaro, infatti, che la conversione in donazione farebbe venir meno gli effetti che del patto sono tipici, e cioè la sottrazione di quanto ricevuto dagli assegnatari a collazione e riduzione, nonché le attribuzioni liquidatorie ai legittimari non assegnatari, le quali – al di fuori dello schema del patto – rimarrebbero prive di causa. Sulla delicata questione ci sia consentita, infine, una notazione: la tesi in commento è sostenibile soltanto nel quadro di una concezione della conversione ancorata al principio di buona fede e non operante quale automatismo legale (sulle varie teorie circa l'operatività della conversione del contratto si veda V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 859 s.). Con ciò si vuol dire che premessa indispensabile per predicare la convertibilità in donazione del patto di famiglia concluso in assenza di alcuni dei legittimari esistenti al momento della stipulazione è quella di intendere la conversione come operante solo allorché «i diversi effetti che ne risultano siano coerenti con il programma negoziale elaborato dalle parti stesse». Ne consegue che giammai potrebbe predicarsi la conversione di un patto di famiglia in donazione laddove il disponente o gli assegnatari lo avessero concluso (come assai facilmente può accadere) mossi dalla volontà di concludere un contratto che garantisse stabilità e definitività al trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni con esso operato.

samente il caso di mancata partecipazione al contratto di coniuge e ulteriori legittimari, sancendo a vantaggio dei medesimi il diritto, al momento dell'apertura della successione del disponente, di chiedere ai beneficiari dell'attribuzione preferenziale la liquidazione del valore della propria quota sui beni assegnati con il patto di famiglia, aumentata degli interessi legali. Infatti i legittimari a cui si riferisce l'articolo sopra menzionato sono soltanto quelli sopravvenuti, cioè coloro che ancora non possedevano tale qualifica al tempo in cui si è perfezionato il contratto⁽²²⁾.

Non vi è chi non veda come questa fondamentale bipartizione all'interno della categoria dei legittimari comporti una disparità di trattamento fra soggetti che rivestono la medesima qualifica. In realtà, se è ben vero che la tesi qui sostenuta mette capo a difficoltà sistematiche notevoli in ordine alla giustificazione dell'opponibilità del patto di famiglia a soggetti legittimari sopravvenuti, i quali per definizione non possono aver preso parte alla sua conclusione⁽²³⁾, è anche vero che opinare diversamente significherebbe frustrare la finalità stessa del patto di famiglia, il quale nasce come assetto stabile concordato fra disponente e familiari esistenti, che deve necessariamente potersi imporre ai familiari sopravvenuti, pena altrimenti l'irrealizzabilità dell'assetto patrimoniale disposto. Senza contare, inoltre, che la tesi la quale sostiene l'inopponibilità del patto ai legittimari sopravvenuti non spiega quale utilità avrebbe mantenere comunque l'opponibilità nei confronti dei legittimari partecipanti: una volta che l'assegnazione effettuata mediante il patto sia esposta alle regole ordinarie in tema di successione necessaria ad iniziativa dei primi, la stabilità della stessa risulterebbe irrimediabilmente compromessa sicché sarebbe, probabilmente, luogo a chiedersi se permanga un reale interesse dell'ordinamento a che i rimedi ordinari non siano esperibili anche dai legittimari non assegnatari che abbiano partecipato al patto.

Al di là di tali notazioni, deve poi obiettarsi che la lettura qui proposta è l'unica la quale consenta di rendere compatibili i precetti dettati dagli articoli 768-*quater* e 768-*sexies*: solo ritenendo che i "terzi" i cui diritti sono sanciti nella seconda disposizione citata siano i legittimari sopravvenuti è possibile

⁽²²⁾ In questo senso, *ex plurimis*, v. F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 221; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e tutela dei legittimari*, cit., p. 145; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, cit., p. 473 s. Diversamente, coloro che ritengono non necessaria la partecipazione dei non assegnatari al patto di famiglia ritengono che alla sfera applicativa dell'art. 768-*sexies* siano da ricondurre anche i legittimari esistenti al momento della stipulazione del patto che abbiano successivamente aderito allo stesso (per questa tesi v. G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 458 e A. CHECCHINI, *Patto di famiglia principio di relatività del contratto*, cit., p. 298) ovvero tutti i legittimari i quali non siano stati "invitati" ad assistere alla conclusione del contratto fra disponente e assegnatari (così C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, cit., p. 579).

⁽²³⁾ Sottolinea tali difficoltà A. CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, cit., p. 298 ss.

coordinare tale previsione con la necessità della partecipazione all'atto di tutti i legittimari esistenti al momento della sua stipulazione.

Riconosciuta l'indefettibilità della partecipazione alla stipulazione di tutti i legittimari *in pectore* esistenti in tale momento, è lecito chiedersi se il patto di famiglia possa ritenersi un contratto aperto, di modo che il consenso dei singoli legittimari possa intervenire anche in momenti diversi e, segnatamente, successivi al perfezionamento di un accordo che coinvolga il disponente, l'assegnatario dell'impresa e almeno uno dei non assegnatari⁽²⁴⁾. Dell'ammissibilità di una tale configurazione è lecito dubitare: i contratti aperti, infatti, si caratterizzano per la produzione degli effetti fin dal momento della loro conclusione fra i primi contraenti, mentre nel patto di famiglia l'effetto tipico della sottrazione dei beni trasferiti a collazione e riduzione può conseguire soltanto al consenso di tutti i legittimari esistenti⁽²⁵⁾. Ne consegue che il patto di famiglia ha le caratteristiche di un contratto plurilaterale "chiuso"⁽²⁶⁾, la cui conclu-

⁽²⁴⁾ Per l'ammissibilità di tale configurazione del patto si pronunciano G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 127 s., secondo il quale ciascuna adesione – resa in forma pubblica, stante la prescrizione dell'art. 768-ter c.c. – dovrebbe essere «compiuta mediante dichiarazione indirizzata agli altri contraenti, ai sensi dell'art. 1332 c.c.», e S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 148 s., il quale ritiene che «riconoscere che il patto di famiglia si configuri quale contratto aperto significherebbe rendere l'istituto fruibile in tutte quelle situazioni, facili a verificarsi, in cui l'ostilità di uno dei legittimari impedisca che sull'assetto di interessi diviso dal disponente si formi fin dall'inizio un consenso plenario». Ritiene, invece, che non sia «pensabile l'apposizione di una clausola di apertura ex art. 1332 c.c.», F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 219.

⁽²⁵⁾ Opinare diversamente significherebbe ricadere nella concezione sopra criticata, la quale sostiene che il patto possa essere stipulato anche in assenza del consenso di alcuni legittimari, ai quali però esso non sarebbe opponibile. Non pare condivisibile, perciò, il ragionamento di chi, sostenendo la nullità del patto di famiglia concluso senza il consenso di tutti i legittimari esistenti, ritiene che lo stesso «si presenti normativamente foggato in guisa di contratto aperto» (così S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele dei legittimari*, cit., p. 147).

In proposito, sia consentito notare come l'accordo fra disponente, assegnatario e almeno un legittimario, ritenuto sufficiente dalla tesi qui criticata per ravvisare la conclusione di un patto di famiglia "aperto" all'adesione dei restanti legittimari, possa al più costituire da parte di costoro una valida assunzione dell'impegno a stipulare successivamente alle condizioni concordate il patto di famiglia cui partecipino tutti i soggetti richiesti dall'art. 768-*quater*, 1° comma c.c. Il mancato rispetto di tale impegno sarà eventualmente sanzionato con il risarcimento del danno.

⁽²⁶⁾ Sulle differenze fra contratto aperto e contratto plurilaterale "chiuso" si vedano almeno V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 128 s., ove anche bibliografia; C. MAIORCA, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 1 ss.; A. BELVEDERE, voce *Contratto plurilaterale*, in *Digesto IV edizione*, IV, Torino, 1989, p. 273 ss.; B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 476 ss.

sione postula indefettibilmente la manifestazione del consenso di tutti i soggetti la cui volontà è richiesta dalla legge.

In conclusione della disamina dei caratteri strutturali del patto di famiglia è, infine, luogo a chiedersi «se la pluralità di parti contraenti costituisca un tratto indefettibile del nuovo istituto, con la conseguenza che l'accesso al medesimo sia da intendere precluso a quell'imprenditore o titolare di partecipazioni sociali la cui famiglia, strettamente intesa, si riduca al solo discendente al quale egli progetti di attribuire i beni imprenditoriali»⁽²⁷⁾.

Non si dica, in proposito, che in tale evenienza difetterebbe l'interesse delle stesse parti a stipulare il patto di famiglia, in quanto le attribuzioni di beni avrebbero carattere di stabilità anche se operate con semplice donazione, stante l'assenza di soggetti aventi titolo all'esperimento dell'azione di riduzione: è, infatti, ovvio come l'interesse a ricorrere al nuovo istituto si giustificherebbe in ragione della pur sempre possibile sopravvenienza di qualche ulteriore legittimario. In proposito, è doveroso osservare come nessuna proibizione possa ricavarsi dal testo di legge, mentre, d'altro canto, parte della dottrina nota come nella fattispecie in parola difetti quella contrapposizione di interessi in ordine alla fissazione del valore dei cespiti trasferiti la quale è posta a garanzia della congruità dello stesso⁽²⁸⁾. L'obiezione potrebbe essere superata accordando al legittimario sopravvenuto l'azione di simulazione diretta a far dichiarare l'incongruità del valore attribuito ai beni trasferiti, ma probabilmente è da dirsi che nel caso di specie le parti paiono concludere non già un patto di famiglia, bensì un diverso contratto atipico, la

⁽²⁷⁾ Così, testualmente, S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele dei legittimari*, cit., p. 150. Il quesito non pare avere molto interessato la dottrina, tanto che poche opinioni sono riscontrabili sul punto. Fra quanti accolgono la ricostruzione del patto di famiglia quale contratto bilaterale inefficace nei confronti dei legittimari non assegnatari che non vi aderiscano, si veda P. MATERA, *Il patto di famiglia*, in G. AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, vol. V, Torino, 2007, p. 348, il quale ritiene che «l'eventualità che dei legittimari possano sopravvenire per la nascita di un figlio o la celebrazione di nozze, alla luce della disposizione dell'art. 768-*sexies*, deve indurre a ritenere che il patto sia liberamente stipulabile tra il solo disponente e l'assegnatario. In tale accordo le parti dovranno, pertanto, fissare il valore dell'attribuzione, fermo restando che gli altri eventuali legittimari sopravvenuti potranno aderire al patto stesso, ovvero rimanerne estranei, senza in tal modo dover subire alcuna eventuale conseguenza pregiudizievole». È superfluo sottolineare come la conclusione appena ricordata si sposi perfettamente con la ricostruzione bilaterale del patto di famiglia e non possa pertanto essere accolta con riguardo alla tesi da noi propugnata.

⁽²⁸⁾ In questo senso v. S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 150 s. e G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, II, p. 360. Diversamente, invece, A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 275, il quale ritiene che il patto di famiglia possa essere concluso anche in presenza di un solo legittimario.

cui validità è condizionata alla valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322, 2° comma c.c.⁽²⁹⁾.

3. *Il ruolo degli ascendenti, dei discendenti e del coniuge del disponente.*

L'individuazione delle parti necessarie del patto di famiglia si basa su una *fictio iuris* la quale riferisce la qualità di legittimario al momento della conclusione del contratto⁽³⁰⁾. Infatti, soltanto chi possieda lo *status* di coniuge, di figlio legittimo o naturale ovvero di ascendente legittimo del disponente al momento in cui è stipulato il patto di famiglia dovrà parteciparvi e potrà, di conseguenza, ricevere (o rinunciare al) la liquidazione dei propri diritti sui beni trasferiti. Tale scelta è, però, fonte di problematiche a volte spinose allorché si consideri che la compagine familiare del disponente può subire variazioni anche assai rilevanti nel tempo che separa la conclusione del patto di famiglia dall'apertura della successione.

Il primo tema da affrontare in relazione alla disposizione contenuta all'art. 768-*quater*, 1° comma c.c. riguarda la posizione degli ascendenti. Come noto, costoro sono considerati legittimari soltanto qualora il *de cuius* non lasci figli legittimi o naturali, o discendenti di costoro⁽³¹⁾, concorrendo

⁽²⁹⁾ Che tali interessi possano essere ritenuti «meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» può, peraltro, fondatamente dubitarsi: il legislatore ha ammesso una deroga ai principi che governano la tutela dei legittimari sulla base del presupposto della loro partecipazione universale al patto, la quale consente la produzione dell'effetto legale tipico dello stesso, consistente nella deroga ai suddetti principi. Il volere raggiungere i medesimi risultati pratici mediante un contratto che non preveda la partecipazione dei soggetti i quali sono potenzialmente pregiudicati dalla stipulazione del negozio e la pretesa di imporre un regolamento siffatto a eventuali legittimari sopravvenuti, senza che alla formazione del patto abbia preso parte alcun soggetto portatore del loro interesse, appaiono quali finalità che il legislatore ha voluto escludere dal raggio di applicazione del nuovo istituto e certo non possono essere raggiunte mediante un contratto atipico, il quale non può sovvertire i limiti legislativi posti dal Libro II.

⁽³⁰⁾ Secondo parte degli interpreti, la *ratio* di questa disposizione che impone la necessaria partecipazione alla stipulazione del patto dei soggetti appena individuati si rinviene nella circostanza che il patto di famiglia rappresenta un'anticipazione della distribuzione del patrimonio rispetto al momento dell'apertura della successione ed esclude quanto è oggetto delle attribuzioni dall'azione di riduzione e dalla collazione, strumenti i quali sono posti appunto a tutela delle ragioni dei legittimari. Sul punto, v. in particolare A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, cit.

⁽³¹⁾ L'art. 536, 3° comma prevede, infatti, l'operare della rappresentazione in favore dei discendenti dei figli del *de cuius*. Sul punto, v. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 240 ss. e L. FERRI, *sub* art. 536, in *Dei legittimari*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 14 ss.

in tal caso con il coniuge. Ne consegue che tali soggetti non possono mai rivestire il ruolo di parti necessarie del patto di famiglia, in quanto esso può essere stipulato soltanto in presenza di almeno un discendente, poiché soltanto un discendente dell'imprenditore può essere beneficiario dell'assegnazione dell'azienda o delle partecipazioni sociali effettuata mediante il contratto in parola⁽³²⁾.

Riconosciuta l'inessenzialità della partecipazione degli ascendenti al patto di famiglia, parte della dottrina⁽³³⁾ si chiede se la presenza di costoro alla stipulazione possa comunque essere opportuna al fine di rinunciare ai diritti di legittima ad essi eventualmente spettanti in futuro, qualora i discendenti venissero a mancare. Al proposito, la relazione all'originario disegno di legge (d.d.l. Camera C. 3870) precisava che «possono partecipare inoltre al contratto coloro che potrebbero divenire legittimari a seguito di modificazioni dello stato familiare dell'imprenditore (ad esempio, gli ascendenti [...]), con il risultato di rendere il contratto opponibile anche a costoro e di escludere il diritto di cui al sesto comma» (nel testo approvato, art. 768-*sexies*, 1° comma). Similmente, un altro progetto di legge in materia, presentato nella XIII legislatura, prevedeva espressamente, all'introducendo art. 734-*bis*, 2° comma c.c., che «al contratto [...] possono partecipare, ai soli fini di cui al sesto comma, il coniuge dell'imprenditore e coloro che potrebbero divenirne legittimari a seguito di modificazioni del suo stato familiare».

Di tali facoltà, peraltro, non resta traccia nel testo approvato ed ora in vigore, ma il tema appare di importanza assai modesta qualora si osservi come, in caso di premorienza degli assegnatari, i loro discendenti succederebbero nel luogo e nel grado di costoro – in virtù dell'operare della rappresentazione –, con ciò parimenti escludendo la qualifica di legittimari in capo agli ascendenti⁽³⁴⁾. Ne consegue che la posizione degli ascendenti potrebbe venire in rilievo ai fini del patto di famiglia soltanto nell'eventualità che i discendenti assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali che siano premorti al disponente siano privi, a loro volta, di discendenti. In questo caso gli ascendenti dovrebbero essere qualificati quali legittimari sopravvenuti e, perciò, avrebbero diritto alla liquidazione delle loro spettanze ai sensi dell'art. 768-*sexies*,

(32) Nello stesso senso, v. B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, n. 55, cit., p. 106; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 220; P. MATERA, *Il patto di famiglia*, cit., p. 359.

(33) Si veda, a tal proposito, M.C. LUPETTI, *Patti di famiglia. Note a prima lettura*, in *CNN Notizie* del 14 febbraio 2006.

(34) Lo nota, correttamente, F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 219.

1° comma⁽³⁵⁾. Se questo è vero, l'ammissibilità di un intervento degli ascendenti nella stipulazione del patto di famiglia in funzione della rinuncia a tale eventuale futuro diritto si riconduce alla *vexata quaestio* dell'ammissibilità della rinuncia a diritti futuri⁽³⁶⁾.

In proposito, e senza poter in questa sede neppure accennare alle problematiche che il tema sottende, pare maggioritaria la tesi permissiva, la quale ritiene che in presenza di un diritto che nascerà *de iure* e con un contenuto prefissato non vi siano motivi per negarne la rinunciabilità. Di conseguenza, gli ascendenti potenzialmente legittimari potranno intervenire nel patto di famiglia stipulato dal loro discendente in veste di disponente, al fine di rinunciare agli eventuali diritti ad essi spettanti in forza dell'art. 768-*sexies* nell'eventualità in cui gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali, e i loro discendenti, dovessero premorire al disponente.

Un problema piuttosto delicato riguarda, poi, la partecipazione al patto di famiglia dei figli naturali del disponente⁽³⁷⁾. Infatti, è noto che i diritti successori dei figli naturali dipendono dal riconoscimento⁽³⁸⁾ e quindi, a rigore, se al momento della stipulazione del patto il riconoscimento (o la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità) non si è ancora verificato, il figlio naturale non ha titolo per partecipare al patto e questo è perfettamente valido in quanto concluso fra tutti i legittimari esistenti. D'altro canto deve considerarsi che la migliore dottrina⁽³⁹⁾ ritiene che il riconoscimento di

⁽³⁵⁾ La qualificazione degli ascendenti quali legittimari sopravvenuti nel caso in cui i discendenti assegnatari siano venuti a mancare al tempo dell'apertura della successione del disponente non deve sorprendere: essi sono bensì esistenti al momento della conclusione del patto di famiglia, ma non possiedono ancora lo *status* di legittimari, il quale sorge in capo ai medesimi solo successivamente. Se così non fosse, dovrebbe ritenersi che il patto sia posto nel nulla per il semplice fatto che essi, pur esistendo al momento della stipulazione del patto, non vi hanno partecipato ma tale conclusione appare assolutamente illogica.

⁽³⁶⁾ Su di essa si veda almeno l'interessante studio di C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005.

⁽³⁷⁾ Per questo aspetto si vedano, F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 223 e S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 146, nota 29.

⁽³⁸⁾ Sul punto, si riporta l'efficace affermazione di C.M. BIANCA, *Diritto civile 2. La famiglia, le successioni*, Milano, 2005, p. 360, secondo cui, più in generale, «il riconoscimento consente al figlio di avvalersi dei diritti che ineriscono al rapporto di filiazione». Sul punto si veda, per tutte, Cass. 26 maggio 2004, n. 10124, ove espressamente si dice che «soltanto il riconoscimento comporta, ex art. 261 c.c., gli effetti tipici connessi dalla legge allo status giuridico di figlio naturale».

⁽³⁹⁾ In proposito si vedano F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 409; L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 2006, p. 223; C.M. BIANCA, *Diritto civile 2. La famiglia, le successioni*, cit., p. 387, ove si richiama la conforme Cass. 14 agosto

figlio naturale – in quanto atto dichiarativo – possieda efficacia retroattiva fino al momento della nascita, sicché il figlio riconosciuto dovrebbe intendersi compreso nel novero dei soggetti il cui consenso sarebbe stato necessario ai fini della validità del negozio. Se è così, si argomenta, il figlio naturale nato prima, ma riconosciuto dopo la conclusione del patto di famiglia non avrebbe diritto soltanto alla liquidazione che l'art. 768-*sexies* riserva in favore dei legittimari sopravvenuti bensì egli potrebbe “impugnare il contratto, che è nullo per essere intervenuto tra alcuni e non tra tutti i legittimari potenziali”, potendo soltanto discutersi se si tratti «di una nullità relativa (protettiva) o se qualsivoglia partecipante, pentito, possa avvalersi della legittimazione assoluta»⁽⁴⁰⁾. L'accoglimento di questa conclusione comporta un rischio assai grave per la stabilità del patto, tanto da indurre un autorevole interprete a ritenere che, poiché la legge richiede la partecipazione di «tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore» e in quel momento il figlio naturale non riconosciuto non possiede ancora la qualifica di legittimario, sia la data in cui il riconoscimento medesimo si perfeziona a segnare il regime applicabile alla fattispecie: «il figlio riconosciuto dovrà intendersi compreso tra i soggetti intitolati a partecipare al patto di famiglia ovvero acquisterà il semplice diritto di cui all'art. 768-*sexies*, 1° comma, c.c., a seconda che il riconoscimento sia o meno anteriore alla stipulazione del patto medesimo»⁽⁴¹⁾.

Poiché la legge non offre indici univoci, utili spunti di riflessione sul problema ora descritto si possono reperire nel confronto con la disciplina dettata in tema di divisione. Caratteristica della divisione è la necessità che ad essa prendano parte tutti i coeredi⁽⁴²⁾, tanto che ove tale universalità soggettiva non sia rispettata la divisione è nulla. Il principio è a tal punto inderogabile che, qualora un legittimario pretermesso «agisca in riduzione contro gli eredi dopo la divisione ereditaria intervenuta tra costoro, la sentenza di riduzione comporta nullità della divisione, analogamente a quanto dispone l'art. 735, 1° comma per la divisione testamentaria»⁽⁴³⁾.

1998, n. 8042. In effetti, una volta che si sia riconosciuta la natura dichiarativa della sentenza che accerta il rapporto di filiazione naturale, non può che ritenersi che la medesima natura caratterizzi anche il riconoscimento di figlio naturale, stante anche il disposto dell'art. 277 c.c.

⁽⁴⁰⁾ Così, testualmente, F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 223.

⁽⁴¹⁾ In questo senso, S. DELLE MONACHE, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 146.

⁽⁴²⁾ Sul punto vedi, per tutti, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 2002, p. 692 ss.

