

FAUSTO GIUNTA

IL CONSENSO INFORMATO ALL'ATTO MEDICO TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E IMPLICAZIONI PENALISTICHE

1. Consenso informato e attività medica: cenni introduttivi. — 2. L'incoercibilità del trattamento medico-chirurgico alla luce dei principi costituzionali. — 3. I caratteri del consenso. — 4. Il dibattito sull'adeguatezza dell'informazione. — 5. Modalità e delegabilità dell'informazione. — 6. Capacità del paziente e validità del consenso. — 7. Il trattamento medico del minore. — 8. L'irrelevanza penale dell'atto medico c.d. migliorativo. — 9. Il trattamento terapeutico arbitrario con esito avverso tra tipicità oggettiva e giudizio di anti giuridicità. — 10. La carenza di un valido consenso e la sua evitabilità da parte del medico. Implicazioni sul titolo di responsabilità? — 11. L'intervento medico arbitrario sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

1. - Non diversamente da quanto accade da tempo all'estero e segnatamente negli U.S.A., anche da noi è divenuta affermazione ricorrente — fino ad essere accolta dal codice di deontologia medica, già nella versione del 1995 ⁽¹⁾ — che la legittimità del trattamento medico dipende dal «consenso informato» del paziente. L'innovazione — sia chiaro — non è puramente terminologica. In effetti, l'accostamento dell'aggettivo «informato» al concetto di consenso sottende una nuova concezione del rapporto tra medico e paziente, che ambisce a superare la visione puramente filantropica, se non addirittura paternalistica ⁽²⁾, del medico, quale soggetto gravato dal dovere di curare, ma fornito per contro di un potere incondizionato circa la scelta terapeutica e le sue modalità di attuazione, sindacabili, da tale angolazione, solo sotto il profilo della conformità ai dettami della scienza.

⁽¹⁾ Il riferimento è in particolare all'art. 31; per un commento, cfr. *Codice di deontologia medica*, a cura di V. FINESCHI, 2 ed., Milano, 1996, p. 189 s.

⁽²⁾ Per questa definizione, peraltro assai ricorrente, della tradizionale visione del rapporto tra medico e paziente, v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, p. 95.

Del resto, l'insegnamento ippocratico incarna chiaramente quest'ultima concezione dei rapporti tra medico e paziente ⁽³⁾: il primo deve esercitare la sua arte con animo altruistico, non solo perseguendo, ma ad un tempo interpretando secondo coscienza il bene del paziente e il suo migliore interesse; il secondo beneficia dell'attività medica, subendola e assecondando il medico che si prende cura di lui ⁽⁴⁾. Da qui, il termine paziente. L'etimo latino *patiens* — come noto, participio presente del verbo *patior* — ne spiega l'uso linguistico: paziente non è soltanto colui che sopporta la sofferenza, ma anche chi subisce passivamente l'altrui azione. Non è un caso, dunque, che, cedendo alla moda dei simbolismi, il nuovo codice deontologico del 1998 utilizzi il termine «paziente» con assoluta parsimonia, anche se è velleitario sperare che la sua sostituzione con altri sostantivi più o meno appropriati (per lo più, si parla di cittadino) possa incidere di per sé sulle ragioni culturali, sociali e linguistiche che ne hanno favorito e ne giustificano tuttora l'uso generalizzato.

Porre il consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente equivale, dunque, a rovesciare quella, che, per ragioni di comodo, si può etichettare come la concezione «tradizionale» dell'attività medica. Nella nuova prospettiva, infatti, i doveri del medico vengono subordinati ai diritti del malato e *in primis* alla sua libertà di autodeterminazione terapeutica ⁽⁵⁾, quale aspetto del diritto di ciascuno a disporre dei suoi beni personali e finanche della sua stessa vita. Il consenso informato mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non tanto, o non soltanto, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irriducibile e non più come una gentile concessione. Si comprende allora che, mentre la subordinazione dell'attività terapeutica alla semplice approvazione del soggetto assistito mirava a garantire unicamente contro il pericolo, per il vero estremo e poco realistico, di terapie coattivamente imposte dal medico, il requisito del consenso informato intende scongiurare altresì che, sospinto dalla necessità di una cura, il paziente accetti il trattamento medico in assenza di una chiara e

(3) Sui diversi modelli del rapporto tra medico e paziente, v. A. SANTOSUOSSO, in *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, a cura di A. Santosuosso, Milano, 1996, p. 217 s.

(4) In argomento v. B. FANTINI, *La medicina scientifica e le trasformazioni nelle teorie e nelle pratiche della medicina occidentale*, in *In principio era la cura*, a cura di P. Donghi e L. Petra, Bari, 1995, p. 48 s.

(5) In tal senso, v. il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, Roma, 1992, che può leggersi anche in *Riv. it. med. leg.*, 1993, v. in particolare p. 193. In argomento v. anche: B. MAGLIONA, *Il consenso informato: da enunciazione di principio a criterio che legittima l'attività medico-chirurgica*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 775.

consapevole rappresentazione del rapporto tra i possibili costi e gli sperati benefici della terapia.

Questa evoluzione — va da sé — ha un rilievo preminente sul piano culturale e deontologico. Il diritto, però, non può restare estraneo alla trasformazione del rapporto tra medico e paziente. Per via della sua cogenza, infatti, è alla **norma** giuridica che si chiede di consolidare e rendere effettiva questa evoluzione, anche attraverso l'allestimento di sanzioni per i comportamenti inossevanti del nuovo principio.

2. — Com'è noto, in Italia manca una disciplina organica del consenso informato. Quest'ultimo concetto, infatti, compare in talune fonti, di rango anche regolamentare, che pongono l'obbligo del consenso informato per specifiche attività sanitarie, tra le quali possono ricordarsi la sperimentazione clinica dei medicinali ⁽⁶⁾ e il trattamento degli emoderivati ⁽⁷⁾.

Nondimeno, nella nostra letteratura giuridica e nella stessa recente giurisprudenza ⁽⁸⁾, l'idea che il consenso al trattamento medico debba essere «informato» non ha faticato a radicarsi, anche per la ragione che essa si attaglia perfettamente al principio personalistico che ispira il nostro ordinamento e risulta, tra l'altro, dagli artt. 13 e 32, comma 2, Cost ⁽⁹⁾. Infatti, se la

⁽⁶⁾ Limitatamente ai provvedimenti degli ultimi anni, v.: d.m. 15 luglio 1997, Recepimento delle linee guida dell'Unione europea di buona pratica clinica per la esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali; d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria; d.l. 16 giugno 1998, n. 186, Disposizioni urgenti per l'erogazione gratuita di medicinali antitumorali in corso di sperimentazione clinica, in attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 26 maggio 1998. L'espressione «consenso informato» ricorre anche nel d.m. 6 novembre 1998, sulla composizione e determinazione delle funzioni del Comitato etico nazionale per le sperimentazioni cliniche dei medicinali.

⁽⁷⁾ Cfr. d.m. 15 gennaio 1991, che dà attuazione all'art. 3 l. 4 maggio 1990, n. 107. In argomento, v.: L. P. COMOGLIO, Consenso informato e profili di responsabilità nelle donazioni di sangue, in *Foro it.*, 1992, V, c. 368 s.; G. SANTACROCE, Trasfusione di sangue, somministrazione di emoderivati e consenso informato del paziente, in *Giust. pen.*, 1997, II, c. 114 s.

⁽⁸⁾ Cfr., per tutti, i contributi raccolti nel volume collettaneo *Il consenso informato*, cit. Nella giurisprudenza di legittimità, v. soprattutto Cass. pen., sez. V, 13 maggio 1992, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 63, con nota di G. MELILLO, Condotta medica arbitraria e responsabilità penale, *ivi*, p. 65 s. In quella di merito, v.: Pret. Lecce, 4 febbraio 1998, Pisanello, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1998, p. 437; Corte App. Firenze, 11 luglio 1995, Gervino, in *Foro it.*, 1996, II, c. 188; Corte Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, Massimo, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 163, con nota di G. IADECOLA, In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente, *ivi*, c. 163 s. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza, cfr. anche M. POLVANI, Indicazioni giurisprudenziali e considerazioni critiche sul consenso all'attività medica, in *Foro it.*, 1996, II, c. 190 s.

⁽⁹⁾ V. fondamentalmente F. MANTOVANI, I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero, Padova, 1974, p. 37 s.

prima norma stabilisce il primato della libertà personale, come libertà da costrizioni, la seconda dispone più specificamente che il trattamento medico può essere imposto, in via di eccezione, solo quando risulta necessario per tutelare la collettività dalla pericolosità della malattia e sempre che, in tali e tassativi casi, esso sia previsto dalla legge. Ebbene, secondo una lettura del combinato disposto delle due norme costituzionali, autorevolmente prospettata⁽¹⁰⁾ e oggi largamente condivisa⁽¹¹⁾, ne discende che la libertà di autodeterminazione terapeutica assurge a livello di valore implicitamente costituzionalizzato.

Quanto all'ampiezza del principio dell'incoercibilità del trattamento medico, per l'opinione prevalente esso è tale da comprendere il diritto di rifiutare le cure, anche quando tale scelta porta alla morte⁽¹²⁾. Così, per fare qualche esempio — in linea con l'art. 31, comma 4, del codice di deontologia medica, che impone al medico di desistere dalla terapia di fronte d'esplicito rifiuto del paziente capace di intendere e di volere — si ritiene vincolante la volontà del Testimone di Geova che si oppone all'emotrasfusione, anche quando essa è l'unica terapia in grado di impedirne la morte⁽¹³⁾. Semmai, va segnalato che questa conclusione è stata autorevolmente contestata, in relazione all'ipotesi specifica in cui il Testimone di Geova bisognoso di un'emotrasfusione giunga in ospedale in condizioni di incoscienza; in tal caso, al fine di giustificare la doverosità dell'intervento terapeutico, si è proposto di ricorrere allo schema del consenso presunto⁽¹⁴⁾, anche quando la contrarietà del paziente all'emotrasfusione possa ricavarsi da un'apposita e inequivoca manifestazione di volontà, precedentemente espressa. È fin troppo chiaro, però, che una siffatta conclusione non rimette in discussione il principio del diritto di morire. Ciò che si contesta, infatti, è solamente la validità delle dichiarazioni inattuali, aventi ad oggetto atti dispositivi di beni

⁽¹⁰⁾ Cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 77 s. e p. 92 s.