⁽⁴³⁾ In questo senso, testualmente, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, successione necessaria*, in *Trattato Cicu Messineo*, XLIII, 2, Milano, 2000, p. 236 nota 33.

Si consideri, ad esempio, il caso di un figlio naturale il quale ottenga il riconoscimento successivamente alla morte del genitore e che agisca in riduzione nei confronti dei figli legittimi, eredi *ab intestato*, per ottenere la propria quota di riserva: in forza del principio di universalità soggettiva, la divisione già intervenuta fra questi ultimi verrà a essere travolta dal vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, con conseguente formazione dello stato di comunione ereditaria.

Attesa la lata funzionalità divisoria del patto di famiglia, l'analogia fra la fattispecie appena analizzata e quella al nostro esame appare molto forte e dovrebbe condurre a ritenere corretta la prima delle tesi sopra ricordate, la quale considera il figlio naturale nato prima della conclusione del patto di famiglia, mariconosciuto in seguito, legittimato a farne valere la nullità.

L'accoglimento di questa opinione, come già sottolineato *supra*, produce conseguenze assai gravi poiché la stabilità del patto – valore cui il legislatore ha mostrato di riferire la massima importanza – ne viene sostanzialmente compromessa, ma è, al contempo, preferibile da un punto di vista sistematico, tanto che si può soltanto esprimere il rammarico che il legislatore non abbia esplicitamente regolato la fattispecie sussumendola nell'ambito dell'art. 768-*sexies* c.c.

In proposito si deve anche sgombrare il campo dalla possibile obiezione secondo cui predicare per il caso *de quo* una soluzione diversa rispetto a quanto detto con riguardo agli ascendenti dia luogo a una contraddizione. In relazione a questi ultimi, diversamente da quanto accade per i figli naturali, la qualità di legittimari sorge soltanto per effetto della scomparsa dei discendenti del disponente, mentre in precedenza essa deve radicalmente escludersi. Nel caso dei figli naturali, invece, la natura di negozio di accertamento del riconoscimento e la riconosciuta dichiaratività della sentenza *ex art.* 269 c.c. conduce a ritenere che lo *status* di figlio, e con esso la qualità di legittimario, sia già sussistente in capo a costoro anche precedentemente⁽⁴⁴⁾, ma che la delazione in loro favore rimanga inoperante in forza dell'art. 573 c.c., sino a che non intervenga il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità.

Affrontate le questioni attinenti agli ascendenti e ai figli naturali, si deve ora volgere l'attenzione al tema di maggiore interesse con riguardo ai partecipanti al patto di famiglia, ovvero quello riguardante il trattamento dell'ipotesi in cui un soggetto partecipante al patto non possieda più lo *status* di legittimario al momento dell'apertura della successione del disponente.

(44) Sul punto si veda anche la precisa analisi di G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 342, ove si richiama la conforme opinione di A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, p. 29 e U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittima*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 11 ss.

te⁽⁴⁵⁾. Quanto alla perdita della qualità di legittimario, deve operarsi una distinzione fondamentale in ragione della causa che la provoca: da un lato, infatti, la medesima può essere conseguenza della premorienza del soggetto rispetto al disponente, dall'altro lato essa può trovare origine nella separazione addebitata o nello scioglimento del matrimonio fra disponente e coniuge.

Il quesito fondamentale da risolvere con riguardo al tema *de quo* è quello della sorte delle attribuzioni operate mediante il patto in favore di soggetti i quali non possiedano più lo *status* di legittimari al tempo dell'apertura della successione.

Infatti, è proprio con riferimento a tale momento che si produce l'assetto definitivo della compagine familiare del disponente, con ciò precisandosi quali soggetti hanno titolo a concorrere alla divisione in qualità di legittimari: se, da un lato, l'art. 768-*sexies* conferisce il diritto a chiedere una quota di liquidazione sui beni trasferiti con il patto i legittimari sopravvenuti, coerenza vuole che, dall'altro lato, tale quota non spetti a coloro che non ne hanno più la qualità⁽⁴⁶⁾. Lo *status* di legittimario riveste, infatti, il ruolo di presupposto che sorregge le attribuzioni patrimoniali operate per mezzo del patto di famiglia, sicché il venir meno del predetto *status* comporta che la prestazione, pur inizialmente dovuta, si riveli poi sprovvista di causa⁽⁴⁷⁾.

Se è così, si deve concludere che il soggetto il quale abbia partecipato alla conclusione del patto ma abbia successivamente perduto la qualità di legittimario sarà tenuto a restituire, in favore degli assegnatari, quanto da lui ricevuto ai sensi dell'art. 768-*quater*, 2° comma c.c. Qualora, poi, l'eventualità in parola provochi uno spostamento di quote in esito al quale gli altri partecipanti non assegnatari avrebbero avuto diritto a una quota di maggior valore, non pare dubbio che essi possano chiedere agli assegnatari l'integrazione della liquidazione già ricevuta.

⁽⁴⁵⁾ Ci si riferisce a tale momento in quanto esso costituisce il tempo in cui matura la certezza circa la composizione della compagine familiare del disponente e, per simmetria rispetto a quanto disposto dall'art. 768-*sexies* – in cui si prevede il trattamento dei legittimari sopravvenuti rispetto alla stipulazione del patto –, ci si deve interrogare circa la sorte delle attribuzioni ricevute dai partecipanti i quali non rivestano più la qualità di legittimari.

⁽⁴⁶⁾ Diversamente opinando, infatti, verrebbe a mancare la simmetria rispetto all'art. 768-*sexies* e gli assegnatari sarebbero chiamati a liquidare anche quote non corrispondenti a diritti di legittima.

⁽⁴⁷⁾ Il fatto che una prestazione, inizialmente sorretta da giusta causa, sia da considerarsi ripetibile non deve sorprendere: già il diritto romano, infatti, conosceva la *condictio indebiti ob causam finitam*, la quale consentiva la ripetizione di quanto prestato nel caso in cui la causa dell'attribuzione dovesse in seguito venire a mancare. Tale facoltà è pacificamente ammessa anche nel nostro diritto, in forza dell'ampia previsione dell'art. 2033. Sul punto si veda, già nella manualistica, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 684 s. e C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 795.

Si è detto *supra* che la perdita dello *status* di legittimario può essere la conseguenza della premorienza del soggetto rispetto al disponente oppure, nel solo caso del coniuge, della separazione personale addebitata o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Le due ipotesi non possono essere considerate equivalenti: se nel secondo caso la perdita dei diritti successori non può che produrre invariabilmente l'obbligo di restituzione di quanto ricevuto in forza del patto⁽⁴⁸⁾, la premorienza di un figlio legittimario potrebbe non avere tali effetti qualora costui possieda uno o più discendenti, in quanto essi si vedono riconosciuti dall'art. 536, 3° comma, c.c. gli stessi diritti dei figli legittimari.

In chiusura di queste notazioni ci sia consentito accennare al fatto che la necessità della partecipazione del coniuge alla stipulazione del patto di famiglia, con la connessa liquidazione dei diritti di legittima ad esso spettanti, è foriera di notevoli problemi nell'ottica della stabilità delle attribuzioni *ex pacto* tanto che sarebbe stato più opportuno rinviare la liquidazione di tale soggetto al momento dell'apertura della successione. Proprio in tal senso, infatti, aveva disposto il progetto elaborato dal gruppo di studio coordinato dai professori Masi e Rescigno⁽⁴⁹⁾, ove si

(48) Tale obbligo, coerentemente con la nostra ricostruzione – la quale valorizza il tempo dell'apertura della successione come quello al quale riferire la definitiva articolazione delle attribuzioni operate mediante il patto –, deve ritenersi nasca al momento dell'apertura della successione. Ma anche qualora – nell'interesse della più celere sistemazione delle questioni attinenti le attribuzioni *ex pacto* – si preferisca collocarlo al momento dell'intervenuta separazione addebitata o del divorzio non pare che ciò comporti alcuna incoerenza all'interno dell'interpretazione che si è inteso offrire.

(49) Il primo gruppo di studio che ha elaborato proposte in materia di trasmissione generazionale dell'impresa è la Commissione di studio coordinata dai professori Antonio Masi e Pietro Rescigno, il cui progetto ha fortemente influenzato i successivi studi sulla materia *de qua* e ha rivestito grande importanza anche nel lavoro parlamentare che ha portato all'approvazione della L. 14 febbraio 2006, n. 55. Tale commissione aveva proposto l'introduzione nel Codice civile di un art. 734-*bis*, intitolato "Patto di famiglia", e di un art. 2355-*bis*, rubricato "Patto d'impresa".

Il primo istituto prevedeva che «l'imprenditore può assegnare con atto pubblico l'azienda a uno o più discendenti. Al contratto devono partecipare, oltre all'imprenditore, i discendenti che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione. Coloro che acquistano l'azienda devono corrispondere agli altri discendenti legittimari e non assegnatari, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, una somma non inferiore al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti. Quanto ricevuto dai legittimari non è soggetto a collazione o riduzione. All'apertura della successione il coniuge e gli altri legittimari che non vi abbiano partecipato possono chiedere il pagamento della somma prevista dal comma 3, aumentata degli interessi legali, a tutti i beneficiari del contratto».

L'analisi dell'istituto rivela come esso non configuri un patto successorio, in quanto ciò che forma oggetto dell'attribuzione è l'azienda nella consistenza che

prevedeva che soltanto il coniuge che fosse stato tale al tempo dell'apertura della successione avrebbe potuto far valere la propria qualità di legittimario, pretendendo la liquidazione della propria quota sul valore dell'azienda trasferita⁽⁵⁰⁾.

essa ha al momento dell'atto dispositivo e l'effetto attributivo è immediato, di guisa che non ricorrono i caratteri del negozio *mortis causa*. La vera portata innovativa della progettata disposizione, infatti, risiede nel suo 4° comma, il quale opera una disattivazione dei meccanismi di tutela che l'ordinamento normalmente predispone a favore dei familiari, e segnatamente la collazione e l'azione di riduzione. A fronte di tale disattivazione, il progetto predispone una specifica tutela, la quale si caratterizza per una minore incisività, funzionale alla stabilità dell'attribuzione e giustificata dall'esigenza di conservazione dell'efficienza dei beni produttivi.

Diversamente è a dirsi con riguardo alla progettata disciplina del "Patto d'impresa", in forza della quale «l'atto costitutivo può prevedere a favore della società, dei soci o di terzi il diritto di acquistare azioni nominative cadute in successione. [...] Il prezzo deve corrispondere al valore delle azioni e, salvo patto contrario, deve essere pagato contestualmente all'esercizio del riscatto. In caso di mancato accordo, il valore è determinato da un perito nominato ai sensi dell'art. 2343-bis. [...]». Questo istituto configurerebbe un patto successorio in quanto consente che, mediante una clausola dell'atto costitutivo di una società, gli eredi del socio siano obbligati a vendere la partecipazione di cui il socio era titolare (perciò una parte di *quod superest*) ai beneficiari indicati nel medesimo atto costitutivo in quanto esistenti al momento dell'apertura della successione. Sussistono, perciò, del negozio *mortis causa*, sia il requisito soggettivo poiché il beneficiario si determina solo al momento della morte, sia il requisito oggettivo in quanto si tratta di una attribuzione *de residuo*. Paradossalmente, però, la norma che si intendeva introdurre non riveste grande potenzialità innovativa, in quanto una parte della dottrina e della giurisprudenza già ammettevano *de iure condito* la liceità di tale clausola statutaria, sulla base del presupposto che «la clausola *de qua* non integrerebbe un patto successorio vietato» in quanto la successione avverrebbe «in base alla legge o al testamento e la clausola statutaria avrebbe soltanto l'efficacia di un vincolo a carico degli eredi divenuti azionisti, consistente nella soggezione all'esercizio del diritto di opzione da parte dei soci superstiti». La fattispecie in parola pone, però, un delicato problema in ordine alla revocabilità della disposizione: l'ammettere l'irrevocabilità unilaterale della clausola, coerentemente alla disciplina societaria, comporterebbe un vistoso *vulnus* al principio di revocabilità del negozio *mortis causa*, in quanto gli altri soci diverrebbero arbitri della revoca della disposizione persino in presenza di eventi quali la sopravvenienza di figli, che produce la revoca di diritto del testamento (art. 687 c.c.) e la facoltà di revoca della donazione (art. 803 c.c.).

⁽⁵⁰⁾ Sul punto si vedano le considerazioni di M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione dei patti successori*, in *Rivista del Notariato*, 1997, p. 1371 ss.

ABSTRACT

The essay provides for an in-depth analyses of different features of the “patto di famiglia”, an innovative legal institute introduced in Italy by Law no. 55 of 14th February 2006. In particular, the author investigates the issues related the role in the contract not only of the entrepreneur – who disposes of his business and shareholding – and of the beneficiary; but also of the persons indicated in art. 768-quarter Civil Code, whose participation is deemed necessary, under penalty of nullity.

Il saggio approfondisce taluni aspetti del nuovo istituto del patto di famiglia, introdotto nell'ordinamento italiano con la legge n. 55 del 14 febbraio 2006. In particolare, l'autore affronta i problemi attinenti la partecipazione al contratto non solo dell'imprenditore, che con esso dispone della propria azienda o delle proprie partecipazioni societarie, e del beneficiario dell'attribuzione, ma anche dei soggetti previsti dall'art. 768-quater c.c., propendendo per la necessità della loro partecipazione a pena di nullità.

COSETTA CASTALDELLO

LE DINAMICHE TEMPORALI DELLE LEGGI TEMPORANEE ED ECCEZIONALI

SOMMARIO: 1. Le leggi temporanee ed eccezionali nella disciplina dell'art. 2, comma 5, c.p. – 2. Principi costituzionali e irretroattività della legge temporanea ed eccezionale favorevole. – 3. Successione tra leggi ordinarie e leggi temporanee o eccezionali. – 4. Successione di leggi temporanee o eccezionali tra loro: applicabilità incondizionata della deroga alla retroattività favorevole? – 5. Il criterio risolutivo della “*medesima ratio*” nelle indicazioni della Suprema Corte. – 6. Modifiche mediate della fattispecie penale e risvolti applicativi del comma 5.

1. – La disciplina generale, dettata dal Codice penale italiano, in tema di successione di leggi nel tempo, si articola nel principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e in quello di retroattività della legge più mite sopravvenuta. Il primo, già sancito dal comma 1 dell'art. 2 c.p. e dall'art. 11 disp. prel. c.c., ha trovato espresso riconoscimento anche a livello costituzionale nell'art. 25, comma 2. Il secondo principio è enunciato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 c.p. La disposizione prevede, infatti, tre casi in cui a dover essere applicata è la nuova disciplina più favorevole. Il primo capoverso si occupa dell'ipotesi in cui un fatto costituente reato cessa di essere considerato tale dall'ordinamento; qui, l'*abolitio criminis* estende i propri effetti a tutti i fatti commessi antecedentemente alla nuova disciplina, con travolgimento dello stesso giudicato. Il comma 4 regola i casi in cui la nuova norma interviene, senza abolire, totalmente o parzialmente, la norma incriminatrice preesistente, mutando, semplicemente, il trattamento penale di un certo fatto, che continua a essere considerato illecito⁽¹⁾. Il trattamento più benevolo si

⁽¹⁾ Di non sempre agevole soluzione è il problema legato alla distinzione tra abrogazione e semplice modificazione. La questione ha risvolti applicativi notevoli, visto che solo nel primo caso la *novatio legis* favorevole non incontra il limite dell'irrevocabilità della sentenza, ed è risolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza con l'ausilio di criteri eterogenei. Secondo la teoria della “continuità del tipo di illecito”, se le

dispiega anche agli illeciti commessi prima dell'introduzione della nuova disciplina, sempre che, rispetto ad essi, non sia stata pronunciata sentenza definitiva di condanna. L'ultima ipotesi, che si pone come parzialmente derogatoria alla regola dell'intangibilità del giudicato, prescrive che, qualora la nuova legge imponga l'applicazione di una pena pecuniaria, in luogo a quella detentiva, quest'ultima sia immediatamente convertita in pena pecuniaria e ragguagliata a norma dell'art. 135 c.p. (comma 3)⁽²⁾.

Il comma 5 dell'art. 2 dispone che, se si tratta di leggi temporanee o eccezionali, le disposizioni dei capoversi precedenti non si applicano. Tale norma si occupa del fenomeno successorio riguardante tipologie normative il cui termine di vigenza è predeterminato o predeterminabile *a priori*⁽³⁾.

norme penali in successione contengono il medesimo nocciolo offensivo, costituito dal tipo di bene protetto e dalle modalità di aggressione, si avrà mera modificazione. Si osserva, però, che un simile criterio, oltre a poter essere impiegato solo quando vi è perfetta identità di fattispecie, postula valutazioni di stampo sostanzialistico, inevitabilmente incerte. Altra parte della dottrina ricorre, pertanto, al criterio del "rapporto di continenza tra la nuova e la vecchia fattispecie", ritenendo che si abbia modificazione quando la nuova legge introduce una fattispecie con elementi di specialità rispetto alla disposizione precedente, per cui, in assenza della seconda norma, i fatti sarebbero disciplinati dalla prima. Secondo altra impostazione, si verterebbe nell'ipotesi di modificazione in tutti i casi in cui il fatto concreto è riconducibile a entrambe le norme, a prescindere dalla sussistenza o meno di un rapporto di specialità tra le stesse. Ad avviso di alcuni autori, all'opposto, ciò di cui si deve tener conto, per evitare l'incompletezza e l'indeterminatezza degli altri criteri suindicati, sono i rapporti strutturali tra fattispecie, onde verificare, di volta in volta, se tra le stesse sussista un rapporto di identità, di specialità o, altresì, di specialità reciproca. Sul punto, in particolare: PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, comma 3, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1355 ss.; PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, p. 1 ss.; GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 123 ss.; GAMBARDELLA, *L'art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abilito criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1194 ss. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. un., 12 giugno 2009, in *Studium Iuris*, 2009, p. 1234; Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3310, con nota di PADOVANI; Cass. pen., sez. un., 27 giugno 2001, in *CED Cass.*, rv. 219223; Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 2000, in *Foro it.*, 2001, p. 141; Cass. pen., sez. un., 20 giugno 1990, *ivi*, 1990, p. 637.

Convergenza di opinioni si riscontra, piuttosto, su ciò che si deve intendere per legge più favorevole: premessa l'impossibilità di ricavarla dalla combinazione delle diverse discipline – creando una *tertia lex*, in violazione del principio della riserva di legge – essa va determinata in concreto, comparando i risultati dell'applicazione, nel caso di specie, prima, della legge del tempo in cui fu commesso reato e, poi, di quella vigente al momento del giudizio, onde verificare quale delle due comporti minor sacrificio per l'imputato. Cfr. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 93.

⁽²⁾ Comma introdotto dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85.

⁽³⁾ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, p. 162.

Temporanee sono, infatti, quelle leggi la cui efficacia è subordinata a un termine da esse stesse esplicitamente determinato, cronologicamente o in rapporto a un determinato evento futuro⁽⁴⁾, allo scadere del quale la legge stessa si “auto-abroga”⁽⁵⁾, senza bisogno di un nuovo intervento legislativo *ad hoc*. Eccezionali sono, invece, le leggi emanate per far fronte a situazioni oggettive di carattere straordinario (stato di guerra, pubblica calamità, epidemia *etc.*⁽⁶⁾). Per questa seconda categoria di leggi, la cessazione del termine di vigenza — che non può, ovviamente, essere demandata al “sentire comune” — abbisogna di una dichiarazione espressa del legislatore, con la quale si accerta (o si decreta) la cessazione dello stato di emergenza⁽⁷⁾. Tale sarebbe, dunque, il criterio idoneo a distinguere le due tipologie normative, benché si osservi che le stesse leggi temporanee, conservando validità limitata, per il periodo di tempo in cui perdura l’evento particolare, che ne ha determinato l’emanazione, sono riportabili alla matrice delle leggi temporanee⁽⁸⁾, dalle quali si differenziano per la mancata previsione espressa, di un termine di vigenza. La distinzione, apparentemente lineare in via di principio, conserva qualche profilo d’incertezza sul piano applicativo, posto che una medesima legge può presentare simultaneamente entrambi i caratteri. Ciò, però, non esclude che non sia possibile od opportuno, di volta in volta, distinguere quale dei due sia davvero dominante: infatti, mentre la legge temporanea non è, necessariamente, legata al perdurare di una certa situazione contingente, la legge eccezionale conserva una validità limitata al periodo in cui perdura l’evento eccezionale, contenendo, quindi, un termine di durata meramente implicito⁽⁹⁾. In effetti, la più attenta giurisprudenza di legittimità, recependo tali puntualizzazioni, ha avuto modo di negare il carattere di legge temporanea di certi provvedimenti, la cui vigenza non era sottoposta a un termine di durata specificamente prefissato⁽¹⁰⁾.

⁽⁴⁾ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 112; ROMANO, *sub art. 2*, in *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2004, p. 71.

⁽⁵⁾ PODO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. It.*, XVIII, 1971, p. 678.

⁽⁶⁾ Si veda, per esempio, Cass. pen., 5 giugno 1984, Attanasio, in *Riv. pen.*, 1985, p. 728, sulla natura eccezionale della normativa, di cui all’art. 11, d.l. 27 febbraio 1982, n. 57, convertito in l. 29 aprile 1982, n. 187, relativa alla inapplicabilità per sei mesi dall’entrata in vigore della legge di conversione nei comuni dichiarati sismici delle regioni Basilicata e Campania degli artt. 2, 13, 17, 18 e 28, l. 2 febbraio 1974, n. 64, in tema di edilizia sismica.

⁽⁷⁾ PODO, *op. cit.*, p. 678.

⁽⁸⁾ GALLO, *op. cit.*, p. 141.

⁽⁹⁾ PODO, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁾ Cass. pen., sez. III, 26 maggio 1999, n. 8454, Conotti, in *Riv. pen.*, 1999, p. 877, relativamente a una vicenda successoria di una legge regionale abrogativa della precedente, che stabiliva il divieto di caccia in una certa zona di un parco naturale. Cfr., Cass. pen., sez. V, 16 aprile 1991, Bosio, in *CED Cass.*, rv. 187286.

Chiarito che la peculiarità della legge eccezionale sta nell'essere "eletta a regolamentare un dato che l'ordinamento ha inteso assumere non come sua (tendenziale) costante strutturale, bensì come occasionale episodio che occupa (necessariamente solo) un determinabile frangente cronologico" (11), occorre precisare che l'eccezionalità di cui si discute non coincide affatto con quella a cui fa riferimento l'art. 14 disp. prel. c.c. La disposizione che sancisce il divieto di interpretazione analogica "delle leggi penali e di quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi", richiama un concetto di eccezionalità intesa come attitudine della disposizione normativa a introdurre una regolamentazione diversa e antitetica rispetto a quella ordinaria, vietando ciò che questa consente e viceversa (12). Come non è peculiare alle leggi dell'art. 2, comma 5, c.p. l'introduzione di una regolamentazione eccettuativa, nel senso sopra precisato, a quella regolare, così non è peculiare alle leggi di cui all'art. 14 disp. prel. c.c. l'introduzione di una disciplina destinata a durare per un periodo di tempo predeterminabile, in rapporto a una data situazione contingente (13).

2. – Il principio di irretroattività della legge penale è, unanimemente, considerato corollario, oltre che logico completamento, del principio di legalità, anzi, esso rifletterebbe l'esigenza primaria salvaguardata dal principio liberale *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la cui funzione garantista risulterebbe completamente frustrata, se fosse consentito allo Stato di incriminare fatti non costituenti reato al momento della loro realizzazione (14). La stretta interdipendenza tra principio e sotto-principio, espressa nel brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, è palesata dalla stessa formula dell'art. 25, comma 2, Cost. ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"), il quale sancisce, contestualmente, all'interno della medesima enunciazione, l'una e l'altra necessità: che il precetto penale, da un lato, promani dall'organo legislativo e che, dall'altro, preesista al fatto dichiarato illecito (15).

(11) FALCINELLI, *L'eccezione "retroattiva": il passaggio a nord-ovest per la successione delle leggi temporanee favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2896.

(12) MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 75. Sul concetto di eccezionalità, nei termini di cui all'art. 14 disp. prel. c.c.: VASSALLI, voce *Analogia*, in *Dig. pen.*, I, 1987, p. 158 ss.; ROMANO, *op. cit.*, p. 50.

(13) BATTAGLINI, *In tema di sottrazione di generi alimentari al normale consumo*, in *Giust. pen.*, 1942, p. 134.

(14) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008, p. 85.

(15) PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 286: "ancora oggi le enunciazioni costituzionali della legalità penale sono tutte immancabilmente incentrate proprio sul divieto di applicazione retroattiva".

L'inefficacia retroattiva della legge è sancita, in via generale e valevole per tutto l'ordinamento, dall'art. 11 disp. prel. c.c. ("La legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo"), ma, stante il rango di legge ordinaria di quest'ultima disposizione, sono del tutto legittime le deroghe apportate da fonti di pari grado. All'opposto, dato il rilievo costituzionale del principio, in materia penale, la sua inderogabilità, con riferimento alle norme incriminatrici, è incondizionata⁽¹⁶⁾. Mentre la funzione del principio di legalità consiste nell'assicurare che l'applicazione di misure punitive passi attraverso una previsione legislativa espressa⁽¹⁷⁾, la *ratio* del principio di irretroattività è ravvisata nella garanzia diretta del cittadino contro gli interventi arbitrari del potere legislativo⁽¹⁸⁾. Il rango costituzionale del suddetto principio si risolverebbe nella garanzia del singolo di poter compiere libere scelte d'azione, conoscendo *a priori* ciò che non è e ciò che è vietato e, solo in tal caso, di essere soggetto al rimprovero penale⁽¹⁹⁾. Il disposto costituzionale non s'incaricherebbe, meramente, di rispondere a esigenze di ordine e sicurezza giuridica, volte ad assicurare stabilità nei rapporti formati nel vigore di una disciplina prestabilita⁽²⁰⁾; né, d'altra parte, di far fronte a necessità di tipo "endopenalistico", attinenti al rapporto tra rimproverabilità e conoscibilità del dettato normativo e alla funzione generalpreventiva del precetto penale. L'art. 25, comma 2, Cost. perseguirebbe, più propriamente, lo scopo di assicurare ai consociati la facoltà di autodeterminarsi, conoscendo le conseguenze giuridiche del proprio operato, in un ramo del diritto in cui l'afflittività della sanzione rende più pregnante l'esigenza di tutela⁽²¹⁾.

Per quanto qui interessa, in riferimento alla portata applicativa dell'art. 2, comma 5, c.p., è opinione unanimemente accolta dalla dottrina che la locuzione "non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti" si riferisce unicamente alle disposizioni concernenti il regime di retroattività della legge favorevole (abrogativa o modificativa), il solo, vista la costituzionalizzazione dell'irretroattività sfavorevole, a essere suscettibile di eccezione. All'opposto, è rimessa al legislatore ordinario la facoltà di optare, di volta in volta, per la retroattività o l'irretroattività delle disposizioni favorevoli⁽²²⁾.

⁽¹⁶⁾ PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 288.

⁽¹⁷⁾ ROMANO, *op. cit.*, p. 30 ss.

⁽¹⁸⁾ PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 292; AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in *La legge penale: fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di RONCO, Bologna, 2006, p. 222.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, DELLI PRISCOLI-FIORENTIN, *La Corte costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1180.

⁽²⁰⁾ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 81: se così fosse si dovrebbe dubitare pure della legittimità dell'applicazione retroattiva delle norme favorevoli.

⁽²¹⁾ PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*

⁽²²⁾ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 82.

Vi è, tuttavia, chi sostiene che, benché l'art. 25, comma 2, Cost. si occupi esplicitamente del solo divieto di applicare la legge penale più severa ai fatti anteriori alla sua promulgazione, il principio di retroattività della *lex mitior* dovrebbe intendersi, a sua volta, implicitamente costituzionalizzato, con conseguente illegittimità delle disposizioni ad esso derogatorie⁽²³⁾. Gli indici sintomatici di una simile valorizzazione andrebbero individuati nel sovraordinato principio del *favor rei* (*rectius*: del *favor libertatis*), nonché dai principi espressi dall'ordinamento internazionale e comunitario⁽²⁴⁾. Al riguardo, assume peculiare rilievo la sentenza del 17 settembre 2009 con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha constatato la violazione dell'art. 7, par. 1, della Convenzione, da parte dello Stato italiano, il quale, nel caso vagliato, sarebbe venuto meno al proprio obbligo di far beneficiare l'imputato dell'applicazione della pena a lui più favorevole ed entrata in vigore dopo la commissione del reato⁽²⁵⁾. La *Grande Chambre* ha, difatti, precisato che la progressiva affermazione a livello comunitario e internazionale del principio di retroattività della legge penale più mite, tale da farlo assurgere a principio fondamentale del diritto penale, impone di considerare che l'art. 7, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur vietando espressamente la sola applicazione retroattiva della legge penale più severa, sancisca implicitamente anche il principio di retroattività della legge penale più mite⁽²⁶⁾.

Ad ogni modo, la Corte costituzionale, nel valutare le questioni sottopostele, inerenti alla dubbia legittimità delle disposizioni preclusive alla retroattività favorevole, si è finora espressa negativamente in merito all'esistenza di un assoluto divieto per il legislatore di statuire in tal senso.

⁽²³⁾ AMBROSETTI, *op. cit.*, p. 222.

⁽²⁴⁾ In particolare, l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e ratificato dall'Italia con la legge n. 881 del 1977) e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e proclamata nuovamente il 12 dicembre 2007) dispongono: "Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne".

⁽²⁵⁾ Sent. CEDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (ricorso n. 10249/03), in *Sito uff. Echr* 2009.

⁽²⁶⁾ L'art. 7, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la legge n. 848 del 1955) stabilisce che: "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso".

Il fondamento della regola della retroattività, incentrato sul principio di eguaglianza, imporrebbe di non differenziare il trattamento di colui che commette il fatto prima dell'*abolitio criminis*, rispetto a colui che lo commette successivamente. Onde non perseguire la mera disubbidienza come tale, di una norma che puniva un fatto, ormai, per mutata coscienza sociale, considerato inoffensivo, è opportuno mandare esente da rimprovero penale il soggetto sottoposto a giudizio nel momento in cui l'ordinamento non ritiene più lo stesso fatto meritevole di sanzione o di più grave trattamento⁽²⁷⁾. Ad ogni modo la suscettibilità d'eccezione del principio di retroattività della legge favorevole, rende legittime le deroghe dovute a scelte di tutela oggettivamente ragionevoli. Considerato che il canone di retroattività *in mitius* trova il proprio fondamento costituzionale, meramente, nel principio di eguaglianza e nell'esigenza di trattare omogeneamente situazioni omogenee, ma difformemente le situazioni difformi, l'unico criterio adeguato per valutare la legittimità delle deroghe alla regola della retroattività favorevole, sarebbe costituito dal canone di ragionevolezza, *ex art. 3 Cost.*⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ MAGGIORE, voce *Successione di leggi penali*, in *Nuovo dig. it.*, XII, 1940, p. 980: "quando lo Stato, interprete della coscienza giuridica del popolo, toglie l'impronta di reato a un fatto prima ritenuto delittuoso, è segno che non ha più interesse a punirlo: e questo disinteresse retroagisce anche sui rapporti sorti anteriormente alla nuova legge, rispetto ai quali la pena sarebbe inutile e ingiusta".

⁽²⁸⁾ Per la giurisprudenza della Corte costituzionale, v. Corte cost., 18 giugno 2008, n. 215, in *Sito uff. Corte cost.* 2008, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 1, comma 547, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, nella parte in cui stabilisce che, per le violazioni di cui all'art. 110, comma 9, del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, commesse in data antecedente all'entrata in vigore della legge, si applicano le sanzioni penali previste al tempo delle violazioni stesse. Nella specie, la deroga, recata dalla norma impugnata, non era correlata, secondo la Corte, ad interessi di rilievo costituzionale analoghi all'interesse che il singolo vanterebbe a non vedersi esposto alle conseguenze penali di condotte oramai punite come mero illecito amministrativo e contrastava con gli obiettivi della depenalizzazione, rappresentati dalla necessità di assicurare maggior celerità di definizione dei procedimenti e di demandare l'irrogazione delle sanzioni all'organo con maggiori competenze tecniche nel settore. Invece, Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, *ivi*, ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251, censurato, in riferimento agli artt. 3, 10, secondo comma, e 11 Cost., ove esclude l'applicazione dei più brevi termini di prescrizione ai processi già pendenti in grado di appello alla data di entrata in vigore della legge, considerando che "la sentenza n. 393 del 2006 ha dichiarato l'illegittimità di quella parte della medesima norma che escludeva l'estensione del regime prescrizione più favorevole ai giudizi di primo grado in cui vi fosse stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, dal momento che detta dichiarazione – che nel complesso della disciplina del processo non è momento indefettibile – non rappresenta un ragionevole discrimine fra i giudizi in cui continuare ad applicare i vecchi termini ed i processi soggetti ai nuovi. Tale motivazione non si attaglia, però, alla diversa norma censurata, poiché per i processi d'appello l'esclusione dell'applicazione retroattiva della prescrizione

Se, in ossequio alla intrinseca natura delle leggi di cui si occupa il comma 5 dell'art. 2 c.p., sono indubbie la legittimità e l'opportunità della limitazione, qui imposta, all'operare retroattivo della legge favorevole, fu la disposizione, ormai abrogata⁽²⁹⁾, dell'art. 20 della legge n. 4 del 1929 a destare notevoli perplessità in dottrina⁽³⁰⁾. L'art. 20 citato sanciva che: "Le disposizioni penali delle leggi finanziarie e quelle che prevedono ogni altra violazione di dette leggi si applicano ai fatti commessi quando tali disposizioni erano in vigore, ancorché le disposizioni medesime siano abrogate o modificate al tempo della loro applicazione". La disciplina risultante, benché analoga a quella del comma 5, non coincideva totalmente con quest'ultima, infatti il legislatore, utilizzando un'espressione diversa da quella dell'art. 2, comma 5, c.p., intese delimitare l'ambito operativo dell'art. 20 alle ipotesi di successione tra leggi tributarie tra loro e di legge comune più mite a legge tributaria più severa. La retroattività della legge più mite non era, invece, preclusa per le disposizioni di legge tributaria più mite che succedeva ad altra più severa.

Il fondamento della deroga fu individuato dalla Corte costituzionale nella rilevanza dell'interesse fiscale dello Stato alla riscossione dei tributi⁽³¹⁾. Tuttavia, la dottrina vi ravvisò nient'altro che una palese lesione del principio costituzionale di eguaglianza: si rilevava, infatti, che molti altri interessi di pari o più alto rango costituzionale non erano garantiti, parimenti, dalla rigorosa disciplina⁽³²⁾.

3. – Il codice Zanardelli dettava le sole regole della irretroattività sfavorevole e della retroattività favorevole; pertanto, anteriormente alla promulgazione del Codice del 1930, la dogmatica giuridica non disponeva di una previsione, come quella dell'art. 2, comma 5, c.p., espressamente dedicata

più breve non discende dal verificarsi di un eventuale accadimento processuale, ma dal fatto oggettivo ed inequivocabile che processi di quel tipo siano in corso ad una certa data. Perciò, la scelta di escludere l'applicazione dei nuovi termini a tali giudizi è ragionevole, anche perché mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti al momento del loro compimento. Da ciò discende, altresì, la non fondatezza delle questioni prospettate in relazione agli artt. 10, secondo comma, ed 11 Cost., poiché, per quanto i principi ricavabili dai trattati internazionali circa l'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli abbiano portata generale, ad essi è possibile derogare sulla base di una valutazione positiva di ragionevolezza, nella specie sussistente".

⁽²⁹⁾ Disposizione abrogata dall'art. 24 del d.lgs. n. 507 del 1999.

⁽³⁰⁾ In argomento, CARACCIOLI, *Legalità ed irretroattività in tema di leggi tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 1973, p. 205 ss.; TRAPANI, *L'art. 20 L. 7 gennaio 1929, n. 4 e la cosiddetta ultrattività delle norme penali tributarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 230 ss.

⁽³¹⁾ Corte cost. 6 giugno 1974, n. 43, in *Giur. cost.*, 1975, p. 177, con nota di ANTONINI.

⁽³²⁾ DEL CORSO, *op. cit.*, p. 96 ss.

alla successione di leggi temporanee o eccezionali, benché la questione non fosse estranea al dibattito dottrinale. Ad ogni modo, già prima dell'introduzione dell'originario comma 4, mentre parte della dottrina insisteva sulla necessità di applicare comunque retroattivamente la *lex mitior* sopravvenuta, la giurisprudenza della Cassazione si assestò sull'introduzione di un regime derogatorio alle regole generali, destinato a risolvere le questioni intertemporali legate all'avvicendamento di leggi con termine di durata predeterminato⁽³³⁾. Taluni commentatori vi lessero il riconoscimento dell'opportunità di salvaguardare l'operatività della norma penale abrogata o modificata, per i reati commessi durante l'imperio delle leggi stesse, senza che i consociati potessero contare sulla prossimità della loro caducazione⁽³⁴⁾. La regolamentazione, introdotta col codice Rocco, affermando, definitivamente, l'inefficacia retroattiva dell'abrogazione o della modificazione *in melius* delle leggi a termine, fu, pertanto, accolta come una delle novità più significative della nuova codificazione.

Nonostante la chiara formulazione legislativa, il dibattito esegetico s'incentrò nel tentativo di precisare il significato dell'espressione "se si tratta di leggi temporanee o eccezionali", al fine di individuare i reali confini applicativi della deroga. L'esame delle prime applicazioni giurisprudenziali denota l'alternanza tra un approccio "assoluto", di ammissione incondizionata della deroga, ogniquale volta la vicenda di diritto intertemporale avesse come termine di riferimento un atto normativo eccezionale o temporaneo, e un approccio "relativo", teso a limitare la preclusione della retroattività favorevole, in conformità a quella che era ritenuta la logica prevalente della disposizione. Secondo la prima impostazione — che si riteneva avvalorata dal tenore letterale della deroga, la quale, invero, non pone alcuna distinzione — la legge temporanea o eccezionale si sarebbe dovuta applicare indefettibilmente ai fatti commessi durante il suo vigore, a nulla rilevando la tipologia di legge subentrante⁽³⁵⁾.

La *ratio* dell'art. 2, comma 5, c.p.⁽³⁶⁾, è stata, tuttavia, tradizionalmente identificata nella necessità di evitare che la certezza dei consociati di poter

⁽³³⁾ Si veda, per esempio, Cass. pen., 17 febbraio 1922, Demoulin, in *Giust. pen.*, 1923, col. 982, relativamente all'introduzione di divieti di esportazione e Cass. pen., 8 ottobre 1920, Poggi e 11 ottobre 1920, Massaldi, in *Giust. pen.*, 1921, col. 88, riguardo ai provvedimenti emanati in tempo di guerra.

⁽³⁴⁾ MASSARI, *Leggi di guerra e cosa giudicata*, in *Giust. pen.*, 1915, col. 1569; BATTAGLINI, *Sulla ultrattività delle leggi penali temporanee ed eccezionali*, in *Giust. pen.*, 1931, p. 244, nota a Cass. pen., sez. I, 4 luglio 1930, Vacca.

⁽³⁵⁾ Cass. pen., sez. I, 15 maggio 1942, De Magistris, in *Mass. Riv. pen.*, 1942, p. 454.

⁽³⁶⁾ Collocazione che deriva dall'introduzione all'art. 2 di un nuovo comma 3, da parte della l. n. 85 del 2006.

contare sull'imminenza di un trattamento più benevolo, per effetto del ritorno alla disciplina ordinaria, privasse la legge "a termine" di qualsiasi efficacia deterrente o che, addirittura, alla perdita dell'efficacia precettiva delle leggi in questione corrispondesse un incremento delle violazioni nella prossimità del termine di scadenza, ma a immutata condizione fattuale. In effetti, considerando che, sovente, le leggi eccezionali o temporanee introducono sanzioni più gravi⁽³⁷⁾, la loro efficacia intimidatoria sarebbe fortemente limitata se si sapesse *a priori* che, col ritorno, a breve, della disciplina ordinaria, i fatti commessi sotto il dominio della legge più severa rimarranno immuni da sanzione o, comunque, sottoposti a minor rigore. Ciò, si è rilevato, equivarrebbe ad ammettere anticipatamente l'impunità totale o parziale dei reati commessi nella prossimità della scadenza del termine di vigenza⁽³⁸⁾.

La conseguenza diretta di tale assunto, che fa leva sulla opportunità di salvaguardare la forza coattiva delle leggi in questione, sta nella compressione dello spettro di ipotesi sussumibili nel regime derogatorio: si dovrebbe, difatti, intendere lo sbarramento all'effetto retroattivo limitato, ai sensi della norma in esame, al solo caso in cui una legge ordinaria più mite succeda a una temporanea o eccezionale più severa, col ritorno alla regola della retroattività quando la legge temporanea o eccezionale preveda un trattamento più mite rispetto a quello imposto dalla previgente legge ordinaria. Solo in tal caso, e non in quello opposto — di norma a termine più mite, che succede a quella ordinaria — troverebbe ragion d'essere la deroga alla retroattività favorevole. Sebbene la lettura dei lavori preparatori lasci trasparire che l'intento del legislatore fosse meramente quello di lasciare inalterata la portata incriminatrice delle leggi temporanee o eccezionali rispetto ai fatti destinati a non costituire reato, o reato più grave, allo spirare del loro termine di vigenza o alla cessazione dello stato di eccezionalità⁽³⁹⁾, si è osservato, da più parti⁽⁴⁰⁾, che tale impostazione appare frutto di una sopravvalutazione dell'efficacia generalpreventiva delle leggi *de quibus*. Si è, infatti, obiettato che, facendo leva sulla potenzialità precettiva della norma di riferimento, si dovrebbe presupporre una perfetta conoscenza da parte dei consociati dei limiti temporali della legge. L'argomento, eventualmente, valido per leggi temporanee, essendo qui il termine di vigenza esplicitamente determinato, appare privo di fondamento rispetto alle leggi eccezionali, il cui

⁽³⁷⁾ PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1073.

⁽³⁸⁾ BATTAGLINI, *op. loc. ult. cit.*; cfr., MASSARI, *op. loc. ult. cit.*: "L'intento del legislatore sarebbe quasi totalmente eluso e si avrebbe un anticipato discredito delle sanzioni e dei comandi scritti nella legge eccezionale se la temporaneità della legge significasse promessa di impunità a coloro che nelle sanzioni sono incorsi".

⁽³⁹⁾ VASSALLI, *op. cit.*, p. 234 ss.

⁽⁴⁰⁾ GALLO, *op. cit.*, p. 141.

termine di efficacia è esposto ad ampi margini di incertezza, legati all'impossibilità di predeterminare *a priori* il momento in cui cesserà (ovvero, in cui il legislatore riterrà di dichiarare cessata) la situazione contingente. Inoltre, l'affievolimento dell'effetto generalpreventivo, lungi dal caratterizzare la sola successione di norme a termine, dovrebbe prospettarsi anche per gli atti normativi ordinari, ogniqualvolta i consociati abbiano l'opportunità di prendere conoscenza dell'imminente abrogazione o modificazione della normativa penale, preceduta dalla promozione dei relativi progetti di riforma e dalla cognizione del loro più o meno prossimo e probabile accoglimento⁽⁴¹⁾.

Invero, larga parte della dottrina rileva che la *ratio* della disposizione è ricavabile dalla stessa natura intrinseca di tali leggi⁽⁴²⁾: il ricorso alla disciplina transeunte, essendo imposto dalla specifica situazione fattuale, ha senso se ed in quanto applicabile soltanto ai fatti commessi nel periodo di validità, "*estraniandosi così dalla disciplina normale, sia precedente che successiva*". Lo stesso trattamento più benevolo, imposto da ragioni peculiari, non può estendersi a fatti commessi nel momento in cui queste ancora non sussistevano. La disciplina, introdotta dall'art. 2, comma 5, non risponde soltanto all'esigenza generalpreventiva di conservare l'efficacia deterrente delle leggi in esame, ma è intimamente connessa alla tipologia degli atti normativi a cui si riferisce. Quindi, l'inoperatività dei commi 2 e 4 dell'art. 2 va ravvisata anche nelle ipotesi, inverse, in cui una legge temporanea o eccezionale più mite segue a una legge ordinaria sfavorevole⁽⁴³⁾.