⁽¹¹⁾ Tra i tanti, di recente, v. ad esempio T. MASSA, *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Questionegiust.*, 1997, p. 412.

⁽¹²⁾ Cfr. ancora F. MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*; Id., *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 427. V. anche: F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1018; R. ROMBOLI, *op. cit.*, p. 34; A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, 1992 p. 1284; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 693 s.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, *ivi*, 1997, p. 90 s.

⁽¹³⁾ V.: D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*, Napoli, 1983, p. 39; M. PARODI GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2660; S. SEMINARA, *op. cit.*, p. 699. Così anche: *Pret. Roma*, 3 aprile 1977, *De Vivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 950, con nota di G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente*. (In tema di omessa trasfusione del sangue «salvavita» rifiutata dal malato), *ivi*, p. 953 s.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti*, *cit.*, p. 234.

fondamentali della persona; anche se a quest'ultimo proposito va osservato che, per l'opinione oggi prevalente e comunque preferibile, il medico è tenuto a uniformarsi alla dichiarazione inattuale. In effetti, mentre la presunzione di consenso all'emotrasfusione appare in questi casi una *fictio* (15), non vi sono ragioni per non tenere conto di una volontà espressamente manifestata in condizioni di piena coscienza e peraltro coerente con il credo religioso praticato e profondamente vissuto. Del resto, va pure considerato che, in settori pur sempre riconducibili all'attività medica, la legislazione recente si è evoluta nel senso di dare rilevanza alla volontà espressa a futura memoria, come nel caso della nuova normativa sui trapianti da cadavere (art. 4 l. 1° aprile 1999, n. 91), che consente al cittadino di dichiararsi consenziente o di opporsi al prelievo dei propri organi, con la conseguenza, in quest'ultimo caso, che la volontà manifestata in precedenza prevale sulla presunzione di consenso introdotta dalla legge (16). A ben vedere, dunque, anche in relazione agli atti di disposizione del proprio corpo non vi sono valide ragioni per intendere il concetto di attualità della volontà in senso meramente e necessariamente cronologico, ovvero come sinonimo di contestualità, salvo che, così opinando, non si intenda contenere aprioristicamente l'ambito operativo del consenso informato. Tanto precisato, l'attualità del consenso va affermata piuttosto in senso logico: attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione.

E ancora: ad avviso della dottrina recente, un analogo dovere di astensione grava sul medico nell'ipotesi del c.d. sciopero della fame del detenuto, anche quando la protesta rischia di sfociare in un tragico epilogo (17). Qui, la

(15) Così S. DEL CORSO, *Sul* consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica, in Riv. it. dir. proc. pen., 1987, p. 539.

(16) Sulla nuova regolamentazione dei trapianti da cadavere, v. D. MICHELETTI, in Dir. pen. proc., 1999, p. 545 s.

(17) Per il riconoscimento dell'incoercibilità del vivere e l'illegittimità dell'alimentazione coattiva dei detenuti, v.: Trib. Padova, 2 dicembre 1982, Cerica, in Foro it., 1983, II, c. 238, con nota adesiva di G. FIANDACA, Sullo sciopero della fame nelle carceri, ivi., c. 235 s. Nello stesso senso, in dottrina v.: F. BUZZI, L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti, in Riv. it. med. leg., 1982, p. 284 s.; E. FASSONE, Sciopero della fame, *autodeterminazione* e libertà personale, in *Questione giust.*, 1982, p. 342 s.; V. ONIDA, Dignità della persona e diritto di essere malato, ivi, 1982, p. 364 s.; D. PULITANO', Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva, ivi, p. 370 s. Un profilo diverso, e di natura squisitamente processuale, è quello relativo all'eventualità che lo sciopero della fame diventi uno strumento ricattatorio nelle mani del detenuto, finalizzato ad ottenere il rinvio dell'esecuzione ex art. 147, comma 2, c.p. o la concessione degli arresti dorniciliari; sul punto, v. Cass. pen., sez. I, 22 gennaio 1988, Sotgia, in Cass. pen., 1988, p. 1024, che esclude, in tale ipotesi, l'automatica concessione sia del rinvio dell'esecuzione, sia degli arresti dorniciliari.

questione dibattuta è se l'amministrazione penitenziaria abbia l'obbligo di impedire l'evento ai sensi degli artt. 41 ord. pen. e 77 reg. ⁽¹⁸⁾ In ogni caso, anche ad ammettere un siffatto dovere, v'è da ritenere che esso non prevalga sull'incoercibilità del vivere e sul diritto di lasciarsi morire, di cui il detenuto è titolare al pari di qualunque soggetto libero; a tacer d'altro, infatti, va tenuto presente l'acquisito rango costituzionale del diritto di rifiutare le cure.

Infine, il diritto di lasciarsi morire, liberamente esercitato dal malato terminale in condizioni di coscienza, fa sì che cessi in capo al medico il dovere di curare, con la conseguenza che la sua astensione dallo svolgimento dell'attività terapeutica risulterà non solo lecita, ma addirittura doverosa ⁽¹⁹⁾, in quanto rispettosa dell'autodeterminazione del paziente ⁽²⁰⁾. Per questa via, non diversamente da quanto sostenuto nella letteratura tedesca ⁽²¹⁾, una parte della nostra dottrina equipara sul piano della comune liceità tanto il caso in cui il medico attui l'espressa volontà del paziente desistendo dal proseguire l'attività terapeutica (si pensi all'interruzione di una cura farmacologica), quanto il caso in cui, sempre per rispettare l'intendimento del soggetto assistito, il medico compia un'attività positiva sotto il profilo naturalistico, come quella di disattivare la macchina che tiene in vita il paziente ⁽²²⁾. Anche in questa ipotesi, dunque, vale il brocardo *voluntas aegroti suprema lex*.

3. - Come il soggetto bisognoso di cure può rifiutare il trattamento medico, così può acconsentirvi: in tale ultimo caso, il consenso informato, validamente espresso dal paziente, costituisce una fondamentale condizione di legittimità dell'atto medico, dalla quale di regola non potrà prescindersi.

Proprio in quanto espressione di autodeterminazione terapeutica, è chiaro che il consenso all'atto medico deve essere personale; di conseguenza esso non può provenire da terzi o dagli stessi familiari ⁽²³⁾, i quali tuttavia, con la loro testimonianza, possono contribuire a chiarire la volontà del paziente che non è *compos sui*. In questa situazione, la dichiarazione dei parenti non assume un valore vicario del consenso personale, ma può acquisire al più una funzione probatoria, se non puramente confermativa,

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 238.

⁽¹⁹⁾ Così F. STELLA, *op. loc. cit.*

⁽²⁰⁾ Cfr. F. MANTOVANI, *Eutanasia, cit.*, p. 427.

⁽²¹⁾ Cfr. per tutti A. ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, p. 82. Per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 93 s.

⁽²²⁾ V. ad esempio F. STELLA, *op. cit.*, p. 1017.

⁽²³⁾ Sul punto vi è larghissima convergenza di opinioni; tra gli altri, v.: M. POLVANI, *Il consenso informato all'atto medico: profili di rilevanza penale*, in *Giust. pen.*, 1993, II, c. 736; T. MASSA, *op. cit.*, p. 418. Da ultimo, v. A. ABBAGNANO TRIONE, *Considerazioni sul consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 322.

della volontà del paziente precedentemente espressa. Nondimeno, anche così impostata, la questione rimane assai delicata. Ci si chiede infatti se, per ricostruire in modo accurato e attendibile il consenso del paziente attraverso le dichiarazioni dei familiari, il medico debba farsi in qualche modo giudice⁽²⁴⁾, assumendosi un compito non solo impegnativo, ma anche estraneo alla sua formazione professionale. Ora, è fuor di dubbio che il medico abbia il dovere di ascoltare quanto di utile possono riferire i familiari del paziente in relazione alla volontà di quest'ultimo. Pare francamente eccessivo, però, che il medico debba aprire una sorta di istruttoria, facendosi promotore di una ricerca intesa a ricostruire l'intendimento del paziente. Oltre tutto, lo svolgimento di un siffatto compito investigativo da parte di improvvisati *detectives* in camice bianco può ostacolare un sollecito intervento terapeutico e risultare finanche disfunzionale per l'organizzazione complessiva della struttura sanitaria. Tanto considerato, per impostare correttamente la questione, va tenuto presente che nei confronti del soggetto incapace la liceità dell'attività medica può ricondursi al più ampio dovere di solidarietà sociale espresso nell'art. 2 Cost. e alla posizione di garante che, specie nelle strutture pubbliche, il medico assume in relazione alla salute del soggetto assistito. Ne consegue che, in questa prospettiva, la volontà del paziente è un elemento di cui il medico deve tener conto solo quando la si possa facilmente appurare in modo non equivoco, ovvero allorché essa emerga da elementi sufficientemente certi e concordanti. In caso contrario, il medico non ha l'obbligo di svolgere attività istruttorie, addossandosi il compito di stabilire quando gli elementi probatori raccolti sono genuini e sufficienti a provare la volontà del paziente. Egli piuttosto deve intervenire, adempiendo al dovere di solidarietà di cui è gravato, con la conseguenza che, per affermare la legittimità del suo operato, non è necessario ricorrere alla formula, peraltro non unanimemente condivisa, del consenso presunto: a livello di legge ordinaria, infatti, la liceità dell'atto medico discende direttamente dalle norme che impongono la posizione di garanzia e il dovere scriminante. Va tenuto presente, però, che il dovere di solidarietà legittima l'intervento medico su persona incapace, unicamente nell'implicita premessa che il trattamento terapeutico costituisca un vantaggio per il paziente. Si comprende pertanto che l'obbligo di intervento terapeutico lascia il campo all'opposto dovere di astensione nell'ipotesi in cui si possa ragionevolmente attendere il ritorno di coscienza del paziente: ovvero allorché l'inizio della terapia risulti rinviabile senza pregiudizio per il bene della salute. Ma è questa un'eventualità che non si verificherà di frequente, dato che il differimento dell'intervento comporta di regola un aumento del rischio per la salute del soggetto bisognoso di cure.

(24) Risponde affermativamente M. POLVANI, *op. ult. cit.*, c. 736.