Il sistema successorio, così delineato, si fonda pienamente sul canone del *tempus regit actum*: le leggi a termine sono destinate a regolamentare tutti i fatti commessi dal momento in cui sono emanate, fino al momento in cui cessano di avere vigore, non essendo applicabili oltre questi limiti⁽⁴⁴⁾. Per evidenziarne l'inderogabilità rispetto ai fatti giudicati successivamente al termine di vigenza e a mutato quadro normativo, sovente, si ricorre al termine "ultrattività", benché sia fuori dubbio che l'applicazione delle leggi *de quibus* concerna, sempre e solo, i fatti commessi nel periodo della loro vigenza e non i fatti commessi ad abrogazione avvenuta⁽⁴⁵⁾. Il termine risulta impropriamente adottato, qualora si ponga mente al fatto che il concetto di ultrattività, come quelli di irretroattività e retroattività, fa riferimento al momento della commissione del fatto e non al momento del giudizio e che la disciplina transitoria è destinata a regolare i comportamenti, benché giudi-

⁽⁴¹⁾ PODO, *op. cit.*, p. 679; MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 345.

⁽⁴²⁾ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 97.

⁽⁴³⁾ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 89.

⁽⁴⁴⁾ PODO, *op. cit.*, p. 677.

⁽⁴⁵⁾ ROMANO, *op. cit.*, p. 72.

cati successivamente, tenuti nel periodo in cui era in vigore e non anche quelli posteriori alla sua caducazione. A rigore, il termine ultrattività evoca un fenomeno ben diverso, in base al quale le norme sarebbero destinate a disciplinare anche fatti commessi successivamente alla loro abrogazione⁽⁴⁶⁾. Certa dottrina evidenzia, invero, che una volta chiarita la portata delle espressioni “*tempus regit actum*” e “retroattività”, non residuerebbe alcuno spazio logico per il concetto di ultrattività: mentre di efficacia retroattiva si parla qualora il fatto sia regolato non dalla legge vigente al momento del fatto, ma dalla legge esistente al momento del giudizio, con l’espressione *tempus regit actum* si designa, esattamente, il fenomeno opposto, in virtù del quale il fatto è soggetto né a una legge antecedente né a una legge successiva, ma, esclusivamente, alla legge esistente al momento della sua commissione. Per di più, ricorrendo a quest’ultimo concetto, si delimita il piano operativo tanto della legge in vigore prima della commissione del fatto, la quale, allora, non può che essere non-ultrattiva, quanto della legge posteriore alla commissione del fatto, la quale non può che essere irretroattiva: *tempus regit actum* e irretroattività della legge successiva “*sono il diritto e il rovescio della stessa medaglia*”⁽⁴⁷⁾.

4. – L’aspetto forse più controverso, emerso dal dibattito relativo alla successione di leggi temporanee ed eccezionali, verte sull’applicabilità della regola dell’art. 2, comma 5, nel caso in cui ad alternarsi siano leggi tutte connotate dal requisito della temporaneità o dell’eccezionalità. Ferma l’inoperatività, per i fatti accaduti sotto il dominio di una legge più mite, della legge sopravvenuta sfavorevole, resta da considerare, non fornendo la norma alcuna indicazione inequivoca sul punto, se nell’ipotesi *de qua*, valga ancora la disciplina derogatoria o se, in base alla *ratio* peculiare della previsione codicistica, sia il principio di retroattività della legge più favorevole a riprendere vigore. In quest’ultima evenienza, il fatto commesso durante il periodo di validità di una certa legge temporanea o eccezionale, troverebbe regolamentazione nella successiva legge, sempre temporanea o eccezionale, più favorevole. Il dubbio esegetico, risalente al periodo immediatamente successivo alla cessazione del primo conflitto mondiale e non sopito con l’inserimento nel codice Rocco dell’odierna disposizione, si rifletteva anche nelle oscillanti risoluzioni della giurisprudenza della Suprema Corte⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ MICHELETTI, *op. cit.*, p. 343.

⁽⁴⁷⁾ In questi termini: PODO, *op. cit.*, p. 649 ss.

⁽⁴⁸⁾ Nel senso della prevalenza della legge penale più favorevole: Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 1941, Longhi, in *Giust. pen.*, 1942, p. 131, con nota di BATTAGLINI; *contra*, Cass. pen., sez. I, 19 dicembre 1941, Di Carmine, in *Giust. pen.*, 1942, p. 131, con nota di BATTAGLINI.

La necessità, più sopra richiamata, di non inficiare l'efficacia precettiva della disciplina transeunte, conduceva parte della risalente dottrina a concludere che la regola sancita al comma 5 dell'art. 2 si estendesse anche alla suddetta ipotesi⁽⁴⁹⁾. Tale orientamento è stato accolto anche dagli autori che, facendo leva sul tenore letterale della disposizione codicistica, ritengono la regola del *tempus regit actum* valevole in tutti i casi in cui alla vicenda successoria partecipi *almeno una* legge temporanea o eccezionale: l'espressione "se si tratta di leggi eccezionali o temporanee" sarebbe destinata a comprendere tutti i rapporti successivi in cui si innesti un atto normativo dotato di efficacia, implicitamente o esplicitamente, predeterminata e, *a fortiori*, l'evenienza in cui una norma a termine sopravvenga a un'altra, a sua volta, temporalmente limitata⁽⁵⁰⁾. L'unico strumento atto a ripristinare la retroattività della disciplina più favorevole, consisterebbe, allora, nell'eventuale opzione legislativa, orientata a conferire tale efficacia alla nuova legge, mediante dichiarazione espressa⁽⁵¹⁾.

Tuttavia, sul presupposto del carattere derogatorio della disposizione *de qua* e della, conseguente, necessità di aderire a un'interpretazione più rigorosa della norma eccettuativa⁽⁵²⁾, si è imposta l'opinione secondo cui, ove la nuova legge sopravvenga, non per la cessazione dei motivi che determinarono l'emanazione della prima, ma per la necessità di disciplinare diversamente o più organicamente la stessa materia, le ragioni giustificatrici della deroga — che, come si è visto, si rinvergono nella specificità di tali tipologie normative, rispetto ai bisogni contingenti a cui provvedono — perdono di fondamento⁽⁵³⁾.

Nel filone interpretativo suffragante l'inapplicabilità dell'art. 2, comma 5, s'inserisce anche un'opinione dottrinale che svolge, però, da argomentazioni differenti: nell'eventualità in cui il nuovo atto legislativo intervenga per fornire una disciplina più organica, aderente o precisa, rispetto alle medesime circostanze che hanno determinato l'emanazione della prima, si verterebbe, *tout court*, fuori dal fenomeno successorio e dall'ambito applicativo dell'art. 2. La legge successiva, limitandosi a chiarire il contenuto della precedente, avrebbe mero valore interpretativo e, di conseguenza, un'efficacia retroattiva solo apparante⁽⁵⁴⁾. Così come avviene in tutte le ipotesi di interpretazione autentica,

(49) PIOLETTI, *Osservazioni in tema di leggi penali eccezionali*, in *Mass. Giur. Corporat.*, 1941, p. 489.

(50) GALLO, *op. cit.*, p. 146; PAGLIARO, *op. cit.*, p. 1073.

(51) ROMANO, *op. cit.*, p. 72.

(52) BATTAGLINI, *Ancora in tema di successione di leggi penali eccezionali*, in *Giust. pen.*, 1943, p. 270 ss.

(53) BATTAGLINI, *op. ult. cit.*, p. 269.

(54) PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 1942, p. 108; più recentemente, FALCINELLI, *op. cit.*, p. 2903.

nelle quali la legge successiva impone di attribuire, con efficacia *ex tunc*, un certo significato alle disposizioni contenute in quella antecedentemente emanata, la norma applicabile sarebbe immediatamente — senza l'intermediazione dell'art. 2 — quella oggetto di interpretazione⁽⁵⁵⁾.

La dottrina maggioritaria, pur respingendo tale argomentazione, opinando che non necessariamente la legge sopravvenuta ha funzione ricognitiva del significato della legge preesistente, è orientata a negare l'incondizionata validità della deroga, a patto che le leggi in successione presentino la stessa *ratio* di disciplina, col ritorno al regolare principio di retroattività della *lex mitior*, quando quest'ultima sia funzionale alla regolamentazione della stessa situazione contingente⁽⁵⁶⁾.

Non sempre v'è convergenza di opinioni in ordine alle condizioni necessarie per la sottrazione del fenomeno successorio in parola alla regola del comma 5; tuttavia, l'accento posto sull'astratta connessione tra la contingenza sottesa alle leggi in successione — ovvero, sulla stretta interdipendenza tra l'esaurimento o mantenimento della peculiare situazione di fatto e l'emanazione della nuova legge — e il rilievo attribuito ai "motivi politici" dai quali promana la nuova regolamentazione non conducono a risultati tra loro divergenti⁽⁵⁷⁾. Così, non c'è dubbio che, se la normativa sopravvenuta è chiamata a governare una situazione "superecezionale" nell'ambito della stessa situazione contingente, non c'è ragione di tornare alla disciplina ordinaria, riproponendosi, in casi simili, gli stessi argomenti che depongono per l'irretroattività della, eventuale, legge più favorevole⁽⁵⁸⁾. La "superecezionalità", che giustifica la nuova normativa, scaturisce dalla necessità di regolare uno stato di fatto che si assume mutato, rispetto a quello previgente, con la conseguenza che tra le due leggi si instaura il medesimo rapporto che, nella prospettiva dell'art. 2, comma 5, sussiste tra la legge ordinaria e la legge a termine⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Seguendo tale argomentazione, parte della dottrina ritiene che, anche qualora la legge interpretativa conduca a una disciplina sfavorevole, estendendo, eventualmente, la portata della norma incriminatrice, non si ha violazione dell'art. 2 c.p. Ciò sarebbe confermato dal fatto che nei casi di interpretazioni discordanti della giurisprudenza, colui che non si astiene dall'agire nel dubbio sulla liceità della condotta non è scusato *ex art. 5 c.p.* Benché la legge sopravvenuta importi una disciplina più rigorosa, applicandola a colui che commise il fatto nel dubbio sulla possibile liceità o minor illiceità, non si contravviene, quindi, ai precetti espressi dagli artt. 2 c.p. e 25 Cost., poiché entrambe le ipotesi verrebbero risolte, non alla stregua delle regole di successione tra leggi, ma sulla base dei principi in tema di *error legis*. In questo senso, MANTOVANI, *op. cit.*, p. 83.

⁽⁵⁶⁾ PODO, *op. cit.*, p. 680; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 89; PALAZZO, *Corso di diritto penale, cit.*, p. 162.

⁽⁵⁷⁾ PODO, *op. loc. ult. cit.* si tratterebbe "di discordanze più formali che sostanziali".

⁽⁵⁸⁾ VASSALLI, *Successione di più leggi eccezionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1943, p. 234 ss.

⁽⁵⁹⁾ VASSALLI, *op. cit.*, p. 212 ss.; PODO, *op. loc. ult. cit.*

5. – Una recente sentenza della Corte di cassazione⁽⁶⁰⁾ — in punto di applicazione della più favorevole disciplina del codice penale militare di pace al partecipe alla missione italiana in Iraq, in relazione a fatti commessi nel vigore della disciplina, meno favorevole, che rinviava al codice penale militare di guerra — si è ispirata a tale ultimo filone esegetico, statuendo che la regola derogatoria, prevista dall'art. 2, comma 5, c.p., non ha motivo d'essere applicata ai casi di successione, tra loro, di norme temporanee o eccezionali, avvenuta durante il termine di vigenza della prima ovvero durante la permanenza della situazione eccezionale, allorché tali norme abbiano la medesima *ratio* e siano destinate a migliorare le disposizioni precedenti. Pertanto, nel caso posto al vaglio della Suprema Corte si è ritenuta applicabile la più favorevole disciplina del c.p.mil.p. al militare partecipante alle missioni di cui alla L. 4 agosto 2006, n. 247, anche in relazione ai fatti commessi nella vigenza della disciplina — anteriore a tale legge — che rinviava al c.p.mil.g., affermando, pertanto, la sopravvenuta inapplicabilità dell'art. 47 c.p.mil.g.⁽⁶¹⁾.

La pronuncia trae origine dal ricorso proposto dall'imputato, avverso la sentenza d'appello, che aveva indicato nell'art. 47, comma 1, c.p.mil.g., la disciplina sanzionatoria dell'illecito, contestatogli, di appropriazione indebita e abuso di imbarco di merci, disponendo il relativo aggravamento di pena, considerato che, al momento del fatto, era in vigore la normativa di guerra, imposta dall'art. 9 del c.p.mil.g. (secondo quanto disposto dal provvedimento di rifinanziamento, d.l. 10 luglio 2003, n. 165, convertito, con modificazioni, in l. 1 agosto 2003, n. 219)⁽⁶²⁾. Con la

⁽⁶⁰⁾ Cass. pen., sez. I, 1 luglio 2008, Cau, in *Cass. pen.*, 2009, p. 506, con nota di CAPUTO. In senso analogo, v. Cass. pen., 28 maggio 2008, Madonna, in *CED Cass.*, rv. 240672 e Cass. pen., sez. I, 06 giugno 2007, Elia e altri, in *Riv. pen.*, 2007, p. 853.

⁽⁶¹⁾ L'art. 47 c.p.mil.g., rubricato "Reato militare ai fini del codice penale militare di guerra", stabilisce che: "Nei casi non preveduti da questo codice, si applicano le disposizioni del codice penale militare di pace, concernenti i reati militari in particolare. Tuttavia, le pene detentive temporanee, stabilite dal codice penale militare di pace, si applicano con l'aumento da un sesto a un terzo, estensibile fino alla metà nei casi gravi; salvo quando l'aumento sia specificamente disposto da questo codice".

⁽⁶²⁾ Infatti, l'art. 9 c.p.mil.g., relativo ai Corpi di spedizione all'estero, così come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. a), della legge 31 gennaio 2002, n. 6, prevede che sino all'entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare, siano soggetti alla *legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace* [corsivo aggiunto], i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate, dal momento in cui si inizia il passaggio dei confini dello Stato o dal momento dell'imbarco in nave o aeromobile ovvero, per gli equipaggi di questi, dal momento in cui è ad essi comunicata la destinazione alla spedizione. In tali casi ai reati commessi, la legge penale militare di guerra si applica anche al personale militare di comando e controllo e di supporto del corpo di spedizione che resta nel territorio nazionale o

successiva emanazione della l. 4 agosto 2006, n. 247, la quale all'art. 2, comma 26, ha stabilito che "Al personale militare che partecipa alle missioni di cui alla presente legge si applicano il codice penale militare di pace [...]", si è posta la questione se, vigente tale disposizione al momento del giudizio, sussistesse la possibilità di applicarla retroattivamente o se, a norma dell'art. 2, comma 5, si dovesse perseguire il fatto secondo la disciplina in vigore al momento del fatto e sanzionare l'imputato ai sensi dell'art. 47 c.p.mil.g. Riconoscendo la natura di legge temporanea, tanto alla della legge 31 gennaio 2002, n. 6, in vigore al momento del fatto, quanto al d.l. 10 luglio 2003, n. 165, la Corte ha escluso che fosse applicabile, al caso di specie la disciplina di deroga al principio della retroattività favorevole e che, pertanto, l'art. 2, comma 26, della l. 247 del 2006 avesse determinato, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p. la sopravvenuta inapplicabilità dell'art. 47 c.p.mil.g. Secondo il principio stabilito dalla Corte, poiché la successione dei diversi atti normativi si era imposta per la necessità di provvedere alla regolamentazione della medesime circostanze di fatto, decadeva la ragione per contravvenire al principio di retroattività della *lex mitior*.

Tale decisione, accanto alla medesima *ratio* di disciplina e al permanere dello stato eccezionale, ha, per il caso di leggi temporanee, indicato l'ulteriore requisito della continuità temporale tra gli atti normativi in successione, dovendo la seconda legge essere emanata durante il decorso del termine stabilito per la prima⁽⁶³⁾. Ebbene, se così fosse, sarebbe contraddetto il rilievo, ormai, posto a fulcro dell'attuale esegesi dell'art. 2, comma 5, c.p., della continuità di contingenze sottese agli atti normativi in successione. Il trascorrere di un seppur breve lasso di tempo tra la scadenza del termine di vigenza della prima e l'emanazione della seconda legge, ancorché a immutata condizione fattuale, implicherebbe — essendo qui precluso qualsiasi effetto retroattivo favorevole — la diversa regolamentazione dei fatti commessi nell'intervallo temporale "mediano", che ricadrebbero nell'ambito applicativo della disciplina ordinaria, con conseguente violazione del principio di eguaglianza.

6. – La norma incriminatrice è soggetta tanto a modifiche immediate, le quali incidono direttamente sugli elementi costitutivi della fattispecie,

che si trova nel territorio di altri paesi, dal momento in cui è ad esso comunicata l'assegnazione a dette funzioni, per i fatti commessi a causa o in occasione del servizio. I vari decreti di rifinanziamento della missione, così come il d.l. 10 luglio 2003, n. 165, convertito in l. 1 agosto 2003, n. 219, vigente al momento del fatto contestato, assoggettavano i partecipi alla missione "Antica Babilonia" al suddetto art. 9 e, conseguentemente, alla disciplina del c.p.mil.g.

⁽⁶³⁾ Cfr. CAPUTO, *Quale disciplina per la successione di leggi temporanee?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 510 ss.

tanto a modifiche mediate, che ricorrono qualora il *novum* legislativo cada su elementi “estrinseci” alla definizione legislativa, ma da essa richiamati a integrarne la portata incriminatrice. Ciò avviene, in particolare, quando la norma rimanda a elementi normativi, ad altre disposizioni penali o extrapenali o a parametri extragiuridici, necessari alla compiuta definizione del proprio contenuto di disvalore. In dottrina e in giurisprudenza si registrano opinioni divergenti sull’attitudine delle modifiche mediate ad aprire un fenomeno successorio in senso pieno e, quindi, ci si interroga se, qualora il mutamento legislativo incida (variandolo o eliminandolo) sull’elemento giuridico o extragiuridico richiamato, la nuova disciplina risultante abbia effetto retroattivo, ai sensi dell’art. 2, comma 2, c.p.

Secondo un primo orientamento⁽⁶⁴⁾, che fa leva sulla cosiddetta tesi dell’incorporazione, poiché la disposizione integratrice dell’elemento normativo richiamato o della norma penale in bianco, è “inglobata” nel corpo della norma, contribuendo a disciplinare i presupposti normativi della rilevanza penale del fatto, non vi sarebbe motivo di escludere la sussistenza di una vera e propria successione di leggi, ogniqualvolta un intervento legislativo, o un mutamento del parametro sociale a cui l’elemento extranormativo fa riferimento, renda lecito un comportamento che prima si assumeva vietato. Quindi, sia che si tratti di variazione che ha ad oggetto un elemento normativo richiamato direttamente dalla fattispecie penale, sia che la modifica riguardi, invece, una disposizione penale o extrapenale integratrice della norma penale in bianco, ovvero un concetto metagiuridico di ordine sociale, nel momento in cui la condotta originariamente illecita cessa di essere qualificata come tale, in base al disposto dell’art. 2, comma 2, si dovrà concludere per la non punibilità della medesima⁽⁶⁵⁾.

Larga parte della dottrina e della giurisprudenza mostra, all’opposto, notevoli resistenze ad accogliere una simile ricostruzione, considerato che, nelle suddette ipotesi, la *novatio* non introdurrebbe alcuna diversa valutazione dell’ordinamento, rispetto alla fattispecie astrattamente considerata. Il contenuto di disvalore della stessa non subirebbe alcuna variazione, in

⁽⁶⁴⁾ FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 94 ss.

⁽⁶⁵⁾ Per la generale applicabilità dell’art. 2, comma 2, c.p. nelle ipotesi di abrogazione del reato di cui taluno venga incolpato (art. 368 c.p.) o del delitto-scopo per il quale sia stata costituita un’associazione (art. 416 c.p.), di esclusione della qualifica soggettiva di p.u. rispetto a soggetti che prima la rivestivano *etc.*, v. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, p. 40 ss.: secondo l’A. si dovrebbe applicare l’art. 2, comma 2, c.p. in quanto il “fatto” rilevante ai sensi di tale norma dovrebbe essere inteso come “fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell’applicazione di una disposizione incriminatrice”.

quanto a mutare sarebbero, semmai, gli elementi giuridici o extragiuridici che influiscono sulla concreta possibilità di applicare la norma incriminatrice a un caso specifico⁽⁶⁶⁾. Mentre il precetto-base rimarrebbe integro, in tutto il suo contenuto di disvalore, a variare sarebbe solo la sussumibilità del fatto concreto nello schema della fattispecie astratta. Per contrastare la tesi dell'operatività dell'art. 2 nelle ipotesi di modifiche mediate, si è fatto leva su diversi argomenti, volti a limitare l'effetto retroattivo della modificazione favorevole alle sole ipotesi in cui a essere compressa è l'astratta portata di tutela, riconosciuta dalla norma agli interessi lesi, ossia, quando a essere modificata o abrogata è la sola fattispecie principale⁽⁶⁷⁾. Avverso l'opposto orientamento, si è osservato, in particolare, che l'effetto retroattivo non precluso dal giudicato, *ex art. 2, comma 2*, imporrebbe un'estrema cautela nell'estendere la portata applicativa della disposizione⁽⁶⁸⁾.

Le uniche eccezioni alla rilevanza delle sole modifiche immediate sarebbero, per taluni autori, rappresentate dalle norme definitorie e dalle norme penali in bianco, le quali sole, descrivendo e delimitando la portata della norma incriminatrice astrattamente intesa, danno, potenzialmente, luogo a un'ipotesi di successione di leggi penali⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 314; ROMANO, *op. cit.*, p. 59.

⁽⁶⁷⁾ GROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 1206 ss., nota a Cass. pen., sez. IV, 6 aprile 1960, Brendel (la quale ha escluso la legittimità dell'applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. nell'ipotesi di abrogazione della norma cautelare, alla cui inosservanza è connessa la qualifica di reato colposo di un certo comportamento, considerando che la disposizione *de qua* dovrebbe essere utilmente richiamata solo qualora a essere oggetto di abrogazione sia la fattispecie delittuosa in sé). L'A. richiama un'altra ipotesi ritenuta, in tale contesto, paradigmatica, ovvero quella di abrogazione della norma che prevede come reato il fatto del quale taluno sia ingiustamente incolpato (art. 368 c.p.): "*Ora se la calunnia fosse abolita, oppure se, modificandone la struttura, ne fosse limitata, ad esempio, l'operatività alle sole ingiuste incolpazioni di delitti, escludendola per le contravvenzioni, interverrebbe una diversa valutazione legislativa alla cui stregua verrebbe meno la tutela antecedentemente predisposta per taluni degli interessi violati [...]. Nel caso in cui sia stata soltanto abrogata la specifica disposizione penale oggetto del rinvio, gli interessi lesi con la commissione del fatto delittuoso sono, invece, protetti, dopo la modificazione legislativa allo stesso modo in cui lo erano in precedenza. È vero che chi avesse, successivamente alla novatio legis, incolpato taluno dello specifico fatto che non è più considerato come reato non realizzerebbe in concreto la fattispecie tipica della calunnia. Ma è altrettanto vero che applicando l'articolo citato alla ipotesi che abbiamo delineata, si verrebbe a non punire un soggetto, il quale ha posto in essere un comportamento che è, proprio con le note che lo qualificavano al tempo della commissione, ancora riprovato; che ha violato interessi che sono ancora tutelati*".