Quando il paziente è in grado di esprimere la propria volontà, va da sé che, per potere legittimare il trattamento terapeutico, il consenso deve essere manifestato in modo espresso, con riferimento ad atti medici specifici e determinati; non può trattarsi cioè di un consenso generico avente ad oggetto non meglio definite necessità terapeutiche, né il consenso può ritenersi implicito nell'accettazione della cura da parte del paziente. La questione, però, merita attenzione, poiché sempre più spesso l'attività medica è svolta in *équipe* o comunque attraverso un riparto di competenze, che avviene in base sia alle necessità della terapia, sia alle diverse specialità dei medici che vi prendono parte. Tanto considerato, è da ritenersi che il dovere di informazione scatta in relazione a ciascun fattore di rischio insito in ogni singola fase della terapia ⁽²⁵⁾, con la conseguenza che, se le diverse fasi del trattamento sono svolte da medici diversi, il dovere di informazione graverà in capo a ciascuno di essi in relazione alla parte di propria competenza e il consenso del paziente dovrà riguardare espressamente ciascuna fase della terapia. Così, nel caso di intervento chirurgico, l'obbligo di informazione compete sia al chirurgo, sia all'anestesista; e il paziente dovrà esprimere il proprio consenso tenendo conto dei fattori di rischio insiti nell'anestesia e nell'intervento chirurgico in sé. Da questo tipo di attività terapeutica — che si può definire complessa, in quanto coinvolge fasi diverse con altrettanti fattori di rischio — devono distinguersi invece i trattamenti terapeutici ciclici, ovvero quelle terapie che richiedono la ripetizione in un dato arco temporale di attività mediche analoghe, aventi i medesimi fattori di rischio, come nel caso della chemioterapia. Ebbene, in relazione allo svolgimento di tali attività mediche, una volta espresso sulla base di un'informazione completa e relativa allo svolgimento dell'intera terapia, il consenso iniziale non deve essere di volta in volta rinnovato, anche ove il medico, che esegue una fase della terapia, sia diverso da quello che all'inizio del trattamento ha ricevuto il consenso espresso.

Come noto, per la validità del consenso non è richiesta una forma *ad substantiam*; è sufficiente pertanto che il consenso venga prestato oralmente, purché in modo inequivoco. Quanto alla prassi di far sottoscrivere al paziente un documento da cui risulta l'accettazione dell'atto medico, essa è di per sé apprezzabile. Si tratta per lo più di moduli che, predisposti per specifiche tipologie di atti medici, talvolta vengono controfirmati da un testimone. Va anche detto però che questa prassi, oramai diffusa e generalizzata, si preoccupa più di garantire il medico provando la liceità del suo operato, che di assicurare l'effettività del consenso del paziente al trattamento terapeutico ⁽²⁶⁾. Proprio perché la sottoscrizione di un siffatto modulo costituisce un

⁽²⁵⁾ Così, sostanzialmente, Cass. civ. sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, Scarpetta c. USL n. 12 Ancona, in *Giur. it.*, 1998, p. 37, con nota di F. GACCIA, *ivi*, p. 38 s.

⁽²⁶⁾ In argomento, v. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 894 s.

espedito probatorio a tutela del medico, essa non deve banalizzare né burocratizzare l'informazione del paziente, sostituendo il dialogo con il terapeuta. In breve: la legittima ricerca di una garanzia per il medico non deve vanificare gli inalienabili diritti del malato,

Il consenso, infine, è sempre revocabile. Anche questo insegnamento, però, richiede qualche precisazione, dato che, se non vi è dubbio che la revoca del consenso sia sempre vincolante quando interviene prima che abbia inizio la terapia, più problematica appare la validità della revoca che sopraggiunge durante lo svolgimento dell'attività medica. In quest'ultimo caso, infatti, può accadere che la revoca del consenso, magari dettata dalle sensazioni di dolore procurate dalla terapia, non corrisponda all'intima volontà del paziente e soprattutto determini una situazione di rischio per la salute del paziente, addirittura maggiore di quella in cui questi versava prima che avesse inizio l'attività medica. Si pensi all'odontoiatra che ha effettuato un'incisione per asportare un molare: nel caso in cui il soggetto assistito revochi in modo categorico il consenso precedentemente prestato, forse che il medico ha il dovere di lasciare il paziente sanguinante e magari soggetto al rischio di una grave emorragia? Ora, per una corretta impostazione della questione, non sembra che si possa addossare al medico il compito di accertare la genuinità della revoca del consenso; tanto più che, nello svolgimento dell'attività terapeutica, il medico ha altro di cui occuparsi, con la conseguenza che non sarebbe davvero esigibile l'osservanza di un dovere così difficile da adempiere, specie nel frangente in cui si compie l'atto medico. È da ritenersi pertanto che vi siano casi in cui la revoca del consenso non rende per ciò stesso illecito il prosieguo dell'atto medico, trattandosi di situazioni nelle quali, mentre il consenso al trattamento terapeutico è libero e informato, il dissenso sopraggiunto è fortemente condizionato. Ma — a ben vedere — le ipotesi cui si fa adesso riferimento sono poco frequenti, in quanto si suppone che la revoca del consenso intervenga durante uno stato di sofferenza, non contenibile attraverso un uso degli antidolorifici conforme alle *leges artis*, e che il paziente, informato in precedenza del tipo di sofferenza insito nella terapia, l'abbia accettata ugualmente.

4. — Ma in cosa consiste il consenso informato? L'interrogativo — va da sé — impone di chiarire quali devono essere l'oggetto e le condizioni di validità del consenso al trattamento terapeutico.

Ora, per quanto concerne l'oggetto del consenso, va detto subito che esso costituisce il profilo del rapporto tra medico e paziente, che è stato più profondamente innovato dall'odierno insegnamento, secondo cui il tradizionale requisito del «consenso» può legittimare l'atto medico solo in quanto venga prestato da un paziente «informato». Come si è avuto modo di anticipare, infatti, fino a non molto tempo fa si riteneva che per la validità del consenso fosse sufficiente esclusivamente la consapevolezza del paziente di subire l'attività del medico, come attività genericamente caratterizzata da

finalità terapeutiche. Attualmente, l'orientamento prevalente ritiene invece che un'adeguata informazione del paziente funga da presupposto necessario di un valido consenso ⁽²⁷⁾ e che il consenso informato sia richiesto in linea di principio per qualunque atto medico.

Ma quand'è che l'informazione si può dire adeguata? In altri termini: quali e quante informazioni devono essere fornite dal medico al paziente? Com'è intuitivo, la questione è assai delicata e controversa. Si comprende, pertanto, che, in assenza di indicazioni legislative espresse, diverse sono le strade percorse allo scopo di individuare l'ambito di doverosità dell'informazione. E non sono mancati neanche tentativi di risolvere il problema analizzando il rapporto tra medico e paziente sotto il profilo privatistico: mutuando cioè dal diritto civile possibili schemi di valutazione del *quantum* di informazione doverosa.

Più precisamente, muovendo dal rilievo che tra medico e paziente intercorre un contratto d'opera professionale, si è osservato, ad esempio, che sul medico grava il «dovere di informare la controparte delle circostanze rilevanti dell'affare», quale «tipica espressione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella trattativa pre-contrattuale» ⁽²⁸⁾. Per altro verso, il dovere di informazione è stato ricondotto alla funzione di tutela, che è propria del principio del *neminem laedere*. Si è ritenuto cioè che il dovere di informazione del medico svolga una «funzione conservativa, anziché attuativa dell'identità personale concretamente rilevante»; e si è concluso che l'interesse protetto dal dovere di informazione è costituito dall'interesse alla salute del soggetto, in sé considerata ⁽²⁹⁾.

Senonché, questa impostazione del problema non risulta appagante, stante l'evidente inadeguatezza dell'approccio civilistico a modellare i contorni e l'ampiezza di un dovere — quello di informare il paziente sulle caratteristiche e i coefficienti di rischio dell'atto medico — la cui funzione si coglie soprattutto sul versante dei rapporti di diritto pubblico, nel cui ambito si iscrive la tutela dei beni fondamentali della persona. Non a caso, infatti, muovendo da una visione meramente negoziale dei rapporti tra medico e paziente, si giunge a impostare il fondamento del dovere di informazione in termini oggettivi, prescindendo cioè dal considerare il bisogno di informazione del singolo paziente; un profilo, quest'ultimo, che perde gran parte della sua rilevanza nel contesto di una visione negoziale dei rapporti tra medico e paziente. Senza contare poi che, assumendo come

⁽²⁷⁾ Cfr. per tutti M. POLVANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁸⁾ Così T. MASSA, *op. cit.*, p. 412. *Analogamente*, v. P. LONGO, *Responsabilità medica e consenso informato in Germania e in Italia*, in *Dir. econom. assicur.*, 1997, p. 261.

⁽²⁹⁾ Cfr. S. VICIANI, *L'autodeterminazione «informata» del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 283.

obiettivo finale del dovere di informazione la tutela della salute in sé, anziché la libertà di autodeterminazione terapeutica, si perviene a conclusioni addirittura in contrasto con lo spirito dei principi costituzionali in materia. Il riferimento è alla ritenuta discrezionalità del medico in relazione al *quantum* di informazione da fornire e alla surrogazione dei parenti del paziente nel ruolo di destinatari dell'informazione medica ⁽³⁰⁾.

Del resto, parimenti inadeguato risulta il criterio, per lo più praticato negli U.S.A., che intende modellare la misura dell'informazione doverosa in base al parametro della prassi medica, correlato a sua volta allo stato delle conoscenze scientifiche (*). Si tratta infatti di un criterio di giudizio ancora sfuggente e incerto. Oltre tutto, così ragionando, si rischia di frustrare la ragion d'essere del consenso informato, dato che il parametro della prassi medica, assumendo come punto di riferimento il modello del medico di media diligenza, si attesterà verosimilmente su livelli ancora bassi e approssimativi di informazione.

A risultati non molto dissimili, infine, conduce la tesi secondo cui l'adeguatezza dell'informazione va riferita a un astratto modello di paziente, ragionevole e dotato di conoscenze medie ⁽³²⁾. È fin troppo evidente che un siffatto criterio, standardizzando l'aspettativa di informazione, mortifica l'esigenza di un'informazione personalizzata e con essa il diritto di ciascun paziente ad essere adeguatamente edotto: non può trascurarsi infatti che i pazienti presentano caratteristiche talvolta assai diverse tra loro sia sotto il profilo culturale, sia per quel che concerne il modo di affrontare la malattia.

Sulla scorta di quanto si è osservato, va preso atto dunque che, se non si vogliono banalizzare il significato e le funzioni del consenso informato, non resta che ritagliare il dovere di informazione in base al parametro relativo del bisogno di conoscenza espresso dal paziente concreto, in vista della sua libera decisione di sottoporsi al trattamento medico. Il *quantum* di informazione doverosa va individuato cioè attraverso un criterio finalistico, che esalta la funzione strumentale dell'informazione rispetto alla consapevole autodeterminazione terapeutica. In questa prospettiva, il medico sarà tenuto a fornire quel complesso di informazioni adeguate al livello culturale del paziente e necessarie affinché questi possa comprendere la situazione clinica e decidere consapevolmente, tenendo conto delle probabilità di successo della terapia, dei suoi coefficienti di rischio (tanto di quelli insiti nel trattamento medico, quanto di quelli che attengono alle possibili complicanze), delle terapie alternative, dell'invasività dell'intervento prospettato, del livello presumibile

⁽³⁰⁾ In tal senso, v. S. VICIANI, *op. cit.*, p. 283 e p. 305.

⁽³¹⁾ Cfr. in argomento A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 7.

⁽³²⁾ Per questa soluzione, v.: S. VICIANI, *op. cit.*, p. 307; T. MASSA, *op. cit.*, p. 417. Sul punto, in senso critico, cfr. U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, p. 455; e di recente A. SANTOSUOSSO, *op. loc. cit.*

di sofferenza e via dicendo ⁽³³⁾. Di conseguenza, l'impegno che il medico dovrà profondere nell'informazione sarà diverso a seconda che il paziente sia un suo collega, specialista nel tipo di terapia cui verrà sottoposto, o un soggetto dotato di modeste conoscenze mediche e caratterizzato da una forte emotività. In ogni caso, il medico svolgerà egregiamente il proprio compito informativo restando altresì a disposizione del paziente per eventuali chiarimenti, che questi vorrà richiedere.

Senonché, affermare che il compito informativo del medico è subordinato alle esigenze conoscitive di ogni singolo paziente non equivale a imporre al medico un obbligo di informazione illimitato, il cui adempimento risulti finanche vessatorio o sproporzionato rispetto ai coefficienti di rischio insiti nel trattamento terapeutico. La necessità di introdurre dei limiti al dovere di informazione che grava sul medico discende dalla consapevolezza che un'informazione assolutamente completa ed esaustiva non è nemmeno possibile, dato che essa presupporrebbe cognizioni tecniche che si acquisiscono in anni di studio e di esperienza professionale. Pertanto, affinché l'informazione possa dirsi completa è sufficiente che il paziente sia stato messo al corrente di quegli elementi del quadro clinico necessari o anche solo utili per una sua scelta ragionevole; il medico non ha l'obbligo, invece, di assecondare richieste di spiegazione su dati meramente tecnici che, attenendo esclusivamente alle modalità esecutive della terapia, non presentano alcuna incidenza sui fattori di rischio e di successo del trattamento medico.

Per l'altro verso, non dovrebbe revocarsi in dubbio che, sebbene il consenso informato sia necessario per qualunque attività medica, lo standard di informazione necessaria possa variare a seconda dell'incidenza del singolo atto medico sulla salute del paziente. Diversamente opinando, infatti, si rischia di burocratizzare inutilmente anche la semplice somministrazione di un analgesico per il mal di testa ⁽³⁴⁾. Sulla scorta di queste considerazioni, è da ritenersi dunque che la completezza dell'informazione debba crescere in proporzione all'importanza dei beni coinvolti e dei coefficienti di rischio dell'atto medico; ragion per cui la sussistenza del consenso informato non potrà che essere apprezzata bilanciando il diritto all'informazione del paziente sia con l'incidenza del trattamento terapeutico sui beni della persona, sia con i coefficienti di rischio insiti nello specifico trattamento terapeutico.

5. - È fin troppo evidente che, quale presupposto di un valido consenso all'atto medico, l'informazione del paziente, oltre che adeguata, deve essere

⁽³³⁾ Per non dissimili rilievi, v. M. POLVANI, *op. ult. cit.*, c. 735 s.

⁽³⁴⁾ Diversamente, afferma che si devono «comunicare al paziente anche gli effetti positivi e negativi dell'Aspirina o del Lasonil», V. FRESIA, *Luci e ombre del consenso informato*, in *Riv. it. med. Leg.* 1994, p. 903.

veritiera in relazione sia alla diagnosi, sia alla prognosi, che vanno prospettate al soggetto assistito con realismo e tenendo conto — là dove possibile — dei dati statistici di cui dispone la scienza medica circa le possibilità di riuscita della terapia. Naturalmente, ciò non significa che il medico sia obbligato a un atteggiamento di brutale franchezza, tale da sconvolgere o addirittura scoraggiare il paziente. Pur senza alterare la rappresentazione del quadro clinico e delle sue possibili evoluzioni, nel fornire l'informazione doverosa il medico è tenuto al rispetto di determinate modalità, idonee ad assicurare una decisione del paziente serena e, conseguentemente, una valida formazione del suo consenso alla terapia. In particolare, viene qui in rilievo il momento in cui fornire l'informazione e acquisire il consenso. Va da sé, infatti, che l'importanza dell'informazione e il valore del consenso risultano grandemente scemati se intervengono in un frangente in cui il paziente versa in una condizione di notevole sofferenza. Ne consegue che, ove il sopraggiungere di uno stadio acuto di dolori sia prevedibile, il medico ha il dovere di anticipare l'attività di informazione e la stessa richiesta del consenso, di modo che il paziente possa effettuare le sue valutazioni come meglio è possibile. Così — e per fare un esempio — una prassi in via di affermazione suggerisce di evitare che l'informazione delle partorienti, in relazione ad esempio alla necessità del parto cesareo, avvenga durante lo stress del travaglio; in effetti, in molti casi, potendosi prevedere la data del parto con sufficiente approssimazione, il medico è in grado di informare la donna qualche giorno o anche qualche settimana prima del parto, salvo a chiederle al sopraggiungere delle doglie la conferma del consenso sulla base dell'informazione già fornita.

Con ciò non si esclude che si possano profilare situazioni in cui l'informazione del paziente risulti addirittura pericolosa per la sua salute. Si faccia il caso di un soggetto cardiopatico e fortemente emotivo, che rischi di essere seriamente danneggiato dallo stress emotivo connesso alla conoscenza del suo quadro clinico. Com'è evidente, in tali ipotesi il dovere di informare entra in conflitto con un altro fondamentale dovere giuridico e deontologico che grava sul medico, qual è quello di non pregiudicare la salute del paziente. Ebbene, per inquadrare correttamente la questione, è necessario distinguere a seconda che l'intervento terapeutico risulti o meno indifferibile. Infatti, solo quando l'atto medico non appaia rinviabile, la mancanza di un'informazione adeguata e l'invalidità del consenso eventualmente prestato dal paziente non determinano l'illegittimità dell'atto medico. Diversamente, ove l'intervento terapeutico sia differibile, il dovere di informazione persiste inalterato, talché la particolare vulnerabilità emotiva del paziente rileverà unicamente sul piano, già considerato, della scelta del momento in cui è più opportuno porgere le informazioni e del tatto necessario con cui il medico deve compiere il proprio dovere informativo.

Altra questione è invece quella che attiene al diritto del paziente di rifiutare l'informazione e di prestare un consenso all'atto medico, per così

dire, in bianco, disgiunto cioè da una rappresentazione delle conseguenze della terapia e dei suoi coefficienti di rischio. È questo, a ben vedere, un autentico limite esterno al dovere di informazione che grava sul medico, sulla cui legittimità non dovrebbero sussistere dubbi. In effetti, se l'informazione del paziente è strumentale alla piena attuazione della sua autodeterminazione terapeutica, è chiaro che essa è oggetto di un diritto disponibile al pari del diritto di curarsi. In breve, se si ammette il diritto di rifiutare le cure ⁽³⁵⁾, deve riconoscersi altresì che il soggetto assistito possa esonerare il terapeuta dal compito informativo, costituendo l'informazione medica un diritto del paziente ⁽³⁶⁾, non un suo dovere.

Un ultimo problema riguarda l'individuazione del soggetto tenuto allo svolgimento del compito informativo. Ora, posto che il consenso ha ad oggetto l'atto medico rappresentato al paziente, è certamente preferibile che l'informazione provenga direttamente dal medico che effettuerà la terapia. Non vi sono ragioni, però, per escludere che quest'ultimo possa anche delegare a terzi il compito di informazione ⁽³⁷⁾. Il punto merita attenzione, poiché il meccanismo della delega rischia di vanificare la finalità dell'informazione medica tutte le volte in cui il soggetto delegato non sia in grado di assolvere alla funzione affidatagli, ovvero nelle ipotesi in cui il delegato si limiti a ripetere verbalmente quanto è scritto in un opuscolo, che si offre in lettura al paziente. Sotto il profilo dei risultati, queste modalità informative non differiscono nella sostanza dal freddo rituale che esaurisce l'informazione medica alle sole e criptiche notizie contenute nel modulo sottoscritto dal paziente. Ne consegue che la delega avrà valore solo allorché il soggetto delegato sia anch'egli un medico dotato di una diretta competenza allo svolgimento della specifica terapia che illustra al paziente, e sempre che, a sua richiesta, il paziente possa conferire direttamente con il medico che effettuerà il trattamento terapeutico. Diversamente opinando, infatti, la delega del compito informativo finisce per creare un'intercapedine tra il paziente e il «suo» medico.

6. - Passando a considerare la validità del consenso sotto il profilo della capacità di chi lo presta ⁽³⁸⁾, va tenuto presente che il soggetto giuridicamente capace di agire, ai sensi del codice civile, può perdere parte delle sue facoltà di discernimento a causa della malattia che lo affligge, ovvero per effetto dei farmaci somministratigli. Ebbene, poiché la validità del consenso dipende

⁽³⁵⁾ Per le indicazioni bibliografiche essenziali, v. *supra* nota n. 12.

⁽³⁶⁾ In tal senso dispone infatti l'art. 30, comma 4, del nuovo codice di deontologia medica: «La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad un altro soggetto l'informazione deve essere rispettata».

⁽³⁷⁾ Così anche T. NASSA, *op. cit.*, p. 416. *Contra*, v. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, 3 ed., Padova, 1998, p. 189.