⁽⁶⁸⁾ GROSSO, *op. cit.*, p. 1210.

⁽⁶⁹⁾ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, p. 61 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 686.

In posizione intermedia, si colloca la dottrina che ravvisa nella mutata o immutata valutazione, in termini di offensività, di un dato comportamento il criterio idoneo a discernere i casi in cui alla modifica dell'elemento richiamato corrisponde un'ipotesi di successione tra leggi. Occorrerebbe, secondo tale impostazione, verificare se, alla luce della *ratio* degli artt. 25 Cost. e 2 c.p., l'avvicinarsi delle norme giuridiche integrative della norma penale in bianco o di ogni altro elemento normativo richiamato dalla norma incriminatrice, comporti, rispetto al fatto, un'effettiva *immutatio legis* ⁽⁷⁰⁾. Si avrebbe, pertanto, successione di leggi penali nel caso di successione di norme penali integratrici di una norma penale in bianco, poiché, qui, la modificazione della norma integrante si traduce nella modificazione della stessa fattispecie penale, la quale non potrebbe operare in assenza del predetto elemento ⁽⁷¹⁾ (così, esemplificativamente, qualora venga revocato o modificato il provvedimento dell'autorità che concretizza la fattispecie dell'art. 650 c.p., per l'operare dell'art. 2, comma 2 e 4, si dovrà applicare retroattivamente l'intervenuta e favorevole *immutatio legis* ⁽⁷²⁾). Nelle altre ipotesi di variazione dell'elemento normativo al quale la fattispecie penale fa riferimento (ad esempio: della regola cautelare, ai fini dell'imputazione per delitto colposo; del reato oggetto della condotta di cui all'art. 368 c.p.; del delitto-scopo per il quale è stata costituita un'associazione, ex art. 416 c.p.), sarebbe applicabile l'art. 2 c.p., ogniqualvolta la predetta variazione incida sul disvalore del fatto, rientrando, direttamente, nell'economia precettivo-valutativa della fattispecie di reato ⁽⁷³⁾ e rendendo punibile o rendendo lecito un fatto prima non considerato tale ⁽⁷⁴⁾.

Quello che qui interessa evidenziare è che, una volta ammessa l'esistenza di una vicenda successiva quando la norma principale è concretizzata da una fonte ulteriore, dovendosi propendere per l'operatività dell'intero art. 2, occorre verificare quando la disciplina intertemporale invochi la risoluzione dettata dal comma 5.

Qualora, infatti, si riconosca la natura temporanea o eccezionale degli elementi che concorrono a integrare il precetto penale, in ossequio al canone

⁽⁷⁰⁾ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 83.

⁽⁷¹⁾ PODO, *op. cit.*, p. 658.

⁽⁷²⁾ PODO, *op. cit.*, p. 659: opinando diversamente, si dovrebbe allora escludere anche l'operatività dello stesso comma 1 dell'art. 2 e, di conseguenza, porre nel nulla la garanzia offerta dall'art. 25 Cost.

⁽⁷³⁾ PODO, *op. cit.*, p. 659.

⁽⁷⁴⁾ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 84: mentre nel caso del reato di calunnia la fattispecie manterrebbe il proprio significato offensivo, anche dopo l'abrogazione del reato di cui il calunniato viene ingiustamente incolpato, nell'ipotesi di reato di associazione per delinquere, verrebbe meno la *ratio* dell'incriminazione, concepita nel pericolo per l'ordine pubblico.

tempus regit actum, sancito dal comma in esame, si dovrà escludere l'applicazione retroattiva della nuova disciplina più favorevole⁽⁷⁵⁾, dacché una legge può essere definita temporanea o eccezionale pure se ed in quanto integrata da regole giuridiche, anche extrapenali, aventi carattere temporaneo o eccezionale⁽⁷⁶⁾.

Di più: si è detto che la disciplina del comma 5 configurerebbe un vero e proprio sistema di diritto intertemporale, parallelo a quello dei commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2, destinato a essere applicato a tutte le fattispecie che contengono il tempo come proprio elemento costitutivo⁽⁷⁷⁾. La limitazione temporale della fattispecie sarebbe, infatti, sempre ravvisabile nel caso in cui sia l'elemento concretizzante la fattispecie ad avere una validità temporalmente limitata⁽⁷⁸⁾, ricevendo, quindi, la disposizione integrata il carattere della temporaneità dall'intrinseca mutevolezza dell'elemento integratore. Tanto vale a evidenziare la portata tutt'altro che marginale della disposizione

⁽⁷⁵⁾ Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 43829, Idri, in *CED Cass.*, rv. 238262, sul limite di tolleranza circa la presenza negli alimenti di residui di bromopropilato, riconoscendo che la fattispecie di cui all'art. 5 lett. h) l. n. 283 del 1962 è norma penale in bianco, giacché rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge all'evoluzione anche scientifica del contesto cui la legge stessa intende riferirsi, a disposizione proveniente da fonte diversa da quella penale; dal carattere eccezionale e dall'efficacia temporanea di tali disposizioni consegue che la punibilità della condotta non dipende dal momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento, con esclusione dell'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole. Cfr., Cass. pen., sez. I, 16 maggio 2006, n. 19107, Tortora, in *CED Cass.*, rv. 234217, la quale, negando l'applicabilità al reo della legge più favorevole (del Regolamento comunitario n. 1974/2005, che aveva superato taluni vincoli imposti per la commercializzazione di carne di bovino), ha statuito che le disposizioni emanate dalle autorità amministrative o sopranazionali, integratrici della norma penale in bianco di cui all'art. 444 c.p., essendo adottate in base ad accertamenti scientifici che, nei vari momenti storici, indicano come pericolose per la salute determinate condizioni di età dell'animale, legate a fatti contingenti, hanno carattere eccezionale ed efficacia temporanea. Entrambe le pronunce hanno chiarito che la punibilità della condotta doveva essere fatta dipendere, non dal momento della decisione, ma dal momento dell'accertamento della violazione, non potendo ad essa applicarsi l'art. 2, comma 2, c.p. e cioè la retroattività della legge più favorevole.

⁽⁷⁶⁾ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981, a cura di PISAPIA, p. 383; PODO, *op. cit.*, p. 678.

⁽⁷⁷⁾ MICHELETTI, *op. cit.*, p. 345 ss.: il riconoscimento di due distinti sistemi di diritto intertemporale consentirebbe di distinguere tra norme "assolute", espressione di un giudizio tendenzialmente assoluto e immutabile di illiceità, e norme "relative", destinate a circoscrivere temporalmente l'area di illiceità penale.

⁽⁷⁸⁾ MICHELETTI, *op. cit.*, p. 514: così i decreti ministeriali che fissano trimestralmente il tasso effettivo medio globale, rilevante ai fini della configurabilità del reato di usura.

esaminata⁽⁷⁹⁾, destinata a intervenire ogniqualvolta l'innovazione legislativa sia, non tanto frutto di un mutato giudizio di valore⁽⁸⁰⁾, formulato dall'ordinamento, quanto di una variazione, in termini di offensività, di un dato comportamento⁽⁸¹⁾, legata all'esistenza (e alla permanenza) di una certa situazione transitoria o contingente.

ABSTRACT

The Article 2 of the Italian Penal Code provides that the more favourable penal treatment has to be applied retroactively (paragraphs 2, 3 and 4). Paragraph 5 of that Article provides an exception for the succession of temporary or exceptional laws. In this case, the more favourable law can never be applied retroactively. It's, therefore, necessary to establish what is the current extension of the derogation. In particular, if the derogation has to be applied when two laws, both temporary or exceptional, succeed each other.

L'articolo 2 del Codice penale italiano stabilisce che il trattamento penale più favorevole si applica con effetto retroattivo (commi 2, 3 e 4). Il comma 5 del medesimo articolo stabilisce un'eccezione nel caso in cui la successione di leggi penali riguardi leggi temporanee o eccezionali. In questo caso la nuova legge più favorevole non può mai essere applicata retroattivamente. È, pertanto, necessario stabilire qual è l'attuale estensione della deroga. In particolare, se la deroga si applichi anche qualora due leggi, entrambe temporanee o eccezionali, si succedano tra loro.

⁽⁷⁹⁾ Per la "proliferazione" della legislazione d'emergenza, v. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1089 ss.

⁽⁸⁰⁾ MICHELETTI, *op. cit.*, p. 345.

⁽⁸¹⁾ DEL CORSO, *op. cit.*, p. 96 ss.

GISELLA BASSANELLI SOMMARIVA

INTERPRETATIO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

SOMMARIO: 1. Diritto e linguaggio. – 2. Volontà e forma. – 3. *Ius, lex* e *interpretatio prudentium* – 4. Metodo classificatorio, analogia, *fictio*. – 5. *Interpretatio* e *leges*. – 6. *Interpretatio* – interpretazione. – 7. *Responsa, rescripta, iudicia* e sentenze. – 8. Impero assoluto. – 9 *Cognitiones extraordinem*. – 10. Conclusioni.

Il testo riflette la relazione al seminario “L’interpretazione delle norme tra legalità e Costituzione” tenutosi a Ferrara il 30 aprile 2010 nell’ambito del dottorato in “Comparazione giuridica e storico-giuridica”, quindi destinata ad un uditorio composto quasi interamente da studiosi dei diritti positivi, non da studiosi del diritto romano (questo è il motivo che ha suggerito il tono complessivo del discorso e l’inserimento di alcune semplici note esplicative).

Relatori per il diritto costituzionale il prof. Giuseppe Ugo Rescigno, per il diritto privato il prof. Pasquale Femia, per il diritto penale il prof. Roberto Bartoli.

La presenza di una relazione di diritto romano nel contesto descritto merita forse qualche parola. È ormai conclamato che da alcuni decenni l’Europa, l’Italia in particolare, sta vivendo la fase conclusiva della parentesi storica apertasi con l’illuminismo: per quanto riguarda il diritto, la profonda trasformazione del sistema delle fonti di produzione e cognizione è dato acquisito, come la consapevolezza che l’applicazione della norma da parte del giudice non è riducibile ad un mero sillogismo. Ciò nonostante, peraltro, non è messo in discussione il sistema della divisione dei poteri e la costituzione della magistratura in un ordine e non in un potere, a differenza dei poteri legislativo ed esecutivo; assetti che hanno tratto origine da quegli assunti ora non più riconosciuti validi.

Inoltre, è parte del patrimonio culturale comune che negli anni immediatamente precedenti e seguenti la seconda guerra mondiale il principio di legalità entrò in crisi profonda giacché fu a tutti evidente che una legge approvata nel rispetto delle forme previste e della carta costituzionale nazionale poteva essere, ciò nonostante, profondamente iniqua e che meritassero la condanna più severa

atti che, nel momento in cui erano stati compiuti, non solo non erano definiti reati, ma addirittura costituivano ubbidienza ad ordini formalmente legittimi. Gli organismi internazionali al massimo livello stilano le Carte dei diritti, proclamarono nel modo più solenne la tutela dei diritti fondamentali; numerosi Stati occidentali si diedero nuove Carte costituzionali, ma il problema non fu risolto, tanto è vero che ora assistiamo al tentativo, da parte della Corte Costituzionale italiana, di individuare fra i principî costituzionali un nucleo di assunti di rango superiore, non modificabili neppure seguendo il procedimento previsto per la riforma della Costituzione. Tuttavia i giuristi positivi non mettono in discussione, se non in casi del tutto isolati, il principio che la norma legittimante l'ordinamento debba collocarsi all'interno di esso.

Di fronte a questi problemi può essere utile assumere un diverso punto di vista: porsi a molti secoli di distanza e guardare all'oggi dopo aver riflettuto, ancora una volta, su come è nata e si è sviluppata la concezione romana del diritto, concezione che, in qualche modo, è fondante per i diritti o per le culture giuridiche dei paesi occidentali.

1. Diritto e linguaggio

Il diritto, comunque lo si voglia definire, è -non si può non riconoscerlo- un prodotto della convivenza fra gli uomini e delle relazioni che fra essi intercorrono.

Gli uomini comunicano tra di loro con gesti, ma anche con parole dette o scritte. Senza comunicazione non può esistere diritto: non potrebbero essere formulate e comunicate le decisioni che compongono le controversie fra i consociati, né le regole che si vogliono da tutti rispettate.

Quindi l'interpretazione è dimensione interna al diritto: il giurista deve essere attento al significato delle parole e conoscere i nessi logici fondamentali secondo cui si articola il pensiero espresso con l'insieme delle parole, pronunciate o scritte. Naturalmente l'attenzione deve essere più intensa quando le parole sono scritte; quando si parla, infatti, la comunicazione non avviene mai solo attraverso la comprensione delle parole pronunciate: importanza fondamentale hanno il tono di voce; l'espressione del viso, in particolare degli occhi; i gesti, che sempre accompagnano le parole; ecc. Gran parte di ciò che è comunicato parlando è recepito da una molteplicità di sensi che mandano al cervello dell'ascoltatore segnali distinti e ciascuno di essi contribuisce ad orientare l'interpretazione, di norma univoca.

Tutto ciò viene meno quando, anziché ascoltare, si legge: la parola scritta, isolata, fissata, è molto più ambigua e suscettibile di interpretazioni diverse, influenzate dalle caratteristiche, esperienze e conoscenze proprie del lettore, più che dell'autore del testo.

Perciò, al fine di evitare equivoci, quando si scrive è richiesta, in genere, una precisione molto superiore a quella usata quando si parla.

Evidente e forte è il legame fra diritto e linguaggio: come la lingua, anche il diritto, sia esso solo consuetudinario oppure scritto, è dato caratterizzante una società, una aggregazione di uomini: la condivisione della stessa lingua e dello stesso diritto sono essenziali per la formazione di una nazione, cioè di una "unità etnica cosciente di una propria peculiarità ed autonomia culturale" (non si intende qui usare il termine nazione come equivalente di Stato).

Questo dato di fatto ha molteplici rifrazioni, fra cui, ad esempio, i non semplici problemi che si pongono quando sia necessario tradurre un testo giuridico (legge, sentenza, contratto, parere giurisprudenziale) in una lingua diversa dall'originale (situazione già affrontata nell'esperienza romana, quando fu necessario tradurre in greco i testi normativi e giurisprudenziali romani per renderli comprensibili alle popolazioni della parte orientale dell'impero, ed attualmente di notevole rilevanza, a tacer d'altro, in relazione agli atti prodotti nelle sedi comunitarie europee: regolamenti, trattati, delibere assembleari, sentenze delle Corti, ecc.).

I giuristi romani erano ben consapevoli di quanto fino ad ora accennato: competenze linguistiche e grammaticali appartengono a pieno titolo allo loro specifica cultura fin da tempi remoti.

Pomponio nella storia di coloro che *iuris civilis scientiam professi sunt*, scritta per i suoi studenti verso la metà del secondo secolo d.C., ha cura di sottolineare che ad Appio Claudio il Cieco, eminente uomo politico (probabilmente censore nel 312 a.C.; console nel 307 e, nuovamente, nel 296) e giurista, oltre alla costruzione della via Appia e dell'acquedotto Claudio, era attribuita l'introduzione della lettera R nell'alfabeto romano; gli approfonditi studi linguistici, anche della lingua greca, e grammaticali di Labeone, eccelso giurista dell'età augustea, sono ben noti. Sempre nel primo secolo a.C., il giurista Elio Gallo, non altrimenti conosciuto, scrisse un'opera "*de verborum quae ad ius pertinent significatione*". L'interesse è, d'altra parte, reciproco: grammatici, eruditi e storici mostrano particolare interesse per i termini giuridici.

Numerose testimonianze mostrano l'intimo rapporto fra diritto e linguaggio nella cultura romana della piena maturità raggiunta nel secondo secolo d.C.: è sufficiente ricordare i numerosi passi delle *Notti Attiche* in cui Aulo Gellio affronta temi giuridici e spesso ricostruisce discipline antiche, ormai obsolete, prendendo lo spunto dal significato di una parola. Interessi e metodiche che si trovano anche nei frammenti di Festo a noi pervenuti ed erano già presenti in non pochi passi del *De lingua latina* di Marco Terenzio Varrone.

Per chiudere su questo punto è necessario ricordare che il titolo 50.16 dei *Digesta* giustinianeï, il penultimo dell'opera, sotto la rubrica "*de verborum significatione*" contiene ben 246 frammenti ed è uno dei più ampi dell'intera raccolta.

I giuristi rivolgono specifica attenzione al significato anche delle parole di uso comune: fra i numerosissimi esempi offerti dalle fonti se ne possono

ricordare due, che illustrano una parola con pluralità di significati ed un'altra il cui significato è variato nel tempo a causa dei mutamenti economico-sociali.

Paolo avverte che il termine "*pueri*" è polisenso:

D.50.16.204 (*De verborum significatione*) PAULUS libro 2 epitomarum Alfeni:

"pueri" appellatio tres significationes habet: unam, cum omnes servos pueros appellarimus; alteram, cum puerum contrario nomine puellae diceremus; tertiam, cum aetatem puerilem demonstraremus.

(il termine *pueri* ha tre significati: il primo quando chiamiamo *pueri* tutti gli schiavi, il secondo, quando lo usiamo in contrapposizione a fanciulle, il terzo quando vogliamo indicare l'età infantile).

Nel titolo 33.10 dei *Digesta*, dedicato al legato di suppellettili, i compilatori raccolgono dei passi che chiariscono cosa si debba intendere per suppellettile.

D.33.10.1 POMPONIUS libro 6 ad Sabinum

Supellex est domesticum patris familiae instrumentum, quod neque argento aurove facto vel vesti adnumeretur.

(suppellettile è il corredo domestico del *pater familias* non annoverabile fra gli oggetti d'argento o d'oro oppure fra i vestiti).

D.33.10.6 ALFENUS libro 3 digestorum a Paulo epitomatarum

Supellectilis eas esse res puto, quae ad usum communem patris familiae paratae essent, quae nomen sui generis separatim non haberent: quare quae ad artificii genus aliquod pertinerent neque ad communem usum patris familiae accommodatae essent, supellectilis non esse. 1. Sed nec pugillares et codices in supellectili sunt.

(Ritengo siano suppellettili le cose destinate dal *pater familias* all'uso comune, che prese separatamente non hanno una denominazione propria: perciò quelle che riguardano un qualche mestiere e non sono destinate dal *pater familias* all'uso comune non sono suppellettili. Ma né le tavolette per scrivere né i codici sono suppellettili).

D.33.10.7.1 CELSUS libro 19 digestorum

Tubero hoc modo demonstrare supellectilem temptat: instrumentum quoddam patris familiae rerum ad cottidianum usum paratarum, quod in aliam speciem non caderet, ut verbi gratia penum argentum vestem ornamenta instrumenta agri aut domus, nec mirum est moribus civitatis et usu rerum appellationem eius mutatam esse: nam fictili aut lignea aut vitrea aut aerea denique supellectili utebantur, nunc ex ebore atque testudine et argento, iam ex auro etiam atque gemmis supellectili utuntur, quare speciem potius rerum, quam materiam intueri oportet, supellectilis potius an argenti, an vestis sint.

(Tuberone tenta di descrivere la suppellettile in questo modo: un corredo di cose del *pater familias* predisposte per l'uso quotidiano, che non appartengano ad un'altra specie, come ad esempio le provviste di cibo, l'argenteria, i vestiti, i gioielli, attrezza-

tura per la coltivazione dei campi o per la manutenzione della casa, né ci si deve stupire se a causa dei costumi della città e dell'uso delle cose è cambiata la loro denominazione: infatti si usavano suppellettili di terracotta o legno o vetro o, infine, di rame o bronzo; ora si usano suppellettili di avorio e tartaruga e argento, anche d'oro e ornate di gemme, per questo motivo è opportuno guardare alla specie delle cose più che alla materia con cui sono fatte, per stabilire se siano suppellettili piuttosto che argenteria o vestiario).

Particolare interesse ha un brano di Giavoleno⁽¹⁾ ove si vedono i giuristi alle prese con il "lessico familiare" dell'autore dello scritto.

D. 33.10.10 *I AVOLENUS libro 3 ex posterioribus Labeonis*

Qui vestem omnem et res plurium generum suppellectilis expenso ferre solitus erat, is uxori suppellectilem legaverat, recte negabant vestem legato cessuram. Labeo Ofilius Cascellius, quia non posset videri vestis appellatione suppellectilis contineri.

(Un tale che era solito segnare nel libro delle spese le vesti fra gli altri generi di suppellettili, ha legato alla moglie le suppellettili; correttamente Labeone, Ofilio e Cascellio hanno negato che nel legato fossero comprese le vesti perché la denominazione suppellettili non comprende le vesti).

Naturalmente i problemi posti dalla necessità di interpretare la volontà dei privati sorgono con maggiore frequenza in relazione al testamento ed ai codicilli, letti quando il *de cuius* non è più in grado di chiarire il suo pensiero: le considerazioni di tipo grammaticale e sintattico si coniugano con valutazioni sulla più probabile volontà del *de cuius*. Tale valutazione risulta più libera quando l'interprete è il principe, come risulta dal secondo dei testi di seguito riprodotti.

D.50.16.123 (*De verborum significatione*) *POMPONIUS libro 26 ad Quintum Mucium*

Verbum "erit" interdum etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat. Quod est nobis necessarium scire et cum codicilli ita confirmati testamento fuerint: "quod in codicillis scriptum erit", utrumne futuri temporis demonstratio fiat an etiam praeteriti, si ante scriptos codicillos quis relinquat, quod quidem ex voluntate scribentis interpretandum est, quemadmodum autem hoc verbum "est" non solum praesens, sed et praeteritum tempus significat, ita et hoc verbum "erit" non solum futurum, sed interdum etiam praeteritum tempus demonstrat. Nam cum dicimus "Lucius Titius solutus est ab obligatione", et praeteritum et praesens significamus: sicut hoc "Lucius Titius alligatus est", et idem fit, cum ita loquimur "Troia capta est": non enim ad praesentis facti demonstrationem refertur is sermo, sed ad praeteritum.