⁽³⁸⁾ In argomento, di recente, v. per tutti A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 186 s.

solo dalla capacità reale del paziente, è fin troppo evidente che in questa materia non vi è spazio per presunzioni: né per quelle che — muovendo dalla nozione civilistica di capacità di agire, peraltro concepita con riferimento ad atti di natura patrimoniale — portano ad affermare la piena capacità del paziente non interdetto e non inabilitato; né per quelle che procedono dall'assioma che certi stati patologici e determinate situazioni psicologiche comportino necessariamente una diminuzione delle facoltà di discernimento. In effetti, la questione non ammette altra soluzione che quella di una valutazione in concreto, anche se non va sottaciuta la difficoltà che può presentare tale accertamento in situazioni particolari; si pensi ad esempio al delicato campo della geriatria ⁽³⁹⁾. Di conseguenza, finché le capacità residue del paziente gli consentiranno di effettuare una consapevole scelta terapeutica, il medico è tenuto al suo dovere di informazione e al rispetto delle determinazioni del paziente. Per converso, di fronte al soggetto incapace, la doverosità dell'attività medica prescinde dal consenso informato tutte le volte in cui il trattamento risulta ragionevolmente indifferibile ⁽⁴⁰⁾. A ben vedere, infatti, in questa ipotesi la legittimità dell'atto medico va rinvenuta nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, e primo tra tutti nel principio generale stabilito dall'art. 2 Cost. La ragione di ciò è evidente: il paziente che si trova in stato di incoscienza, mentre può essere oggetto di un intervento solidaristico effettuato nel suo migliore interesse terapeutico, non può essere soggetto di una libera determinazione terapeutica. Da altra angolazione: nei confronti del paziente incosciente solo il principio solidaristico, che esalta il profilo altruistico dell'attività medica, presenta una precettività diretta e un'attualità incondizionata; non anche l'istanza personalistica, la cui rilevanza è subordinata all'esistenza di un testamento biologico (*Living will*), ovvero alla predisposizione di una dichiarazione con cui un soggetto, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, dà disposizioni in merito alle terapie che desidera ricevere e a quelle che intende rifiutare, nel caso in cui si venga a trovare in uno stato di incoscienza ⁽⁴¹⁾.

Tanto considerato in termini generali, possono verificarsi situazioni, in cui l'informazione del paziente e l'accertamento del suo consenso informato presentano delle particolarità.

⁽³⁹⁾ Cfr. ampiamente L. DE CAPRIO, R. PRODOMO, P. RICCI, A. DI PALMA, A. BOVE, *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 905 s.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, v. G. DALLA TORRE, *Sperimentazione e consenso. A proposito delle «norme di buona pratica clinica»*, in *Iustitia*, 1992, p. 326.

⁽⁴¹⁾ Sulla tematica del testamento biologico v., tra gli altri: P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 651 s.; M. LAGAZZI, *Il dialogo ambiguo. Riflessioni sull'eutanasia del paziente terminale*, in *Rass. criminol.*, 1986, p. 196; G. PERICO, *Testamento biologico e malati terminali*, in *Aggiornamenti Soc.*, 1992, p. 677 s.; M. BARNI, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 171.

A) Il riferimento è anzitutto al caso in cui il paziente si trovi in condizioni di sofferenza, tali da attenuare o escludere una libera autodeterminazione terapeutica. Ora, in tali situazioni, non sembra che possa farsi a meno di distinguere a seconda del grado di tollerabilità del dolore, dando necessariamente per scontata l'apprezzabilità di un dato soggettivo e variabile qual è quello della soglia oltre la quale la sofferenza diventa intollerabile. In effetti, quando il medico interviene in presenza di dolori insopportabili e la sua terapia è finalizzata alla loro attenuazione, la subordinazione dell'attività medica al consenso informato del paziente può risultare un epilogo addirittura crudele, specie ove ciò comporti il differimento dell'intervento medico per il tempo necessario all'informazione preliminare del soggetto assistito. Non va trascurato poi che, in tali frangenti, l'adempimento del dovere di informazione da parte del medico rischia di risolversi nell'inflizione al paziente di un patimento anche inutile, stante le diminuite capacità di discernimento del soggetto che è in preda a forti dolori. Ebbene, per evitare conclusioni paradossali, va tenuto presente che, come si è visto, l'informazione è un diritto disponibile, cui il paziente può rinunciare, esonerando conseguentemente il medico dall'attività di informazione. In breve: nel caso in esame, per la liceità dell'intervento terapeutico è sufficiente che il paziente acconsenta all'intervento terapeutico; requisito, questo, ricavabile già dal fatto di essersi recato spontaneamente dal medico o a *fortiori* dall'aver richiesto il suo intervento. Diversamente, allorché lo stato di sofferenza possa considerarsi sopportabile, il medico non è esentato dall'obbligo di informazione, anche se rimane un diritto del paziente rinunciarvi.

A ben vedere, i termini della questione non mutano nell'ipotesi in cui l'attività terapeutica, svolta su un paziente in preda a forti dolori, necessiti il compimento di un atto medico improcrastinabile, che comporta delle ricadute negative sul paziente. In particolare, si ipotizzi il caso in cui il medico abbia di fronte a sé due possibilità di intervento che presentano opposti vantaggi e inconvenienti, in quanto la terapia che consente una guarigione più completa è per contro la più rischiosa e magari anche più dolorosa: nel senso che presenta minori probabilità di riuscita, al prezzo di notevoli sofferenze. Ebbene, là dove il paziente non intenda o non sia in grado di effettuare una scelta terapeutica, è sul medico che grava la decisione relativa al tipo di terapia da praticare, quale implicazione della sua più generale posizione di garanzia. E poiché la vita è un valore non solo supremo, ma anche indisponibile *manu alius*, il medico dovrà optare per la terapia più idonea alla conservazione della vita, ancorché mutilante e dolorosa, preferendola a quella più rischiosa per la vita, che — in caso di esito positivo — porta a una guarigione ottimale. Il principio in dubio pro vita, infatti, ha una portata generale, che opera in relazione a tutti i casi in cui il paziente non intenda o non sia in grado di autodeterminarsi liberamente.

B) Un'altra situazione problematica è quella del malato terminale, ovvero del paziente per il quale sono possibili solo palliativi. In questo caso ci si

chiede se è necessario che il medico informi il paziente, rendendolo edotto sulle scarse possibilità di sopravvivenza ⁽⁴²⁾. Ebbene, per un'appropriata impostazione del problema va richiamato ancora una volta il valore strumentale dell'informazione rispetto all'autodeterminazione terapeutica. Ne consegue che, quando il decorso della malattia non ammette speranze di salvezza e rende conseguentemente vana qualunque terapia, l'informazione del paziente perde la sua funzione di presupposto dell'autodeterminazione terapeutica. In questo contesto, dunque, la prosecuzione del trattamento a prescindere dall'informazione non infrange il diritto del paziente all'autodeterminazione terapeutica e mantiene la sua liceità fintanto che il soggetto assistito non vi si opponga. Semmai, l'eventuale laconicità del medico, che pietatis causa tace al paziente l'imminenza della morte, si pone in tensione con un altro diritto dell'uomo, qual è quello di prepararsi al proprio trapasso. Allo stato della legislazione vigente, però, tale diritto non ha una tutela penale. Nondimeno, il nuovo codice di deontologia medica non trascura del tutto questo aspetto; l'art. 30, comma 2, dispone infatti che «ogni ulteriore richiesta da parte del paziente deve essere soddisfatta». È fin troppo evidente, però, che qui il dovere di informare non è incondizionato, poiché esso scatta in capo al medico in tanto che vi sia una richiesta di informazione da parte del paziente.

C) Almeno un cenno merita infine la delicata tematica del consenso informato nei confronti del malato mentale ⁽⁴³⁾. Per un corretto sviluppo della tematica, occorre distinguere a seconda che si tratti di persona interdetta o meno.

Nel primo caso ci si scontra con una normativa inadeguata per difetto, in quanto, ispirandosi alla tutela degli interessi patrimoniali dell'incapace, trascura i diritti dell'incapace come persona. Le norme del codice civile, infatti, stabiliscono che al soggetto interdetto per abituale infermità di mente provvede il tutore (art. 424 c.c.), il quale si assume la cura della persona dell'incapace. Con questa formulazione, ampia e comprensiva, dunque, l'ordinamento sembra negare in termini troppo rigidi la capacità di autodeterminazione terapeutica dell'incapace, con la conseguenza di svuotare l'importanza del consenso informato nei confronti dell'interdetto. Infatti, solo nel caso in cui la terapia sia differibile, l'eventuale contrasto tra la volontà del paziente interdetto e quella del suo rappresentante legale può dar luogo all'intervento del giudice tutelare: ma è questo un rimedio eccezionale, che, come tale, ha un ambito operativo residuale. Assai opportunamente, dunque, il nuovo codice di deontologia medica provvede ad attenuare i limiti della disciplina vigente, allestendo una tutela surrogatoria affidata a sanzioni

⁽⁴²⁾ In termini generali, v. A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 97 s.

⁽⁴³⁾ In argomento, v. da ultimo G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 147 s.

disciplinari: invero, fermo restando che nei confronti dell'interdetto il consenso deve essere prestato dal rappresentante legale (art. 33), l'art. 34, comma 3, stabilisce che il medico ha l'obbligo di informare l'infermo di mente e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente con la capacità di comprensione e nel rispetto dei diritti del legale rappresentante. Per espressa previsione dell'art. 34, comma 3, questa procedura si applica anche nei confronti del soggetto inabilitato: è fin troppo evidente, però, che ai fini del consenso informato, ben diversa è la situazione dell'inabilitato rispetto a quella dell'interdetto. L'art. 415 c.c., infatti, oltre a riconoscere al soggetto inabilitato la capacità residua di provvedere ai propri interessi, connette assai chiaramente l'istituto dell'inabilitazione alla tutela di interessi prettamente economici. Ne consegue che, in relazione al soggetto inabilitato, non vi sono elementi normativi per escludere il carattere personale del consenso al trattamento medico.

Nel caso di persona incapace non interdetta, invece, la normativa di riferimento appare inadeguata per eccesso, nel senso che, enfatizzando il principio dell'autodeterminazione terapeutica, non tiene conto della situazione di incapacità in cui versa il paziente. Va tenuto presente, infatti, che, per il diritto vigente, il principio dell'incoercibilità del trattamento medico incontra una delle deroghe più significative proprio nel trattamento psichiatrico obbligatorio, che, come noto, scatta in presenza di alcune tassative condizioni e nel rispetto delle procedure stabilite dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833. Pertanto, finché non ricorrono i presupposti del trattamento psichiatrico obbligatorio, anche la cura della malattia mentale è soggetta al principio del consenso informato; come viene da più parti sottolineato, infatti, la legge n. 833 del 1978 equipara, sotto il profilo del consenso all'atto medico, il malato di mente a qualsiasi paziente⁽⁴⁴⁾. Il problema qui è di tutta evidenza: l'autodeterminazione terapeutica presuppone la piena capacità mentale del paziente, là dove nelle malattie mentali è proprio questa capacità ad essere compromessa dalla patologia. Da qui il rischio che, nei confronti dell'incapace privo di un rappresentante legale, una difesa troppo intransigente del principio personalistico, *sub specie* dell'autodeterminazione terapeutica del paziente, porti di fatto a privatizzare il dramma del disagio mentale, addossandolo esclusivamente al soggetto disturbato e alla sua famiglia. Il rischio, in breve, è quello di postulare la necessità sempre e comunque di un consenso, che si fonda su una presunzione di capacità insuperabile. Ora, al fine di scongiurare epiloghi incongruenti, è opportuno distinguere ulteriormente a seconda del tipo di intervento terapeutico di cui necessita l'incapace. Ebbene, se quest'ultimo abbisogna di un trattamento finalizzato alla cura del suo disturbo mentale, il consenso informato del

(44) Cfr. G. MASOTTI, T. SARTORI, G. GUAITOLI, *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 305.

paziente è una condizione da cui non può prescindersi, salvo, che non ricorrano gli estremi del trattamento psichiatrico obbligatorio. E proprio questo, infatti, l'epilogo voluto dalla legge n. 833 del 1978, la cui *ratio* non può essere disattesa dall'interprete. Diversamente, quando l'intervento terapeutico non persegue la salute mentale, ma ha altri obiettivi terapeutici (si pensi a un qualsiasi intervento chirurgico), il consenso informato del paziente sarà necessario nella misura in cui egli sia effettivamente in grado di autodeterminarsi. Almeno in questi casi, cioè, si può ritenere che non operi la presunzione di capacità stabilita dalla legge n. 833 del 1978, sicché la questione va valutata secondo i principi generali, ovvero attraverso un accertamento in concreto della capacità di autodeterminazione terapeutica del paziente.

7. - I rilievi fin qui svolti aiutano a impostare il tormentato capitolo della legittimità dell'atto medico, quando ha come destinatario un minore. Anche in questo caso, infatti, bisogna muovere da un tessuto normativo assai inadeguato, dato che — come noto — il codice civile stabilisce una presunzione di incapacità del minore, ritenuta, almeno in linea di principio, vincolante ai fini del suo trattamento medico. Ne consegue che, secondo una parte della dottrina, il consenso all'atto medico deve essere espresso dal rappresentante legale, al quale deve indirizzarsi anche l'informazione necessaria per la formazione del consenso⁽⁴⁵⁾. Più precisamente, fermo restando che la titolarità del potere di esprimere il consenso spetta, di regola, ai genitori esercenti la potestà, si ritiene che la disciplina civilistica vada seguita anche nel caso di contrasto tra padre e madre⁽⁴⁶⁾; se ne trae la conseguenza che, ai sensi dell'art. 316, comma 4, c.c., il padre può adottare i provvedimenti urgenti e indifferibili tutte le volte che sussiste l'incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio⁽⁴⁷⁾.

Senonché, con riferimento al minore, la tendenza dottrinale a impostare il problema del consenso informato sulla base delle norme civilistiche, che regolano la capacità di agire, può condurre a risultati ancora più insoddisfacenti di quelli cui — muovendo dalle stesse premesse normative — si perviene in relazione al soggetto interdetto. Nel caso del minore, infatti, una siffatta incapacità viene affermata dal legislatore in termini esclusivamente presuntivi, talché essa risulta particolarmente inadatta a fungere da base per una ricostruzione del consenso del minore all'atto medico. Proprio per questa ragione, un orientamento che registra crescenti adesioni ritiene all'opposto

(45) Nella letteratura recente, v. V. FRESIA, *op. cit.*, p. 903. In precedenza, v. in tal senso A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 63.

(46) Cfr. T. MASSA, *op. cit.*, p. 419.

(47) Cfr. E. CECCARELLI, in *Il consenso informato*, cit., p. 140.

che, ai fini del trattamento medico, si debba guardare piuttosto alla concreta capacità di autodeterminazione ⁽⁴⁸⁾, con la conseguenza che il consenso deve essere prestato anche dal soggetto legalmente incapace e tuttavia capace di intendere e di volere ⁽⁴⁹⁾. E non manca infine chi, assumendo una posizione per così dire intermedia, individua, anche in base agli spunti offerti della normativa *extracodicem* ⁽⁵⁰⁾, tre diverse fasce di età ⁽⁵¹⁾, riconnettendo a ciascuna di esse diversi livelli di capacità del minore ⁽⁵²⁾.

La questione in esame — va da sé — non è puramente accademica, come dimostra la casistica che è da tempo al centro dell'attenzione della giurisprudenza. In particolare, il tema del consenso al trattamento medico ha assunto la massima problematicità, allorché si prenda in considerazione il comportamento dei genitori, Testimoni di Geova, che si oppongono all'emo-trasfusione necessaria per la cura dei figli minori. Com'è fin troppo evidente, infatti, in questi casi la tematica dell'autodeterminazione terapeutica si arricchisce di un ulteriore profilo, avente anch'esso rilevanza costituzionale, qual è il diritto alla libertà religiosa e all'educazione della prole ⁽⁵³⁾.

Tanto considerato, per un corretto inquadramento della delicata questione è opportuno ricordare che, quale espressione del principio personalistico, il consenso informato costituisce un elemento di bilanciamento e di contenimento del principio solidaristico che anima l'atto medico. D'altro canto, va pure considerato che il potere conferito dalla legge al rappresentante legale è funzionale al perseguimento del migliore interesse del minore. Ne consegue che quando l'atto medico risulta necessario e indifferibile per evitare un grave danno alla salute del minore, sarà irrilevante l'eventuale volontà contraria sia del minore, sia del suo rappresentante legale. Il medico interverrà e la sua condotta sarà lecita perché imposta dalla posizione di garanzia (semmai, solo ove non ricorra quest'ultima situazione, l'attività terapeutica potrà considerarsi facoltizzata dallo stato di necessità). Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per trascurare, da un lato, che per il minore la salute è un bene

⁽⁴⁸⁾ V. ad esempio: A. BONELLI, A. GIANNELLI, Consenso e attività medico-chirurgica: profili deontologici e responsabilità penale, in Riv. it. med. leg., 1991, p. 15; M. BILANCETTI, *op. cit.*, p. 173.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. S. DEL CORSO, *op. cit.*, p. 559.

⁽⁵⁰⁾ Si pensi alla l. 22 maggio 1978, n. 194, che, seppure a determinate condizioni, riconosce rilevanza alla volontà della donna minore degli anni diciotto, che intenda interrompere la gravidanza (v. in particolare l'art. 12).

⁽⁵¹⁾ V. soprattutto U. NANNINI, *op. cit.*, p. 415 s., il quale distingue a seconda che il minore abbia meno di quattordici anni, meno di sedici anni o non raggiunga ancora la maggiore età.

⁽⁵²⁾ Cfr. anche M. ANGELINI ROTA, G. GUALDI, In tema di consenso del minore al trattamento medico-chirurgico, in Giust. pen., 1980, I, c. 370 s.

⁽⁵³⁾ In argomento, v. G. FURGIUELE, Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statale, in Giur. it., 1983, IV, c. 349 s.

ancora indisponibile, e dall'altro lato che, opponendosi al trattamento medico necessario e indifferibile, il rappresentante legale verrebbe meno alla sua funzione, talché la sua volontà non potrebbe ritenersi in alcun modo vincolante. In breve: il riferimento all'istituto della rappresentanza legale del minore non trasferisce sul rappresentante un potere incondizionato di disporre della salute del minore, anche perché la disponibilità della propria salute è un diritto personalissimo, che peraltro il minore non ha ancora maturato, con la conseguenza che sulla salute del minore gravano vincoli pubblicistici di indisponibilità, che valgono anche per il suo rappresentante legale. Si spiega così l'irrelevanza della volontà — concorde o meno — sia del minore, sia del suo rappresentante quando il rifiuto del trattamento medico può compromettere seriamente la salute del minore: il bene della salute ha una rilevanza costituzionale, tale da giustificare la presunzione di incapacità di chi non ha raggiunto la maggiore età e da neutralizzare le determinazioni del rappresentante legale, che possono pregiudicare i diritti fondamentali del soggetto rappresentato.

Ma allora qual è il potere di intervento del rappresentante legale? Per individuarlo, occorre concentrare l'attenzione sugli atti medici che non presentano almeno una delle caratteristiche anzidette: atti cioè che risultano differibili o che non incidono seriamente sul bene della salute. In tali casi, al rappresentante legale spetta il compito di valutare il miglior interesse terapeutico e di conciliarlo con gli altri doveri che egli ha nei confronti del minore, tra cui spicca quello educativo. Pertanto, il rappresentante legale potrà decidere di differire l'atto medico, purché tale differimento non costituisca di per sé un serio pregiudizio per la salute del soggetto rappresentato. E ancora: nell'ambito delle terapie possibili e parimenti efficaci, il rappresentante legale potrà scegliere quella che, nell'interesse complessivo del minore, ritiene più adatta. Così, quando nella cura di una malattia esistono diverse metodiche terapeutiche, spetta al rappresentante legale esprimere una preferenza nell'interesse del minore. Si pensi alla cura della depressione, che conosce approcci organicistici favorevoli alla terapia farmacologica e orientamenti a sfondo psicoanalitico che inclinano per la psicoterapia. È sempre in questa prospettiva, poi, che va inquadrato e riconosciuto il diritto dei Testimoni di Geova a far sì che i propri figli non subiscano l'emotrasfusione, tutte le volte in cui lo stesso obiettivo terapeutico sia perseguibile con terapie alternative, compatibili con il loro credo religioso. La scelta religiosa, infine, legittima il rappresentante legale a consentire anche un atto medico non necessario dal punto di vista medico, ma non dannoso per la salute del minore, come la circoncisione.