⁽¹⁾ Giurista attivo nell'epoca di Traiano, quindi qualche decennio prima di Celso a cui appartiene il frammento immediatamente precedente.

(La voce verbale “erit” talvolta indica anche il passato oltre che il futuro. Di ciò dobbiamo tener conto anche quando i codicilli sono confermati dal testamento in questo modo. “Ciò che nei codicilli ‘erit’ scritto”, l’indicazione sarà sia per il futuro, ma anche per il passato. Se qualcuno aveva disposto per codicilli scritti in precedenza: anche ciò deve essere interpretato a seconda della volontà dello scrivente: come ad esempio anche la voce verbale ‘est’ indica non solo il presente, ma anche il tempo passato, così anche ‘erit’ indica non solo il futuro, ma talvolta anche il passato. Infatti quando diciamo “Lucio Tizio è sciolto dall’obbligazione”, indichiamo sia il passato che il presente: così anche “Lucio Tizio è legato”. E lo stesso accade quando diciamo “Troia è presa”: infatti questa frase non indica un fatto presente, ma uno passato.)

D. 34.1.13.1 (*De alimentis vel cibariis legatis*) SCAEVOLA libro 4 *responsorum*
Imperator Antoninus Pius libertis Sextiae Basiliae: “quamvis verba testamenti ita se habeant, ut, quoad cum Claudio Iusto morati essetis, alimenta et vestiarius legata sint, tamen hanc fuisse defunctae cogitationem interpretor, ut et post mortem Iusti eadem vobis praestari voluerit”. Respondit eiusmodi scripturam ita accipi, ut necessitas alimentis praestandis perpetuo maneat.

(L’imperatore Antonino Pio ai liberti di Sestia Basilia: anche se secondo quanto si legge nel testamento vi sono legati gli alimenti ed il vestiario fino a che starete con Claudio Giusto, tuttavia interpreto il pensiero della defunta nel senso che ella abbia voluto che gli alimenti ed il vestiario vi fossero dati anche dopo la morte di Giusto’. Risponde che la scrittura deve essere interpretata nel senso che l’obbligo di prestare gli alimenti resti in perpetuo).

D. 30.17.1 (*De legatis et fideicommissis*) ULPIANUS libro 15 *ad Sabinum*
Si quis ita legaverit: “si qua filia mihi genitur, ei heres meus centum dato”, pluribus natis videtur singulis tantundem legasse: quod ita accipiendum est, nisi evidens sit contraria sententia testatoris.

(Se qualcuno ha disposto un legato in questo modo “se mi nascerà una figlia, il mio erede le darà 100”; se più sono i nati si deve intendere che abbia legato la stessa somma a ciascuno, a meno che non risulti una diversa volontà del testatore).

D. 31.45.pr. (*De legatis et fideicommissis*) POMPONIUS libro 8 *ad Quintum Mucium*.
Si ita sit scriptum: “filiabus meis centum aureos do”, an et masculini generis et feminini liberis legatum videatur? Nam si ita scriptum esset: “filiis meis hosce tutores do”, responsum est etiam filiabus tutores datos esse. Quod non est ex contrario accipiendum, ut filiarum nomine etiam masculi contineantur: exemplo enim pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri.

(Se nel testamento è scritto: do alle mie figlie cento aurei, si può ritenere che il legato sia a favore dei figli sia maschi che femmine? Infatti se fosse scritto “do questo tutore ai miei figli”, la risposta sarebbe che quel tutore è dato anche alle figlie, il che non può essere preso al contrario, cosicché il termine figlie contenga anche i maschi: infatti non ci sono testimonianze di una parola femminile che contenga anche i maschi).

2. *Volontà e forma*

Nell'epoca più antica i giuristi pontefici, forse sulla scorta dell'esperienza maturata nei tentativi di rendere in qualche modo razionalmente intellegibili le risposte degli dei alle suppliche e alle promesse degli uomini, affrontarono e risolsero in radice i problemi connessi all'interpretazione delle manifestazioni di volontà dei singoli subordinando l'efficacia della volontà espressa all'uso di forme rigide e predefinite.

Non è certo questa la sede per affrontare, neppure *per indicem*, il tema del formalismo nel mondo giuridico e delle sue funzioni: a conferma di quanto appena osservato pare sufficiente ricordare come ancora oggi sia arduo porre in dubbio l'esistenza di una volontà consapevole, ovvero porsi problemi sull'interpretazione di detta volontà, a fronte di un assegno o di una cambiale correttamente compilati e firmati.

Anche la struttura della *sponsio-stipulatio*, promessa generatrice di obbligazione, che già in epoca precedente alle XII Tavole compie un primo passo verso la libertà formale, rivela la speciale cura che i pontefici pongono nel semplificare al massimo eventuali problemi interpretativi.

È noto che, con intuizione geniale⁽²⁾, i pontefici costruiscono la *sponsio* non come promessa unilaterale accettata, ma come accettazione ad una richiesta di promessa: "prometti che mi verrà dato..."; "prometto".

Colui che si obbliga è ancora legato al formalismo più rigido: deve infatti pronunciare l'unica parola "*spondeo*"; ogni altra espressione pur linguisticamente equivalente non sarà idonea a produrre effetti. Colui che chiede la promessa (il futuro creditore) può invece esprimere liberamente la sua volontà e determinare il contenuto dell'obbligazione, ma proprio il fatto che formuli una domanda, impone canoni ermeneutici oggettivi. È evidente che rileva non quanto lui ha voluto, ma ciò che ha detto di volere: ciò che è stato sentito e compreso dalla controparte e dai testimoni (non necessari ma sovente presenti a fini probatori). Eventuali problemi interpretativi dovranno quindi essere risolti facendo riferimento ad un significato oggettivo.

3. *Ius, lex e interpretatio prudentium*

Fino ad ora ho parlato dell'interpretazione di atti di privati; a Roma, il tema dell'interpretazione testuale si pose con notevole ritardo sul versante delle regole generali di comportamento.

⁽²⁾ In questo modo sono eliminati i problemi posti ancora oggi dalla promessa unilaterale (v. art. 1987 c.c.) e dalla necessità o meno di una sua accettazione. Inoltre la forma impersonale con cui viene chiesta la prestazione (...mi verrà dato), secondo la versione più antica, ammette in linea di principio l'adempimento da parte del terzo.

Tutto quanto sappiamo della sua storia più antica ci induce a credere che all'inizio, a Roma, l'esigenza sentita fondamentale dai consociati fosse di impedire il verificarsi nella comunità di comportamenti offensivi nei confronti delle divinità: il bene comune supremo era rappresentato dallo stato di *pax* fra la città e gli dei ed il pericolo maggiore che l'ira delle divinità offese si rivolgesse non solo contro il responsabile, ma coinvolgesse l'intera collettività.

Tale modo di sentire è comune ad altre popolazioni del bacino del mediterraneo: peculiare della cultura romana è, peraltro, l'idea che la volontà degli dei non sia predeterminata o rivelata una volta per tutte: essa deve essere indagata di volta in volta, tenendo conto delle specificità di ogni singolo caso.

Ciò è compito precipuo del *rex*, che ha il potere di trarre gli auspici per conoscere la volontà degli dei a proposito delle iniziative che intende assumere; del collegio degli auguri ed in genere dei collegi sacerdotali, in relazione alle loro specifiche competenze (ad esempio, i feziali presiedono alle dichiarazioni di guerra ed alle pattuizioni di pace) e, in modo del tutto particolare, del collegio dei pontefici.

I privati interrogavano i pontefici per sapere quali regole seguire per tenere comportamenti o compiere atti, conformi alla volontà degli dei, capaci di produrre effetti che incidessero sulla realtà. Anche eventuali conflitti che sorgessero fra i consociati erano risolti in questa chiave: prevarrà, infatti, la posizione di chi si è comportato in conformità alla volontà degli dei ed il più antico strumento processuale, la *legis actio sacramento*, è fondato su un giuramento che interpella la divinità.

Le divinità romane non sono personalizzate come quelle che abitano il monte Olimpo, non hanno caratteri così singolari e ben delineati, sono piuttosto inserite nell'ordine dell'universo, strettamente collegate alle forze della natura.

Per tutto il periodo arcaico sembra si debba concludere che il complesso di norme, che andava formandosi, non sia stato percepito come espressione dell'autonoma volontà del *rex*, ovvero dei pontefici, ma fosse piuttosto ritenuto disvelamento di un ordine esistente in natura: il rapporto tra la conoscenza del diritto e quella delle leggi naturali dell'astronomia e dell'ingegneria è molto stretto; non a caso tutte queste scienze sono oggetto della sapienza dei pontefici.

Prove di tale primitivo inserimento del diritto fra le scienze naturali si rinvencono nel linguaggio tecnico giuridico che mutua termini dall'arte di costruire (*regula* è la squadra o la riga usata dal capomastro per verificare la corretta costruzione del muro) o dall'agricoltura (*ordo*, sta ad indicare il filare di viti o alberi, ovvero le file di piantine seminate nei solchi diritti).

Il termine *ius* nel periodo più antico è come *fās*, usato in forma avverbiale indeclinabile e nell'espressione *ius est, fās est*, ha funzione di predicato. Mentre il termine *fās* rimarrà nell'uso in questa unica forma, *ius* assunse, abbastanza rapidamente, la forma di sostantivo nell'espressione: *dicere ius*

riferita al magistrato giudicante. Successivamente, oltre a significare la liceità o doverosità di un comportamento descritto a priori nel responso dei pontefici, o valutato a posteriori dal magistrato giudicante, venne usato per esprimere il concetto di norma, cioè -noi diremmo- di diritto oggettivo (pensiamo ad esempio all'espressione *ex iure Quiritium*) e, poi, di diritto soggettivo: *mihi ius est*. Infine, indicò anche il luogo in cui è "detto il diritto": *in ius vocare*, per citare in giudizio.

Una definizione di *ius*, divenuta celeberrima, è contenuta in un passo tratto dalle Istituzioni di Ulpiano, conservato nei *Digesta: Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* (D. 1.1.1 pr. *ULPIANUS libro 1 institutionum*).

La falsa etimologia proposta da Ulpiano (in realtà *iustitia* deriva da *ius*) è preguata di significati: nel medesimo titolo, poco oltre, si legge la definizione di *iustitia*, data dal medesimo giurista: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (D. 1.1.10 *ULPIANUS libro 1 regularum*).

Nessun riferimento alla conoscenza delle leggi, dell'ordinamento positivo. Eppure queste sono le parole di un giurista che fu uomo politico di altissimo livello, negli anni conclusivi del principato, quando ormai il potere normativo del principe era pienamente affermato, prefetto del pretorio di Alessandro Severo, cioè il più stretto collaboratore di un principe poco più che adolescente nel governo di uno Stato il cui territorio si estendeva ben oltre il bacino del mediterraneo; queste parole sono riprese e collocate in posizione privilegiata dai compilatori giustinianeî negli anni '30 del sesto secolo.

Nel periodo arcaico l'ordinamento giuridico si va formando in modo tipicamente casistico perché la creazione, o meglio la formalizzazione delle norme, avviene in stretta correlazione con l'esigenza di accertare la liceità di un comportamento determinato o di evitare, ovvero risolvere, conflitti fra i consociati.

Per costruire un ponte che sia in grado di svolgere la sua funzione è necessario farlo in armonia con le regole dell'ingegneria e della fisica, per comporre il calendario, calcolare i giorni, le stagioni e gli anni, è necessario conoscere e seguire le leggi dell'astronomia, allo stesso modo i pontefici, quando affrontano un problema giuridico, lo risolvono in armonia con i *mores*, i costumi della comunità. Perciò le cosiddette norme di struttura e definitorie restano per lo più inesprese, radicate nel costume del popolo romano. Ad esempio il pontefice potrà essere interrogato, o il *rex* potrà avere occasione di pronunciarsi su singoli aspetti dell'esercizio della patria potestà, e quindi potranno formarsi regole sui modi di esercizio e sui limiti di tale potere; ma che il *pater familias* abbia la patria potestà sulla moglie, sui figli e sulle figlie, che la patria potestà perduri per tutta la vita del *pater*, sono

caratteristiche fondamentali della società romana quasi sue leggi naturali, razionalmente conoscibili dai giuristi pontefici, non frutto della loro *scientia* o della volontà del *rex*.

Questo è lo stato del diritto ancora all'epoca in cui i *decemviri* scrissero le XII Tavole (451-450 a.C.), che contengono prevalentemente norme di relazione, mentre sono assenti norme definitorie. La medesima osservazione può farsi anche a proposito delle non numerose leggi comiziali repubblicane a contenuto privatistico. Le leggi, norme scritte, devono quindi, necessariamente, essere lette nel contesto aperto della cultura giuridica, dei valori condivisi della comunità, ecc.; contesto continuamente mutevole perché connesso all'assetto economico, politico e sociale della città.

Il rapporto fra *lex*, norma scritta autoritativa, e *ius*, spiega la grande libertà con cui i giuristi hanno utilizzato il dettato delle XII Tavole per costruire nuovi istituti: l'esempio principe è rappresentato dall'emancipazione.

I *decemviri*, per limitare un esercizio della *patria potestas* ritenuto iniquo, fissarono il principio che perde la *potestas* sul figlio il *pater* che per tre volte lo ceda a terzi; un'antichissima norma regia aveva già vietato al *pater* di cedere a terzi il figlio legittimamente sposato con il suo consenso.

I giuristi pontefici poi, quando nel mutato assetto economico sociale si manifestò tale esigenza, utilizzarono questa norma per far cessare la *patria potestas* ancora in vita il *pater*, lui consenziente, aggirando così, senza modificarlo, il principio che voleva la *patria potestas* perdurare fino alla morte del *pater*.

La sapiente creatività di questi antichi giuristi si manifesta anche nei molteplici usi della *mancipatio*, rituale originariamente pensato per trasmettere il potere su una persona o su un animale da lavoro, poi utilizzata per la trasmissione della proprietà di cose immobili, ed infine anche per rendere efficaci disposizioni patrimoniali di ultima volontà.

I pontefici, e poi i giuristi laici, procedono seguendo il loro intuito affinato dalla conoscenza e dall'esperienza: ciò è ancora testimoniato alla metà, circa, del secondo secolo a.C. dal famoso parere espresso da Bruto, sull'appartenenza al proprietario, non all'usufruttuario, del nato da schiava data in usufrutto. Gli altri due grandi giuristi dell'epoca, Scevola e Manilio, inizialmente contrari, accettarono l'opinione di Bruto, ma i motivi, le argomentazioni che sorreggevano la conclusione cui era pervenuto Bruto sono rimasti inespressi ed ignoti a Cicerone che ci riferisce l'episodio ed ai giuristi che in epoche successive avanzano, al proposito, soltanto ipotesi e congetture.

4. Metodo classificatorio, analogia, fictio.

Proprio da quest'epoca, peraltro, i giuristi romani iniziarono ad organizzare la loro *scientia* secondo i canoni della logica greca adottando, sia pure in modo non sempre rigoroso, il metodo di ordinare classificando. Ciò consentì

di supportare per mezzo di argomentazioni il ragionare per analogia, metodo che è possibile seguire spontaneamente senza possedere conoscenze filosofiche, facendo aggio solo sull'esperienza, come del resto fa l'uomo nei suoi primi anni di vita.

Particolare rilevanza ha la corretta applicazione del metodo classificatorio nella formulazione di una regola: la classificazione infatti permette di individuare, in modo corretto, l'ambito di applicazione della regola conferendo ad essa una maggiore precisione ed efficacia.

Vediamo un esempio per chiarire la portata di questa affermazione: l'esperienza pratica della caccia, della pesca, della raccolta di frutti e di erbe selvatiche, di conchiglie sulla spiaggia, ecc., permette di formulare la regola che una *res nullius* (cosa di nessuno) diventa di proprietà di chi se ne impossessa.

Se sarà stata fatta la classificazione delle "res" distinguendo quelle che possono far parte del nostro patrimonio da quelle che non sono suscettibili di un'appropriazione da parte di privati e che, quindi, non possono entrare nel nostro patrimonio (come fa Gaio nelle sue *Institutiones*), si potrà precisare che, ovviamente, la regola formulata si riferisce solo alle *res* che possono far parte del nostro patrimonio.

La regola, nell'ambito indicato, sarà formulata in modo corretto e non subirà eccezioni.

Se non si opera la classificazione e la conseguente delimitazione dell'ambito di efficacia della regola, questa subirà una serie numerosa di eccezioni (tutte le *res* che, pur trovandosi nella situazione di *res nullius*, ossia di non avere attualmente un padrone, non sono suscettibili di entrare a far parte del nostro patrimonio) e, pur formulata nei medesimi termini, apparirà imprecisa e quindi di scarsa utilità.

Desidero, infine, richiamare l'attenzione sull'uso della *fictio*, un particolare meccanismo di analogia, molto amato dai giuristi romani ed ampiamente utilizzato dal pretore nella sua funzione di magistrato giudicante.

Rilevato che il caso esaminato differisce da uno già risolto solo per un aspetto, ritenuto tale aspetto non essenziale per la soluzione del problema posto, si finge che la differenza non sussista e quindi si applica la soluzione già nota.

Gaio nelle Istituzioni offriva ai suoi studenti questo esempio: si finge che abbia la cittadinanza romana lo straniero (*peregrinus*) che agisce, o contro cui si agisce, con un'azione prevista dal nostro diritto, sempre che si ritenga giusto estendere quell'azione anche a uno straniero⁽³⁾, come quando lo straniero agisce per furto, o si agisce per furto nei suoi confronti.

⁽³⁾ Si ricorda che i *peregrini*, cioè gli stranieri, non potevano usare del diritto civile romano, né questo poteva essere loro applicato.

La formula⁽⁴⁾ è: “Tizio sia giudice, se verrà accertato che, con l’aiuto di Dione figlio di Emeo (i nomi, fittizi, fanno chiaramente intendere che non si tratta di un cittadino romano) è stata rubata una tazza d’oro, così che, se egli fosse stato cittadino romano, si sarebbe dovuto valutare il danno che avrebbe dovuto risarcire in quanto ladro⁽⁵⁾, lo condanni. Se ciò non risulterà lo assolva”⁽⁶⁾.

La valutazione sulla rilevanza o meno dell’elemento di cui si finge l’esistenza, nella fattispecie la cittadinanza, è una valutazione tecnico giuridica ed insieme di politica del diritto: Gaio infatti sottolinea “sempre che si ritenga giusto estendere quell’azione anche a uno straniero”.

Sotto questo profilo di particolare interesse è la finzione, proposta dai giuristi, di considerare avverata la condizione, il cui avveramento è stato impedito dalla parte che ne trae vantaggio. La finzione elaborata dai giuristi romani è recepita anche nel nostro codice civile: “la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all’avveramento di essa” (art. 1359).

I giuristi romani fecero poi un passo ulteriore come è testimoniato da questo passo di Giavoleno

Dig. 40.7.28 pr. *IAVOLENUS libro 6 ex Cassio*

Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur.

In un testamento è disposta la manomissione di uno schiavo, a condizione che questi renda all’erede i conti dei beni da lui amministrati entro trenta giorni dall’apertura del testamento. Se l’erede ha accettato (adito l’eredità) oltre i trenta giorni dall’apertura del testamento, secondo un’interpretazione di stretto diritto si dovrebbe concludere che lo schiavo non può diventare libero, non avendo adempiuto alla condizione, poiché non ha reso i conti entro i trenta giorni. Ma l’orientamento che porta a favorire l’ottenimento della libertà (*favor libertatis*) induce il giurista interpellato a rispondere che si doveva ritenere avverata la condizione, se il mancato avveramento non era

⁽⁴⁾ La “formula”, o *iudicium*, è l’atto in cui il pretore, sentite le parti, precisa i termini della controversia; essa verrà portata al giudice che su questa base, valutate le prove, darà la sentenza.

⁽⁵⁾ Per diritto civile il ladro era condannato a dare al derubato il quadruplo, il triplo, il doppio del valore della cosa rubata a seconda delle modalità con cui era stato compiuto il furto.

⁽⁶⁾ Quello qui proposto è un caso di finzione introdotta dal pretore e di questo tipo sono tutte le “*actiones ficticiae*”.

addebitabile a colui al quale la condizione era stata posta. Nel caso in esame lo schiavo non aveva potuto rendere i conti perché nei trenta giorni fissati l'eredità era vacante e non c'era un erede a cui lui potesse riconsegnare i beni ed i libri contabili.

È qui evidente che la decisione di fingere “avverata la condizione” è dettata dalla volontà di ottenere un bilanciamento dei contrapposti interessi, nel rispetto dei principi e dei valori riconosciuti dalla collettività. Ci troviamo di fronte ad un esempio che ben illustra la famosissima affermazione di Celso secondo cui il giurista esercita *l'ars boni et aequi*.

Questo tipo di ragionamento, che in senso lato può essere ricompreso nel procedimento analogico, ha alcune caratteristiche che meritano di essere sottolineate:

- non costringe a dimostrare l'esistenza di un'analogia fra le diverse ipotesi, richiede semplicemente di individuare l'elemento che si intende modificare mediante la *fiction*;
- riconduce sempre al caso originario: in virtù della *fiction* il caso B è ricondotto al caso A, ma se il caso C appare simile a B, ciò non rileva, perché dovrà anch'esso essere ricondotto direttamente ad A, infatti è solo rispetto al caso A, l'unico disciplinato, che si può operare la *fiction*. In altri termini, non è possibile procedere in questo modo: B è simile ad A; C è simile a B; quindi C è simile ad A, con la conseguenza che applico anche a C la regola originariamente dettata per A, perché l'avevo applicata a B.

Proprio perché ogni nuovo caso è ricondotto al primo, l'applicazione a seguito di *fiction* lascia assolutamente immutato il tenore della norma applicata, osservazione questa di particolare rilievo quando si sia di fronte non ad un diritto legislativo, quindi redatto in norme scritte in un testo certo, ma ad un diritto consuetudinario o giurisprudenziale, ove il dettato letterale della norma non è -per definizione- fissato.

L'applicazione analogica (che consente ulteriori passaggi: B è simile ad A; C è simile a B; quindi C è simile ad A, con la conseguenza che applico anche a C la regola originariamente dettata per A, perché l'avevo applicata a B) può produrre invece una sorta di allargamento della norma originaria, donandole una natura “elastica” che permetterà nuove estensioni sempre più ampie: il passo in cui Gaio riproduce il versetto delle XII Tavole sul *tignum iunctum*, offre un chiaro esempio di questo fenomeno, particolarmente interessante perché in questo caso si tratta di norma scritta, in cui il termine *tignum* ha finito per perdere il suo significato proprio.