Resta da considerare l'eventualità che la volontà del minore contrasti con quella del suo rappresentante legale. È a questo proposito che, là dove l'atto medico sia differibile, viene in rilievo l'effettivo grado di maturità del minore e, conseguentemente, la sua reale capacità di autodeterminazione terapeutica. Ebbene, in tali casi, il medico è tenuto a informare la direzione sanitaria,

che a sua volta si rivolgerà al pubblico ministero perché solleciti provvedimenti sostitutivi da parte del tribunale o del giudice tutelare⁽⁵⁴⁾, ai sensi dell'art. 333 c.c. Come si è già visto in relazione al soggetto interdetto, questo epilogo è destinato ad assumere connotazioni di eccezionalità. Molto opportunamente, dunque, il codice deontologico prevede che, anche nei confronti del minore, il medico informi il paziente e tenga conto della sua volontà, seppure nei limiti delle reali capacità del minore e sempre nel rispetto dei diritti del suo legale rappresentante. In tal senso, del resto, si è pronunciata anche la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina del 1996 (artt. 5 e 7), non ancora ratificata, però, dall'Italia.

8. - Passando adesso alle conseguenze penali del trattamento senza consenso o con consenso invalido, vale la pena di ricordare che anche questo profilo manca nel nostro ordinamento di una regolamentazione espressa. Ne consegue che la disciplina penale del trattamento medico arbitrario deve ricavarsi dai principi generali; e si spiegano così le divergenze dottrinali e giurisprudenziali, che per un verso inficiano la certezza del diritto e, per l'altro, accrescono in questo settore il raggio operativo della scusante dell'ignorantia *iuris*. Non può negarsi, infatti, che, nell'urgenza della decisione, il medico non sempre dispone di parametri comportamentali idonei, specie quando l'orientamento della giurisprudenza locale è difforme da quello della dottrina e della giurisprudenza prevalenti. Né può suggerirsi al medico di astenersi, nel caso di dubbio, dall'intraprendere la terapia; dato il carattere necessario della sua attività per la salvaguardia dei beni fondamentali della persona, gli sarà difficile, infatti, sottrarsi a una responsabilità penale per omissione.

In particolare, alcuni eccessi rigoristici della nostra giurisprudenza, su cui si tornerà tra breve, nascono proprio dalla mancanza di un'apposita fattispecie che punisce l'atto medico arbitrario. Ed è questa una lacuna certamente avvertita, come dimostra la proposta — contenuta nel Progetto di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale⁽⁵⁵⁾ — di introdurre nel nostro sistema un'ipotesi autonoma di reato, destinata a punire, sulla falsariga della soluzione adottata all'estero⁽⁵⁶⁾, il trattamento medico svolto senza il consenso informato del paziente (art. 70, lett. d).

Esaminando il problema alla luce del nostro attuale assetto normativo, l'attività medica svolta in assenza dell'espressa volontà del paziente si presta

⁽⁵⁴⁾ Così M. POLVANI, *op. ult. cit.*, c. 736.

⁽⁵⁵⁾ Il testo del *Progetto* può leggersi in *Documenti Giustizia*, 1992, n. 3, p. 305 s.

⁽⁵⁶⁾ Il riferimento è in particolare al codice penale austriaco (§ 499 a). In argomento, v.: A. ARCERI, *Riflessi penalistici dell'esito infausto dell'attività medico-chirurgica*, in *Giur. merito*, 1993, IV, p. 890; G. SANTACROCE, *Il consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione: attualità e prospettive*, in *Riv. pol.*, 1999, p. 10.

ad essere diversamente inquadrata e disciplinata, a seconda che si consideri l'intervento terapeutico arbitrario sotto il profilo della sua incidenza sull'integrità fisica o sotto quello della sua tensione con la libertà di autodeterminazione del paziente. Entrambe le tesi sono state sostenute, con conseguenze applicative sensibilmente diverse.

Infatti, per quanti ritengono che il consenso informato presidi l'intangibilità corporale del paziente, l'atto medico arbitrario va valutato alla stregua del reato di lesioni personali. Così, muovendo da questa impostazione, si è ritenuta integrata la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale nel caso del medico, che ha effettuato un intervento chirurgico non autorizzato, cui ha fatto seguito la morte del paziente⁽⁵⁷⁾. Ma non è tutto: accogliendo questa tesi, si arriverebbe alla conclusione che l'atto medico arbitrario non possa essere ratificato *a posteriori* dal paziente; per poter scriminare, infatti, il consenso deve intervenire prima che abbia inizio il trattamento sanitario. Ne consegue che, nonostante l'approvazione e magari la gratitudine del paziente per l'atto medico arbitrario e perfettamente riuscito, il pubblico ministero dovrà esercitare ugualmente l'azione penale ogniqualvolta, non ricorrendo gli estremi dello stato di necessità, l'intervento medico corrisponde astrattamente a uno degli eventi di lesione personale perseguibile d'ufficio, ai sensi degli artt. 582 e 583 c.p.

Diversamente, per quanti considerano l'atto medico arbitrario lesivo del diritto all'autodeterminazione terapeutica, l'intervento terapeutico abusivo deve essere ricondotto nel quadro delle offese alla libertà morale⁽⁵⁸⁾, con la conseguenza di lasciarlo impunito nella gran parte dei casi. Viene qui in rilievo, infatti, la struttura della fattispecie di violenza privata, che, come noto, valorizzando le modalità coattive dell'altrui volontà, tipizza alternativamente e unicamente le condotte della violenza e della minaccia, difficilmente rawisabili nel trattamento medico arbitrario⁽⁵⁹⁾. Ne consegue che la pena prevista all'art. 610 c.p. potrà applicarsi a ipotesi, se non inverosimili, comunque rare, come quella dell'atto medico effettuato a insaputa del paziente, allorché quest'ultimo venga previamente sottoposto,

⁽⁵⁷⁾ La vicenda è nota; v.: Corte Ass, Firenze, 18 ottobre 1990, Massimo, cit.; Cass, pen., sez. V, 13 maggio 1992, Massimo, cit.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. già F. GRISPIGNI, La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario, in *Scuola pos.*, 1914, p. 684. Di recente, v. L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 728 s. Da ultimo v. anche A. ABBAGNANO TRIONE, *op. cit.*, p. 319 s.

⁽⁵⁹⁾ Per un analogo riconoscimento, v. anche A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, p. 33 s. Recentemente, v. sul punto S. RAMAJOLI, *Intervento chirurgico con esito infausto senza che sussistano lo stato di necessità e il «consenso informato» del paziente: conseguenze penali a carico dell'operatore*, in *Giust. pen.*, 1996, II, c. 127.

senza il suo consenso, a un'anestesia generale con conseguente perdita di coscienza ⁽⁶⁰⁾.

Nell'incertezza del quadro normativo, il problema del trattamento medico arbitrario resta sospeso, dunque, tra le due soluzioni estreme della sua equiparazione alle lesioni personali o della sua sostanziale impunità. E, seppure con disagio, l'interprete è tenuto a effettuare una scelta, chiedendosi quale dei due epiloghi, a fronte della comune incongruenza politico-criminale, risulta il più corretto sotto il profilo ermeneutico.

Ora, la tesi rigorista, che equipara «l'uso del bisturi in mancanza di consenso» al «colpo di pugnale» ⁽⁶¹⁾, muove da un'interpretazione della fattispecie di lesioni personali attenta alla dimensione puramente materiale ed estrinseca dell'evento di reato. Essa non soltanto intende la lesione personale come resezione dei tessuti e offesa dell'integrità fisica, ma — alla luce di una siffatta nozione — interpreta riduttivamente il concetto di malattia in termini di mera alterazione anatomica ⁽⁶²⁾. Le critiche mosse a una siffatta impostazione non sono certo nuove ⁽⁶³⁾: la malattia — si può osservare — non si identifica con l'alterazione anatomica (se così fosse, infatti, non potrebbero considerarsi malattie alcune patologie psichiche); essa indica piuttosto l'apprezzabile compromissione funzionale dell'organismo ⁽⁶⁴⁾. Se si condividono questi rilievi, deve riconoscersi di conseguenza che, quando l'atto medico, produttivo di un'alterazione anatomica, ha raggiunto il suo obiettivo terapeutico, esso non potrà integrare la nozione di malattia penalmente rilevante ai sensi dell'art. 582 c.p. Invero, come la malattia è un processo patologico e non una mera alterazione anatomica, così la salute è una condizione dinamica, che può essere addirittura favorita da atti medici produttivi di alterazioni anatomiche, anche irreversibili. In breve: indipendentemente dalla circostanza che il medico agisca con il consenso del paziente o meno, un atto medico oggettivamente migliorativo della condizione di salute di chi lo subisce non

⁽⁶⁰⁾ Per altre esemplificazioni, v. R. RIZ, *Medico. W) Responsabilità penale del medico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, 1990, p. 9.

⁽⁶¹⁾ Nell'elaborazione giurisprudenziale, v. le pronunce citate supra nota n. 57. In dottrina, di recente, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, delitti contro la persona*, Padova, 1995, p. 160, nota 23.

⁽⁶²⁾ Per questa nozione di malattia (peraltro accolta dalla Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Roma, 1929, p. 379 s.), v. la giurisprudenza prevalente, ancorché meno recente; cfr. ad esempio: Cass. pen., sez. I, 11 giugno 1987, Bellomo, in *Giur. it.*, 1986, II, c. 140; ID., sez. V, 2 febbraio 1984, De Chirico, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 32.

⁽⁶³⁾ V. ampiamente F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, 10 ed., Milano, 1992, p. 71 s.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. ancora F. ANTOLISEI, *op. loc. cit.* Di recente, v. F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 192. In giurisprudenza v. da ultimo Cass. pen., sez. V, 14 novembre 1996, Franciolini, in *Cass. pen.*, 1997, p. 481.

può considerarsi causa di una malattia e, conseguentemente, non può integrare il reato di lesione personale per mancanza di un suo requisito costitutivo, espressamente richiesto dall'art. 582 c.p.

9. - Il problema della rilevanza penale dell'atto medico arbitrario, dunque, si pone in tanto che il trattamento terapeutico abbia un esito avverso. Sennonché, per tracciare in quest'ambito il discrimine tra l'area del penalmente indifferente e quella del penalmente rilevante, non pare corretto distinguere a seconda che il medico abbia osservato o meno le *leges artis* ⁽⁶⁵⁾. A ben vedere, infatti, non vi sono ragioni per assumere il carattere perito della condotta — un elemento che, come noto, attiene alla tipicità del reato colposo — quale criterio compensativo della mancanza del consenso, con l'intento di escludere in radice la rilevanza penale dell'atto medico arbitrario conforme alle *leges artis* e di profilare l'eventualità di una responsabilità colposa unicamente in caso di negligenza, imprudenza o imperizia ⁽⁶⁶⁾. L'osservanza della regola cautelare — è questo l'aspetto di fondo che la tesi in esame lascia in ombra — è sì strumentale al buon esito del trattamento medico, ma di per sé non costituisce ancora il buon esito dell'attività medica; sia perché quest'ultimo può essere anche fortuito, sia perché, come si preciserà meglio tra breve, l'insuccesso della terapia può far seguito alla scrupolosa osservanza delle regole cautelari, senza che tale epilogo possa considerarsi inverosimile.