D.50.16.62 *GAIVS libro 26 ad edictum provinciale*

“Tigni” appellatione in lege duodecim tabularum omne genus materiae, ex qua aedificia constant, significatur.

(Con la denominazione *tigni* nella legge delle XII Tavole si significa ogni genere di materia di cui sono formati gli edifici).

Il riferimento è al versetto delle XII Tavole che vietava al proprietario di riprendersi il *tignum* inserito in un edificio altrui o il palo usato per sostenere un filare di viti; solo quando l'edificio fosse stato demolito, o fosse comunque crollato, il proprietario poteva riprendersi il *tignum*.

Il termine *tignum* con molta probabilità indicava le travi gettate da un capo all'altro dell'edificio, poggianti sugli architravi; travi che sostenevano il coperto. La lettura di Gaio non dà conto del significato della parola in sé presa, ma dell'interpretazione estensiva del testo di legge fatta dalla giurisprudenza nel corso dei sei secoli che separano le XII Tavole dall'opera di Gaio: interpretazione che estese la norma inizialmente data per le travi, agli architravi di pietra, dalle colonne di marmo ai bancali delle finestre e così via.

5. *Interpretatio legis*

Quando i giuristi leggono un testo "normativo", sia quello di una *lex* o dell'editto del pretore⁽⁷⁾, sono sempre attenti al significato delle parole in esso usate: nel titolo 50.16 dei *Digesta*, più volte citato, sotto la rubrica *de verborum significatione*, sono raccolti numerosissimi i frammenti tratti da opere di commento a singole leggi, per esempio 26 frammenti provengono da commenti *ad legem Iuliam et Papiam*⁽⁸⁾, o dai Commentari all'editto⁽⁹⁾, ben 93. In via meramente esemplificativa leggiamo un passo in cui il giurista ricorre all'etimologia per illustrare il termine "porto"

D. 50.16.59 *ULPIANUS libro 68 ad edictum*

"portus" appellatus est conclusus locus, quo importantur merces et inde exportantur.

("Porto" è chiamato quel luogo circoscritto, ove vengono importate le merci e di lì esportate).

Tuttavia, nell'esame dell'intera frase e del pensiero in essa contenuto, l'attenzione appare rivolta non tanto alla ricostruzione della volontà dell'autore del testo, come abbiamo visto accade per i testamenti, bensì all'individuazione, quanto più possibile esatta, dell'ambito di applicazione della regola espressa.

⁽⁷⁾ L'editto del pretore, pur non essendo un provvedimento normativo in senso stretto (infatti non è un comando rivolto ai terzi, ma è un programma del magistrato, una autolimitazione dei propri poteri o meglio delle modalità con cui verranno esercitati), è tuttavia vincolante per le parti che al pretore si rivolgono.

⁽⁸⁾ La legge Giulia del 18 a.C. e la Papia dell'8 a.C., espressioni della politica demografica augustea, posero dei limiti alla capacità di ricevere per testamento o per donazione a carico dei *celibes* (non sposati) e degli *orbi* (sposati senza figli).

⁽⁹⁾ Si tratta dei commenti all'editto giurisdizionale del pretore.

Come esempio, fra i tanti simili, si può ricordare un passo di Paolo:

D.50.16.138 *PAULUS libro 2 ad legem Iuliam et Papiam*
"hereditatis" appellatione bonorum possessio continetur.

(La denominazione "eredità" comprende anche la *bonorum possessio*).

Il giurista severiano, operante nell'inizio del terzo secolo d.C., intende precisare che la specifica norma della legge di età augustea, oggetto di commento (non sappiamo quale fosse perché il frammento si riduce a queste sole parole), doveva riferirsi sia all'eredità di diritto civile, eredità in senso proprio, sia alle posizioni successorie riconosciute dal pretore e tutelate con la concessione della *bonorum possessio*, poi definite eredità *honoraria* o pretoria.

Non si tratta quindi di un'osservazione sul mero significato del termine *hereditas*: il giurista, implicitamente, dà conto di un'applicazione analogica delle norme proprie dell'*hereditas* civile a situazioni che il pretore cominciò a considerare solo verso la fine della repubblica, ampliando poi progressivamente la tutela nei primi decenni del principato; applicazione estensiva che ha reso più ampio il significato del termine *hereditas*, rendendo così possibile applicare la legislazione augustea anche a ulteriori posizioni successorie tutelate dal pretore solo successivamente alla sua pubblicazione.

Nel terzo titolo del primo libro dei *Digesta* giustinianeî, sotto la rubrica *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* (Delle leggi, dei senato-consulti e della lunga consuetudine) sono conservati numerosi passi in cui i giuristi ricordano le regole a cui si dovrebbero uniformare il legislatore e l'interprete nel redigere e nell'applicare i testi normativi; si tratta di affermazioni incidentali che i compilatori hanno isolato dal contesto in cui originariamente erano inserite, conferendo loro un valore generale ed assoluto. Inoltre in alcuni casi hanno posto di seguito, a formare un discorso unico, due passi tratti da luoghi diversi di una stessa opera:

D.1.3.4 *CELSUS libro 5 digestorum*

Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.

D.1.3.5 *CELSUS libro 17 digestorum*

Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.
 (Non nascono norme giuridiche da ciò che può accadere una volta per caso - infatti il diritto deve essere predisposto per ciò che avviene di frequente e normalmente, piuttosto che per ciò che avviene di rado).

D.1.3.8 *ULPIANUS libro 3 ad Sabinum*

Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.

(Le norme giuridiche sono stabilite non per persone specifiche, ma in generale).

D.1.3.10 *IULIANUS libro 59 digestorum*

Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.

D.1.3.11 *IULIANUS libro 90 digestorum*

Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.

(Né le leggi né i *senatusconsulta* possono essere scritti in modo tale da comprendere tutti i casi che potranno accadere, ma è sufficiente che comprendano quelli che accadono per lo più – e perciò, ciò che inizialmente è stabilito deve essere meglio determinato o per mezzo dell'interpretazione (dei giuristi) o di costituzioni del principe)

D.1.3.12 *IULIANUS libro 15 digestorum*

Non possunt omnes singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

(Non è possibile che tutti i casi siano previsti specificamente nelle leggi o nei senatoconsulti: ma se in una determinata situazione il loro disposto sia chiaro, chi è preposto alla giurisdizione deve applicarlo ai casi simili).

D.1.3.16 *PAULUS libro singulari de iure singulari*

Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

(È norma singolare -speciale- quella che viene introdotta d'autorità per una qualche utilità particolare, contro la *ratio* -della legge-).

D.1.3.19 *CELSUS libro 33 digestorum*

In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.

(Se il testo di legge è ambiguo, deve essere preferita l'interpretazione priva di vizi -che non invalida la legge-, soprattutto quando risulta conforme alla volontà della legge).

D.1.3.24 *CELSUS libro 9 digestorum*

Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.

(È incivile giudicare o dare responsi sulla base di un solo articolo, senza avere esaminato l'intera legge).

D.1.3.29 *PAULUS libro singulari ad legem Cinciam*

Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.

(Agisce contro la legge chi fa ciò che la legge vieta, agisce in frode alla legge chi, rispettandone il significato letterale, la elude).

Nel nostro codice civile troviamo una sintesi di queste riflessioni: “nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12).

"Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati" (art. 14).

6. *Interpretatio* - interpretazione

A questo punto è doveroso ricordare che il termine *interpretatio* non indicò mai la funzione del magistrato giudicante o del giudice: il pretore *dicit ius* nella causa sottoposta alla sua attenzione, non crea il diritto né lo interpreta; il giudice privato del processo formulare pronuncia la sentenza sciogliendo l'alternativa posta dal magistrato nella "*formula*", o *iudicium*, verificati i fatti⁽¹⁰⁾; per quanto riguarda i funzionari giudicanti nelle *cognitiones extraordinem* nel principato e nell'impero, è costantemente riaffermato il principio che l'*interpretatio* delle leggi è riservata all'imperatore, mentre i suoi funzionari debbono limitarsi a conoscerle ed applicarle: a fronte di un dubbio interpretativo sono tenuti a rivolgersi all'autorità imperiale.

Le locuzioni *interpretatio iuris* o *interpretatio prudentium* sono usate dai giuristi romani nelle opere a noi note per indicare l'attività di enucleazione di regole generali dalle soluzioni di casi pratici tipizzati alla luce delle consuetudini, dei valori riconosciuti e condivisi dalla comunità politicamente organizzata svolta dai giuristi fin dall'epoca più antica, sopra sinteticamente descritta.

Pomponio, giurista di età adrianea, in un celeberrimo passo del manuale dedicato ai suoi studenti, conservato dai compilatori giustinianeî e collocato in apertura dei *Digesta*, afferma che *ius civile, ...sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*⁽¹¹⁾.

Quando i giuristi cominciarono a seguire i canoni della logica come proposti dalla filosofia greca, e rivolsero la loro attenzione all'interpretazione delle norme scritte, autoritative, l'espressione *interpretatio legis* sottolineò lo stretto rapporto esistente fra l'interpretazione e il testo legislativo che ne è oggetto. Del resto dobbiamo riconoscere che interi settori del diritto privato, penso in particolare al diritto delle obbligazioni, sono formati da istituti e

⁽¹⁰⁾ Poco sopra è stata riportato il testo di una formula, tratto dalle Istituzioni di Gaio; si tratta dello schema previsto nell'editto: naturalmente la formula data in un processo reale conteneva i nomi veri delle parti e del giudice cui era dato l'ordine di giudicare e poteva essere più complessa. Ad esempio poteva contenere altre sezioni, quali una *exceptio* richiesta dal convenuto, così da corrispondere esattamente alle specificità del caso concreto.

⁽¹¹⁾ D. 1.2.2.12 POMPONIUS, *libro singulari enchiridii*.

regole formulati dai giuristi o direttamente o attraverso il dialogo con il pretore ed il principe; le norme autoritative poste dalle XII Tavole, da leggi comiziali o da senatoconsulti sono pochissime e si possono contare sulle dita delle mani.

Questa attività interpretativa che consiste da un lato nella comprensione del significato anche letterale della norma, dall'altro nell'individuazione dei casi concreti a cui la norma deve essere applicata, si atteggiò in modo diverso a seconda dei diversi momenti storici ed in relazione alle propensioni personali dei singoli giuristi nonché alla natura dei testi normativi interpretati. Per le leggi penali, ad esempio, prevalse sempre un'interpretazione letterale e restrittiva, mentre per il diritto civile si affermò nel principato un orientamento più attento alla *voluntas* della legge⁽¹²⁾ e a letture che perseguissero risultati conformi all'*equitas*, cioè al temperamento degli interessi in gioco. Comunque non ci fu mai una regolamentazione autoritativa di tale attività, le regole sull'interpretazione delle leggi raccolte nel terzo titolo del libro primo dei *Digesta*, alcune delle quali sono state poco sopra ricordate, nel contesto originario erano osservazioni formulate dai giuristi classici prendendo lo spunto dalle singole disposizioni normative che stavano commentando, quindi regole dettate dalla ragionevolezza e dall'esperienza. Il tono precettivo che ora le caratterizza è dovuto all'opera dei compilatori che, isolandole dal contesto in cui erano inserite, le hanno trasformate in principi generali e l'inserimento nei *Digesta* ha loro conferito valore normativo.

Le due locuzioni: *interpretatio iuris* e *interpretatio legis* stanno dunque ad indicare due attività mentali in parte diverse che si intrecciano per molti secoli. Si può osservare che al tempo in cui Gaio scrisse le *Institutiones* cioè poco oltre la metà del secondo secolo d.C.⁽¹³⁾, l'espressione *interpretatio iuris* non è più usata in riferimento ai giuristi contemporanei, ma è riservata esclusivamente ai giuristi repubblicani: ciò può essere considerato un segno della consapevolezza che i giuristi classici ebbero del peso, sempre più preponderante, assunto dalle fonti autoritative e della minore libertà creativa di cui essi godevano rispetto all'epoca repubblicana, in specie dopo che i *rescripta* dati dal principe, assistito da un *consilium* in cui sedevano i maggiori giuristi del momento, avevano affiancato i *responsa* dati dai giuristi, avendo peraltro una ben diversa autorevolezza.

Durante e dopo la grande anarchia, che travagliò l'impero romano nei decenni centrali del terzo secolo, i *rescripta* dati a centinaia dalla cancelleria del principe supplirono alla progressiva, ma rapida, scomparsa della figura

⁽¹²⁾ D. 1.3.1 *CELSUS, libro XXVIII digestorum Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservatur.*

⁽¹³⁾ Le *Institutiones* sono generalmente datate al 160 d.C.

del giurista elemento peculiare ed esclusivo della cultura giuridica romana fin dalle sue origini.

Pare opportuno ricordare che, per tutto il principato, il principe non dispone di uno strumento per dettare norme generali ed astratte obbligatorie per i cittadini romani: a questo scopo utilizzerà indirettamente i senatoconsulti, in modo sempre più scoperto a far tempo dal regno di Adriano, tanto che si parlerà di *oratio principis in senatu habita*. Diocleziano userà gli *edicta*, provvedimenti in precedenza diretti ai provinciali o comunque destinati alle provincie e non al territorio della città, ma solo per norme pubblicistiche⁽¹⁴⁾.

7. *Responsa, rescripta, iudicia* e sentenze.

I *responsa* dei giuristi e i *rescripta*, dati dal principe con l'assistenza del suo *consilium* a cui partecipavano i più eminenti giuristi del momento, indicavano al richiedente la soluzione giuridicamente corretta per il problema che egli aveva sottoposto. Se il *responsum* o il *rescriptum* era stato sollecitato in vista di un contenzioso esso sarà esibito al magistrato nella fase *in iure* o, se del caso, al giudice privato incaricato di dare la sentenza. Costoro erano del tutto liberi di fronte al responso di un giurista anche se autorevole, non altrettanto, è ovvio, davanti al rescritto del principe.

Il responso acquisiva un valore più generale solo se, reso anonimo mediante l'inserimento di nomi di stile al posto di quelli reali delle parti, era scelto dal giurista per essere inserito in una raccolta di *responsa* o comunque in un'opera destinata ad essere pubblicata. Si noti che non esiste alcuna differenza fra il responso, effettivamente dato a seguito di una richiesta reale, e la *quaestio*, cioè la risposta formulata per un caso ipotizzato dal giurista per verificare la tenuta di una sua ipotesi o per farne base di discussione con i suoi *auditores*. Entrambi potranno essere utilizzati da altri giuristi, da operatori pratici del diritto, da magistrati.

Allo stesso modo i *rescripta* del principe, quando innovativi o comunque rilevanti, erano riportati dai giuristi nelle loro opere ove avevano cura di metterne in evidenza i criteri ispiratori così da facilitarne l'applicazione a casi analoghi.

Il magistrato (pretore urbano, pretore peregrino, edile curule, governatore provinciale) detta allo scriba la formula, o sarebbe meglio usare il termine più tecnico di *iudicium*, che individua la regola di diritto da seguire nella soluzione del caso; quella riportata poco sopra quale esempio di *fictio*, è molto semplice: ci furono *iudicia* molto più complessi, ma nella sostanza essi pongono sempre al giudice l'alternativa: condanna – assoluzione, da sciogliere alla luce dell'esame delle prove.

⁽¹⁴⁾ Ricordiamo, ad esempio, il famosissimo *edictum de pretiis rerum venalium*.

Nel dettarla il magistrato si ispira all'editto, formulario che ha pubblicato all'inizio del suo anno di carica, ma qualora quella sottopostigli sia un'ipotesi nuova, non considerata al momento della redazione dell'editto, può anche dare una soluzione inedita.

In tal caso essa potrà fungere quale precedente esemplare se un identico o analogo caso si ripresenterà al medesimo pretore. Ma alla scadenza dell'anno il pretore sarà sostituito da un altro magistrato, liberamente eletto, che pubblicherà un nuovo editto.

Gli *iudicia* innovativi, dettati da quel pretore, potranno avere una qualche efficacia oltre i casi specifici per cui sono stati dettati solo se, vagliati dai giuristi, saranno tipizzati, suggeriti al pretore o ai pretori successivi ed infine inseriti nell'editto da un pretore che li accetti e li ritenga non limitati a casi assolutamente sporadici.

Il giudice privato, tale solo occasionalmente e non per professione, pronuncia una sentenza sulla questione sottoposta al suo esame ed essa ha efficacia per le parti che, concordando sul suo nome e sul testo della formula dettata dal magistrato, si sono impegnate ad accettarne la decisione e ad eseguirla. Le sentenze, cui i giuristi non prestano attenzione, non costituiscono precedenti e non contribuiscono all'evoluzione del diritto.

Perciò se è vero che il diritto romano è essenzialmente casistico e cresce attraverso la formalizzazione di soluzioni plausibili ai vari casi, che via via si presentano, tuttavia l'evoluzione dell'ordinamento è sempre mediata, filtrata, dalla riflessione giurisprudenziale e quindi sottoposta ad un costante controllo di razionalità e ragionevolezza. I giuristi discutono: prospettano e vagliano diverse ipotesi; possono trovarsi in disaccordo e in tal caso la sintesi, almeno per l'anno in corso, è effettuata dal magistrato quando redige l'editto o quando detta la formula. Poi, nel tempo, la discussione porta all'accettazione di una delle soluzioni prospettate in un divenire continuo.

8. *L'impero assoluto.*

La situazione ora descritta caratterizza i primi secoli dell'era cristiana e muta radicalmente nella seconda metà del terzo secolo: il cambiamento apparirà evidente all'inizio del quarto secolo nell'impero rifondato e trasformato dalle riforme di Diocleziano e Costantino, ma era iniziato già nel principato, nel primissimo principato, addirittura durante gli anni di Augusto.

Già si è notata la differenza sottile, ma profonda, fra il *responsum* del giurista e il *rescriptum* del principe e si è detto che durante la grande anarchia e poi il regno di Diocleziano i rescritti rilasciati sempre più numerosi dalla cancelleria imperiale sostituirono i *responsa* dei *prudentes*. Un ultimo riflesso del passato sono il codice Gregoriano, che negli anni 291-292 d.C. raccoglie una selezione di *rescripta* dati da Adriano in poi, ordinati sistematicamente in libri e titoli - a cui sono premesse rubriche esplicative - e all'interno del titolo in

ordine cronologico, e il codice Ermogeniano che, seguendo il medesimo schema, pubblica i *rescripta* dati nel 294 e 295.

Queste sono ancora opere giurisprudenziali, anche se gli autori restano completamente muti, si astengono da ogni commento, si limitano a scegliere i provvedimenti e a collocarli in questo piuttosto che in quel titolo. Operazione quest'ultima certo non di poco conto giacché la collocazione sistematica di una norma incide in modo rilevante nel determinare il suo ambito di applicazione. In altri termini i giuristi che compongono questi codici svolgono le attività che poi saranno proprie dei commissari incaricati da Teodosio II di compilare il *Codex Theodosianus*.

Discorso un poco diverso si deve fare per i commissari giustinianeî che ebbero l'incarico di intervenire in modo incisivo sui testi raccolti per renderli coerenti al diritto vigente all'epoca.

Durante il regno di Costantino la cancelleria imperiale interamente rinnovata, preso atto che, cancellate le autonomie locali, ormai l'impero era un estesissimo stato territoriale, ritenne possibile dare provvedimenti normativi contenenti norme generali, valide in tutto il territorio dell'impero.

Di conseguenza i *rescripta* furono usati solo come provvedimenti speciali la cui vigenza si voleva strettamente limitata al caso per cui erano stati chiesti.

Dunque, le decisioni imperiali incidavano direttamente sull'evoluzione dell'ordinamento e non subivano più alcun controllo di razionalità e ragionevolezza da parte dei giuristi.

Restava sempre vero, come aveva osservato Salvio Giuliano e come si potrebbe ripetere anche oggi, che le leggi non possono essere scritte in modo da comprendere tutti i casi che potranno accadere, ma è sufficiente che comprendano quelli che accadono per lo più; tuttavia, mentre nel principato Adrianeo si poteva concludere: "perciò quel che è inizialmente stabilito deve essere meglio determinato o per mezzo dell'interpretazione (dei giuristi) o di costituzioni del principe", ora, nell'impero di Costantino e nei secoli successivi, scomparsa la figura del giurista, rimanevano soltanto le costituzioni e gli imperatori affermarono ripetutamente che l'interpretazione delle leggi compete al solo imperatore.

Da ultimo, Giustiniano in una celebre legge, data -probabilmente su suggerimento di Triboniano da pochi giorni *quaestor sacri palatii*- nell'autunno del 529, alcuni mesi dopo la pubblicazione del *Novus Codex*, proclama solennemente: *si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretazioni solum dignum imperio esse oportet* (CJ. 1.14.12.3), ribadendo così l'intimo legame, riconosciuto fino *ab antiquo*, fra l'interpretazione della legge e la creazione di nuove norme. Legame che, come accennato, determina una profonda differenza fra l'interpretazione di un atto di volontà privata, tesa alla mera comprensione del testo e della volontà del dichiarante, e l'interpretazione del dettato legislativo, che comporta sempre la delimitazione dell'ambito di applicazione della norma sulla base di considerazioni che vanno ben oltre la ricostruzione della volontà del legislatore.

9. *Cognitiones extraordinem*

Qualcosa era intrinsecamente mutato anche nel processo e ciò spiega la nascita della tensione fra interpretazione dei giudicanti e interpretazione dell'imperatore; tensione impensabile quando vigeva il processo formulare e che, invece, caratterizza i secoli dell'impero assoluto, restando irrisolta nonostante i ripetuti interventi normativi.

La *iuris dictio* del pretore e degli altri magistrati giudicanti era manifestazione del loro *imperium*, ossia del potere politico conferito loro a seguito dell'elezione popolare. Ciò è affermato nelle fonti in modo chiaro ed indubbio e confermato da un dato strutturale: nello svolgimento della funzione giudicante il pretore subiva l'*intercessio*, il veto, da parte dei colleghi nella magistratura, del console quale magistrato maggiore e dei tribuni della plebe.

L'*intercessio* era istituto di rango costituzionale, posto anche a tutela del singolo cittadino, ma azionabile solo da un magistrato o dai tribuni della plebe.

Anche l'editto pubblicato all'inizio dell'anno di carica è espressione dell'*imperium* magistratuale.

Il pretore può assumere decisioni in contrasto con lo *ius civile*, con una legge comiziale, ecc.; egli quindi non è vincolato o subordinato all'ordinamento vigente: secondo un celebre passo di Papiniano, egli lo *adiuvat, supplet e corrigit* ⁽¹⁵⁾.

Nel momento in cui detta la formula è libero, salvo i consueti limiti e controlli previsti per ogni attività magistratuale, tenuto al rispetto del suo editto, insieme di principi e regole espresse in forma di promessa, quindi norma di autoregolamentazione che lui stesso si è liberamente data.

Una rappresentazione efficace del potere del pretore urbano e dei modi con cui lo esercitava nel primo secolo a.C. è offerta dalla descrizione del modo di agire di Verre, pretore nel 74 a.C., fatta da Cicerone nelle Verrine (*Actio* I, 12-14).

Già nel principato Augusteo il potere politico del pretore, come quello di tutti i magistrati repubblicani, è drasticamente ridimensionato: la carriera politica è possibile ora solo all'ombra di Augusto e diventa necessario e per molti spontaneo uniformarsi alla sua volontà, quasi prevenendola.

I governatori delle provincie affidate ad Augusto non sono più eletti, non hanno poteri propri, li ricevono dal principe al momento della nomina.

Questo stato di cose non incide in modo immediato e diretto sulla giurisdizione del pretore e sul processo formulare, ma qualcosa comincia a mutare dall'interno, nell'atteggiamento del magistrato e delle parti.

⁽¹⁵⁾ D. 1.1.7.1 (*PAPINIANUS libro 2 definitionum*) *Ius praetorium est quod pretore introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi ius civilis gratia propter utilitatem publicam.*

Un passo decisivo fu compiuto a seguito della progressiva stabilizzazione dell'editto che finisce col passare pressoché immutato da un pretore all'altro, fino a che Adriano toglie ai magistrati il potere di introdurre modifiche, lasciando loro solo la possibilità di dettare *iudicia* inediti, se verranno sottoposti alla loro attenzione casi nuovi, non previsti dall'editto nell'edizione definitiva. Eventualità sempre più rara perché da tempo era istituzionalizzata l'attività giurisdizionale svolta direttamente dal principe ed a lui, è ovvio, i privati ricorrevano per i casi più delicati e nuovi.

L'editto, quindi, non era più, anche formalmente, una norma datasi liberamente dal pretore e questi percepiva l'insieme dei principi e delle regole in esso poste come norme date da altri a cui egli era tenuto ad adeguarsi, limitandosi ad applicarle.

Se a Roma, ove i grandi giuristi operavano come consulenti del pretore, delle parti e, se del caso, del giudice privato, nelle discussioni processuali si mantenne un alto livello ed il rispetto delle regole processuali tradizionali così che, ancora per qualche decennio, poté sembrare che nulla fosse accaduto, la prassi processuale nelle provincie dovette mutare più rapidamente, anche perché lo stesso governatore che svolgeva le funzioni proprie del pretore nei processi fra cittadini romani, in altre situazioni operava secondo regole più semplici ed informali, aveva maggiore discrezionalità; tali procedure furono progressivamente formalizzate da provvedimenti del principe, spesso sollecitati dagli stessi funzionari.

Inoltre si era diffusa l'*appellatio ad Caesarem*, cioè la possibilità di ricorrere al principe affinché dicesse l'ultima parola dopo la decisione di un suo funzionario, in particolare dei governatori provinciali. Tale istituto, ignoto nella repubblica, derivava, quale conseguenza naturale, dal fatto che il funzionario era legato al principe da un rapporto modellato sul mandato privatistico ed il mandato romano non prevede la rappresentanza: contro l'operato del mandatario è sempre possibile rivolgersi al mandante su cui non ricadono automaticamente gli effetti dell'operato del mandatario. Come si vede è istituto generale, che copre tutti i settori dell'attività dei funzionari imperiali, ma che assume particolare coloritura nell'ambito della giurisdizione.

Nel processo formulare, quando e dove ancora era in uso, la formula, *iudicium*, non era più espressione diretta dell'*imperium* del magistrato annuale, ma semplice applicazione di quanto previsto dall'editto ormai immutabile; le parti la accettavano ancora, così come accettavano il nome del giudice incaricato di pronunciare la sentenza, scelto sempre più spesso dal magistrato, entro albi specificamente regolati, composti da persone sovente ignote alle parti (pensiamo all'attuale indicazione del consulente tecnico d'ufficio). La sentenza quindi finiva per essere percepita più come comando eteronomo che come pronuncia di un arbitro cui le parti affidavano la decisione, impegnandosi -per coerenza- a rispettarla.

Nella prassi e nel sentire delle parti il processo formulare aveva perso quelle caratteristiche che lo avevano reso un modello di funzionalità mai più raggiunto, rimaneva un ampio strumentario di mezzi tecnici raffinati, ormai molto spesso incomprensibili alle parti ed anche ai funzionari imperiali che operavano sul vastissimo territorio dell'impero.

Ora non si chiedeva più al processo di trovare la soluzione migliore per risolvere la controversia perseguendo il raggiungimento di un equilibrio fra gli opposti interessi al fine di ottenere una reale pacificazione: numerosi meccanismi processuali predisposti per il processo formulare erano volti ad indurre le parti alla transazione; questo è il significato del broccardo *omnes iudicia absolutoria sunt*. Ormai i valori riconosciuti nella convivenza sociale e le regole giuridiche sono pervasi dalla volontà del principe e dunque si chiede al processo di attuare questa volontà: lo strumento ideale è senza dubbio rappresentato dalla giurisdizione diretta del principe, in unico grado o in grado di appello; i tribunali locali tendono comunque ad uniformarsi agli indirizzi dati dalla cancelleria imperiale, consapevoli che le loro decisioni sono impugnabili davanti al principe.

La *constitutio Antoniniana* che nel 212 d.C. concesse la cittadinanza romana a tutti i provinciali e la conseguente riforma amministrativa attuata da Diocleziano sul finire del secolo, che eliminò le autonomie locali, le strutture amministrative e i tribunali ancora presenti ed attivi nelle città provinciali, resero evidente che ormai il processo formulare non aveva più ragione di esistere. D'altra parte non avrebbe potuto comunque sopravvivere alla scomparsa dei giuristi.

In tutti i tribunali dell'impero sedevano funzionari imperiali, delegati dell'imperatore, tenuti ad applicare il diritto imperiale; le loro sentenze erano impugnabili, secondo la precisa scala gerarchica che caratterizzava l'organizzazione burocratico-amministrativa dell'impero.

Questa situazione, che a noi pare -tutto sommato- normale, era del tutto estranea alla precedente esperienza giuridica romana, anche se la gradualità aveva reso meno evidenti i mutamenti avvenuti prima nella cultura, nei modi di pensare, nel tessuto socio-politico e solo in fine formalizzati e meglio definiti in norme giuridiche.

10. Conclusioni

Tutto è mutato, dunque, ma un punto è rimasto fermo: l'elemento legittimante delle norme giuridiche, il parametro per valutare se una soluzione è giusta, si trova ancora fuori dal complesso del diritto positivo vigente, così come era all'inizio della storia della città.

Gli imperatori bizantini affermeranno senza remore che il diritto deve uniformarsi alla legge divina; Giustiniano, che pure apre il *Codex* con il titolo *De summa trinitate et de fide catholica et ut nemo de ea publice contendere*

audeat assume una posizione diversa in cui sono ancora presenti le concezioni dei giuristi classici. Il titolo *De legibus et constitutionibus principum et edictis* (CJ.1.14) inizia con la frase, tratta da una legge di Costantino: *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere* (CJ. 1.14.1 a.316) ed i *Digesta* -voluti per salvare il patrimonio costituito dalle opere dei giuristi e renderlo utilizzabile per la formazione dei futuri funzionari imperiali, avvocati, notai, professori di diritto, ecc.- sono aperti dal titolo *De iustitia et iure* (D. 1.1), in cui il posto d'onore è occupato dal passo di Ulpiano, già ricordato e che ora è opportuno leggere per intero:

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.

Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. (Dig.1.1.1 ULPIANUS libro 1 institutionum).

Le fonti del diritto positivo compaiono solo al quarto titolo che porta la rubrica: *De legibus, senatusque consultis et longa consuetudine*. Anche le *Institutiones*, manuale scolastico munito del valore di legge positiva, seguono il medesimo ordine sistematico e sono aperte dalle rubriche: *De iustitia et iure* e *De iure naturali, gentium et civili*.

Desidero in chiusura mettere in evidenza un filo leggero che unisce quei lontani secoli a noi, soffermandomi sul termine *eleganter* scelto da Ulpiano per lodare la definizione di *ius* data da Celso (*ut eleganter Celsus definit*). “Elegante” è un apprezzamento estetico ed etico insieme; il termine, spesso usato dai giuristi, ritorna anche nel linguaggio dei matematici: ancora oggi fra diverse dimostrazioni di un teorema, soluzioni di un problema, è preferita la più “elegante”. La bellezza, la profonda armonia di un’opera d’arte non ha bisogno di essere spiegata o dimostrata e chi ne gode non

deve essere persuaso con argomentazioni; proprio ad un analogo effetto estetico ed etico si può pensare per capire l'accettazione immediata della soluzione "giusta", sia essa di un problema matematico o di un problema giuridico. Come si vede nessun riferimento alla coerenza ad un ordinamento inteso come insieme di norme poste da un legislatore, quanto, piuttosto, ad una sorta di armonia, di misura, presente nell'universo e riconoscibile dalla ragione umana.

NOTIZIARIO

Nell'ambito dell'anno accademico 2008/2009 il Dipartimento di Scienze Giuridiche ha promosso numerose iniziative.

Nel quadro delle attività del Dottorato di ricerca in Comparazione giuridica e storico-giuridica si sono svolti alcuni incontri aperti a tutti i dottorandi. Il giorno 26 febbraio 2009 il Prof. Paolo Zatti (ordinario di Diritto privato nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Padova) ha tenuto la Lezione inaugurale del XXIV ciclo di Dottorato: *"Le dimensioni della persona nella Carta dei diritti UE"*. Il giorno 11 giugno 2009 il Prof. Roberto Scarciglia ha invece parlato di *"Epistemologia e metodologia del diritto comparato"*.

Si sono poi tenuti seminari e incontri organizzati dai diversi curricula afferenti al dottorato. Per il curriculum di Diritto delle obbligazioni e dei contratti, il giorno 13 febbraio 2009 il Prof. Andrea Perrone (Università degli studi di Milano) ha parlato di *"Servizi di investimento e violazione delle regole di comportamento"*. Per il medesimo curriculum, in collaborazione con l'Istituto di applicazione forense, l'Associazione giornate estensi di medicina legale e delle assicurazioni, la Camera civile di Ferrara, il Centro interdipartimentale di ricerca in medicina legale delle assicurazioni, il Prof. Giulio Ponzanelli (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano) ha tenuto un seminario in tema di *"Nuovo statuto del danno alla persona"*, con interventi del Prof. Francesco Maria Avato (Università di Ferrara); del Prof. Guido Casaroli (Università di Ferrara); del Dott. Angelo Cerulo (Giudice del Tribunale di Ferrara); della Prof. Arianna Thiene (Università di Ferrara). Il giorno 7 maggio 2009 il Prof. Dr. Michael Lehmann (Università di Monaco di Baviera) ha tenuto un seminario in tema di *"Vendita internazionale di merci. Questioni applicative della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili"*. Per il curriculum di Comparazione e sistema penale comunitario, il giorno 22 aprile 2009 si è svolto il convegno dedicato a *"I vent'anni del codice di procedura penale"*, che ha visto la partecipazione del Prof. Mario Chiavario (ordinario di Procedura penale nell'Università di Torino); del Prof. Giulio Illuminati (ordinario di Procedura penale nell'Università di Bologna); del Prof. Renzo Orlandi (ordinario di Procedura penale nell'Università di Bologna). Il giorno 7 maggio 2009 si è invece tenuta una conferenza del Prof. Vittorio Grevi (ordinario di Procedura penale nell'Università di Pavia) dal titolo *"Le intercettazioni telefoniche tra passato e futuro"*, con interventi del Dott. Piero Messini D'Agostini (Tribunale di Ravenna) e dell'Avv. Marco Peternella (Camera penale di Rovigo). Infine, il giorno 14 maggio 2009 la Prof. Raphaelae Parizot ha tenuto una conferenza dal titolo *"Principio di offensività e sistema penale francese"*.

Per il curriculum di Diritto amministrativo interno e comparato, il giorno 13 maggio 2009 il Prof. Marco Magri ha tenuto un seminario su *“La tutela dell’interesse legittimo”*.

Nell’ambito delle attività didattiche del Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale sono stati promosse diverse iniziative. Il giorno 16 marzo 2009 si è svolto un seminario su *“Il fine vita e le Costituzione. Il caso Englaro sotto la lente”*, al quale hanno preso parte la Prof.ssa Marta Cartabia (Università di Milano “Bicocca”) e il Prof. Carlo Casonato (Università di Trento). Il giorno 27 marzo 2009 si è invece svolta la dodicesima edizione dell’Amicus Curiae, con il seminario preventivo *“Il lodo ritrovato. Una quaestio ed un referendum sulla legge n. 124 del 2008”*.

Presso la sede rodigina del Dipartimento di Scienze Giuridiche ha operato, per il secondo anno, la Scuola Costituzionale, creata in collaborazione con l’Accademia dei Concordi, l’Associazione polesana “Viva la Costituzione” e la Provincia di Rovigo. Tra i mesi di febbraio e maggio 2009 la Scuola ha offerto lezioni seminariali riservate agli iscritti (*“Lo Stato di diritto”*, Prof. Roberto Bin; *“I diritti di libertà nella Costituzione”*, Prof. Andrea Pugiotto; *“La Corte costituzionale come giudice dei diritti”*, Prof. Paolo Veronesi; *“La magistratura come garante dei diritti”*, Prof. Daniele Negri; *“Il processo come tutela dei diritti”*, Prof. Pasquale Nappi; *“La dimensione transnazionale dei diritti”*, Dott. Cristiana Fioravanti”) e lezioni magistrali pubbliche (*“Il lavoro e i suoi diritti nella Costituzione”*, Prof. Gian Guido Balandi; *“Il diritto all’eguaglianza nella Costituzione”*, Prof. Giuditta Brunelli; *“La famiglia e i suoi diritti nella Costituzione”*, Prof. Andrea Pugiotto; *“Le libertà economiche nella Costituzione”*, Prof. Luigi Costato; *“Carcere e Costituzione: dalla finalità della pena alla sua esecuzione”*, Dott. Stefania Carnevale; *“Multiculturalismo e libertà costituzionali”*, Prof. Baldassare Pastore).

La Cattedra di Diritto internazionale, in collaborazione con il C.O.F.A. di Poggio Renatico e con la Sezione Italiana di Amnesty International ha promosso alcuni incontri nell’ambito del corso in Diritti umani e diritto umanitario dei conflitti armati. Il giorno 18 marzo 2009 il Ten. Col. Francesco Elia (Capo Dipartimento di diritto internazionale umanitario dell’Istituto di Stato Maggiore Interforze presso il centro Alti Studi della Difesa) ha tenuto una lezione su *“Il principio di distinzione nel diritto dei conflitti armati”*. Il giorno 20 aprile il Col. Roberto Scirocco (Capo Ufficio Affari Giuridici C.O.F.A.) ha parlato de *“L’occupazione militare”*; il giorno 21 aprile il Prof. Natalino Ronzitti (ordinario di Diritto internazionale nell’Università Luiss “Guido Carli” di Roma) ha parlato de *“Il ruolo del giudice rispetto alle violazioni del diritto bellico ad opera degli Stati”*; infine, il giorno 22 aprile, si è svolta una tavola rotonda sul tema *“Lo status dei giornalisti nei conflitti armati”*.

La Cattedra di Diritto Processuale penale della Prof. Cristiana Valentini ha organizzato alcuni incontri su *“I principi e la realtà: tappe illustrative di una divergenza (parzialmente) istituzionalizzata”*: il giorno 26 marzo 2009 la Prof. Cristiana Valentini, il Prof. Guido Casaroli e l'Avv. Enrico Zambardi si sono occupati di *“Aspetti pratici degli istituti processuali a tutela della vittima del reato. Istituti di vittimologia”*; il giorno 2 aprile 2009 la Prof. Cristiana Valentini, la Dott. Iolanda Carnevale e l'Avv. Enrico Zambardi hanno trattato de *“Le professioni forensi: avvocatura, magistratura, notariato. Aspetti pratici”*, mentre il giorno 30 aprile 2009 si è svolto un seminario in materia di *“Rapporto tra difesa e pubblica accusa nel corso delle indagini preliminari”*, al quale hanno preso parte la Prof. Cristiana Valentini, il Prof. Andrea Toschi e l'Avv. Enrico Zambardi.

Le Cattedre di Diritto del lavoro e di Storia del diritto italiano hanno promosso il seminario *“Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana”*, svoltosi il giorno 24 ottobre 2008 e presieduto dal Prof. Gian Guido Balandi (Università di Ferrara). Dopo l'introduzione del Prof. Giovanni Cazzetta (Università di Ferrara) si è svolta la relazione introduttiva del Prof. Pietro Costa (Università di Firenze) *“Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana”*, cui sono seguiti diversi interventi programmati (di Vittorio Angiolini, Bruno Caruso, Raffaele De Luca Tamaio, Riccardo Del Punta, Lorenzo Gaeta, Mario Giovanni Garofalo, Luigi Mariucci, Luca Nogler, Paolo Passaniti, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Mario Rusciano, Alessandro Somma, Irene Stolzi, Cristina Vano). Si è svolta poi la Tavola rotonda *“Costituzione e lavoro: le strategie della giuslavoristica”* presieduta dal Prof. Umberto Romagnoli ed alla quale hanno partecipato Maria Vittoria Ballestrero, Roberto Bin, Pietro Ichino, Mario Napoli, Silvana Sciarra.

In collaborazione con l'UDI -Ferrara, il Dipartimento di Scienze Giuridiche ha promosso un seminario su *“La violenza di genere tra retoriche securitarie e questione culturale”*, che ha visto la partecipazione del Dott. Eugenio Arcidiacono (ricercatore del Servizio politiche per la sicurezza e la polizia locale della Regione Emilia Romagna); della Prof.ssa Costanza Bernasconi (docente di Diritto penale presso l'Università di Ferrara); della Prof.ssa Stefania Carnevale (docente di Diritto dell'esecuzione penale presso l'Università di Ferrara); dell'Avv. Stefania Guglielmi (avvocata UDI); della Dott. Rita Mazzanti (consigliera di parità della provincia di Ferrara); della Dott. Elisabetta Pavani (operatrice del Centro donna giustizia di Ferrara); la Prof.ssa Cristiana Fioravanti (docente di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Ferrara) e la Prof.ssa Giuditta Brunelli (docente di Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara).

La Cattedra di Diritto tributario ha promosso diversi incontri. Il giorno 11 novembre 2008 il Dott. Cesare Belluzzi (Scuola europea di Alti Studi tributari, Università di Bologna) ha parlato di *“Imposte di consumo, unificazione nazionale”*. Il giorno 15 dicembre 2008 si è tenuto il seminario *“Bank system and Taxation of Banks in the People’s Republic of China”*, cui sono intervenuti Xing Huiqiang (Central University of Financial and Economics) e Marco Greggi (Università di Ferrara). Nei giorni 15 e 29 aprile 2009 il dott. Cesare Belluzzi si è invece occupato di *“Pactum immunitatis. Un caso di contenzioso tributario nella Napoli del XVII secolo”*.

In collaborazione con Officina, nell’ambito del ciclo di incontri *“Rivoluzione femminista: chimera o realtà possibile?”* il giorno 11 marzo 2009 si è svolto l’incontro *“Le radici teoriche del femminismo. Identità e differenza”*, con Luisa Muraro (fondatrice della Libreria delle Donne di Milano e della Comunità filosofica Diotima).

Il giorno 2 aprile 2009 ha avuto luogo, in collaborazione con ELSA (European Law Students’Association) il convegno *“Testamento biologico e termine della vita”*. Dopo l’introduzione del Prof. Baldassare Pastore (ordinario di Filosofia del diritto, Università di Ferrara) sono intervenuti la Prof.ssa Monica Toraldo di Francia (docente di Bioetica, Università degli Studi di Firenze); il Prof. Francesco Maria Avato (ordinario di Medicina legale, Università di Ferrara); la Prof. Lorenza Carlassare (Emerito di Diritto Costituzionale, Università di Padova); il Prof. Ferrando Mantovani (ordinario di Diritto penale, Università di Firenze); il Prof. Paolo Zatti (ordinario di Diritto privato, Università di Padova); il Dott. Massimo De Mauro Paternò Castello (presidente del Consiglio Notarile di Ferrara). Hanno coordinato i lavori la Prof. Giuditta Brunelli (ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara) e il Prof. Giovanni De Cristofaro (ordinario di Diritto privato, Università di Ferrara).

Il Dipartimento di Scienze giuridiche, in collaborazione con il Dipartimento di Economia Istituzioni Territorio, ha promosso un incontro dal titolo *“Welfare e immigrati: la prospettiva costituzionale”*. Dopo una introduzione del Prof. Andrea Guazzarotti (Università di Ferrara), vi è stata una relazione del Prof. Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa), alla quale sono seguiti alcuni interventi programmati: *“La mediazione culturale”*, della Dott. Chiara Bergonzini (Università di Ferrara); *“Accesso al Welfare e discriminazione”*, della Dott. Francesca Biondi Dal Monte (Università di Ferrara); *“L’edilizia popolare”*, del Dott. Fabio Corvaja (Università di Padova); *“Povertà e ordinanze dei sindaci”*, del Dott. Fulvio Cortese (Università di Trento). Ha concluso, dopo il dibattito, la Prof. Giuditta Brunelli (Università di Ferrara).

Nell'ambito dell'Istituto di applicazione forense, afferente alla Facoltà di Giurisprudenza, in collaborazione con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ferrara, si è svolto il corso di preparazione all'esame di Stato di avvocato, con lezioni e seminari tenuti da docenti del Dipartimento di Scienze Giuridiche, da avvocati del Foro ferrarese e da magistrati del Tribunale di Ferrara.

Anche nell'anno accademico 2008/2009 è stato organizzato il Corso Interdisciplinare Jean Monnet, dedicato all'integrazione europea. Il corso, aperto agli studenti di tutte le facoltà, è stato tenuto dal Dott. Gaetano Donà, già Capo Divisione della Direzione Riunione dei Capi di Gabinetto e dei Gruppi di Commissari al Segretariato Generale della Commissione delle Comunità Europee a Bruxelles.

Per l'anno accademico 2008/2009 ci sono stati ventiquattro studenti ERASMUS in entrata e ventisei in uscita.

Silvia Schiavo