Il punto merita particolare attenzione. Ed invero, per desumere dal rispetto delle *Leges artis* l'irrelevanza penale del trattamento terapeutico arbitrario, la tesi in questione osserva che l'atto medico perito non risulterebbe tipico, ai sensi degli artt. 582 e 583 c.p., per difetto di efficacia causale rispetto all'evento «malattia». Da tale angolazione, si precisa che, procedendo al giudizio controfattuale, necessario per verificare il nesso di condizionamento tra l'azione e l'evento, ed eliminando mentalmente l'atto medico perito, si perverrebbe alla conclusione che il pregiudizio per la salute del soggetto assistito si sarebbe verificato ugualmente ⁽⁶⁷⁾. Il quadro clinico del paziente — si conclude — peggiorerebbe non già in conseguenza dell'intervento medico, ma a causa del precedente stato morboso, che la terapia non è riuscita a curare, né poteva arrestare ⁽⁶⁸⁾.

Ora, questi rilievi non tengono nella dovuta considerazione quelle ipotesi in cui l'intervento medico, anche se condotto nel rispetto più scrupoloso delle *Leges artis*, lascia ragionevolmente presagire come possibile un esito avverso. In effetti, dato il carattere empirico dell'attività medica, specie nei casi in cui

⁽⁶⁵⁾ In tal senso, in modo precipuo, v. ad esempio A. MANNA, *Trattamento*, cit., p. 1287 s. e p. 1291.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. A. MANNA, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁷⁾ Cfr. A. MANNA, *op. ult. cit.*, p. 1289.

⁽⁶⁸⁾ V. ancora A. MANNA, *op. ult. cit.*, p. 1289.

la prognosi non è formulabile in termini di certezza assoluta, il trattamento medico diligente può determinare e addirittura accelerare il peggioramento dello stato di salute del paziente, che, per un verso, l'attività terapeutica aveva delle *chances* di impedire e che, per l'altro, in mancanza dell'intervento medico sarebbe avvenuto in un arco temporale più lungo. Ebbene, nel caso di esito avverso, proprio il ricorso alla legge scientifica di copertura porta qui ad affermare che, eliminando mentalmente l'atto medico perito, l'evento non si sarebbe verificato. In tale ipotesi, dunque, la sussistenza del nesso causale non pare contestabile, a meno che nella descrizione dell'evento non si consideri inessenziale il ritardo con cui si sarebbe verificato il peggioramento della salute del paziente; ma sarebbe questa un'obiezione davvero difficile da condividere, in quanto, a tacer d'altro, essa svaluterebbe sensibilmente l'importanza dei beni fondamentali della persona.

Per via della sua complessità, la questione richiede qualche ulteriore precisazione. L'impostazione in esame, infatti, muove dall'implicita e più generale premessa che le regole cautelari, di cui le *leges artis* mediche sono una specie, abbiano la funzione precipua di azzerare il rischio connesso allo svolgimento di un'attività pericolosa lecita⁽⁶⁹⁾, ovvero di ricondurla entro l'ambito del caso fortuito. Del resto, solo procedendo da tale premessa è possibile escludere che l'atto medico perito costituisca una *condicio sine qua non* del peggioramento del quadro clinico del paziente. Sennonché, proprio l'attività medica è uno di quei settori in cui con particolare evidenza può osservarsi come la funzione delle regole prudenziali sia per lo più quella di ridurre — e non già di eliminare — il rischio insito nell'attività socialmente utile. Ne consegue che la decisione del medico di intraprendere un trattamento medico arbitrario equivale alla scelta di far correre al paziente tanto i rischi che le regole cautelari sono in grado di fronteggiare, quanto quelli che, nonostante il rispetto delle *leges artis*, possono trasformarsi in un'offesa per il bene giuridico. Proprio i coefficienti di rischio che sono insiti nell'agire medico, anche quando esso è conforme alla perizia doverosa, aiutano a comprendere, allora, perché, in mancanza del valido consenso del paziente, scatta in capo al medico il divieto penale di intervenire. Tale divieto non mira solo a tutelare la libertà di autodeterminazione di chi lo subisce (profilo, questo, che, come si è già detto, raramente assume rilevanza penale), ma intende altresì evitare che un terzo possa interferire impunemente sull'integrità del bene tutelato, identificabile con la salute nel suo significato più lato, comprensivo cioè sia del benessere residuo, sia dell'interesse a non accelerare i decorsi patologici. Solamente nelle ipotesi — davvero rare — in cui l'atto

⁽⁶⁹⁾ In termini generali, v. per tutti G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 22 s., dove si precisa che l'impedimento dei pericoli è il contenuto normale della regola di diligenza.

medico sia stato condotto nel rispetto di *Zeges artis* capaci di azzerare del tutto il rischio insito nel trattamento sanitario, l'eventuale verificazione dell'evento pregiudizievole non sarebbe ascrivibile al medico, in quanto evidente espressione del caso fortuito.

In breve: in presenza dell'esito avverso, il problema della rilevanza penale dell'atto medico arbitrario cessa di essere una questione che si esaurisce nell'interpretazione della singola fattispecie oggettiva, che corrisponde all'entità dell'offesa prodotta ai beni fondamentali della persona. Acquisito che, sotto il profilo della tipicità oggettiva, il trattamento terapeutico arbitrario può integrare il reato di lesioni personali e, nel caso di morte del paziente, anche quello di omicidio, è necessario valutare se sussistono anche gli altri requisiti richiesti per la sua rilevanza penale. L'attenzione deve spostarsi pertanto su altri piani di analisi, primo tra tutti quello che attiene ai limiti scriminanti dell'agire medico.

Invero, l'equiparazione simbolica del bisturi al pugnale, acquisita sul terreno della tipicità oggettiva quando l'attività medica arbitraria non è coronata da successo, sul versante dell'antigiuridicità è stata negata invocando ancora una volta il consenso presunto, quale schema dottrinale in grado di giustificare l'atto medico arbitrario ⁽⁷⁰⁾. Muovendo dalla volontà di vivere di ciascun soggetto e dal comune istinto di autoconservazione, si ritiene cioè che il consenso «presumibile» possa surrogarsi a quello reale nella funzione di condizione per la legittimità del trattamento sanitario. Nondimeno, questa soluzione è controversa, dato che il consenso presunto — ovvero il consenso che il titolare del bene non ha dato, ma che si suppone avrebbe prestato se avesse potuto — non ha, come noto, una rilevanza legislativa espressa. Il consenso presunto, infatti, viene ammesso o facendo leva sull'istituto civilistico della *negotiorum gestio* (art. 2028 c.c.) ⁽⁷¹⁾ — nel qual caso la presunzione di consenso potrebbe scriminare solo offese di tipo patrimoniale e non anche quelle personali — oppure ricorrendo all'interpretazione analogica dell'art. 50 c.p., limitatamente ai casi non rientranti nell'art. 2028 c.c. ⁽⁷²⁾; ma è questa una strada che, stante la natura evidentemente patrimoniale degli «affari altrui» cui fa riferimento l'art. 2028 c.c., risulta difficilmente percorribile per mancanza dell'*eadem ratio* ⁽⁷³⁾. D'altro canto, anche il fondamento penalistico del consenso presunto dà adito a qualche perplessità. Qui non si intende confutare tanto la fondatezza esperienziale della presunzione da cui esso muove e che attiene allo spirito di conserva-

⁽⁷⁰⁾ V. per tutti F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 104.

⁽⁷¹⁾ Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 5 ed., Milano, 1999, p. 197 s.

⁽⁷²⁾ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 3 ed., Padova, 1992, p. 265.

⁽⁷³⁾ Sia consentito rinviare a F. GIUNTA, *L'applicazione analogica delle scriminanti: un luogo di tensione tra certezza del diritto e Favor libertatis*, in *Studium iuris*, 1995, p. 186.

zione dell'uomo, quanto la sua rilevabilità alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*. È questo, infatti, un parametro oggettivo e, come tale, inadeguato ad assicurare la funzione personalistica, che il consenso del paziente è chiamato a svolgere nella legittimazione dell'atto medico pregiudizievole.

Scartata allora la via del consenso presunto, ci si deve chiedere se il piano dell'antigiuridicità offra un'altra prospettiva capace, se non di scriminare del tutto l'atto medico arbitrario, almeno di escludere a determinate condizioni che l'uso arbitrario del bisturi equivalga sul piano del diritto penale a un colpo di pugnale, intenzionalmente inferto. Si è ritenuto, infatti, che, quando il consenso non sia valido, per carenza di una previa e corretta informazione da parte del medico in ordine ai rischi del trattamento sanitario, l'atto terapeutico arbitrario con esito avverso sarebbe punibile a titolo di colpa in base al disposto dell'art. 55 c.p. ⁽⁷⁴⁾

Sennonché, anche questa conclusione non sembra del tutto persuasiva, risultando inappropriato il richiamo operato all'istituto dell'eccesso colposo. E ciò, non tanto perché l'art. 55 c.p. viene da più parti considerato una norma superflua sotto il profilo dello specifico apporto dispositivo ⁽⁷⁵⁾, quanto perché l'erronea informazione del paziente dovuta a colpa medica non costituisce il presupposto di un eccesso colposo, in nessuna delle due forme in cui esso viene ammesso dalla dottrina prevalente ⁽⁷⁶⁾: l'erronea esecuzione della condotta giustificata e l'errore di giudizio sui presupposti fattuali della scriminante. A ben vedere, nemmeno quest'ultima forma di eccesso colposo si attaglia al trattamento medico arbitrario per carenza di informazione, dato che il medico qui non erra sull'ampiezza della scriminante, ma più semplicemente impedisce con il suo comportamento antidoveroso che si formi un valido consenso e, dunque, che si realizzi una delle condizioni richieste per la liceità del suo operato.

Tirandole fila del discorso, ne esce confermata sia la tipicità oggettiva, sia l'antigiuridicità dell'attività medica compiuta in mancanza del consenso informato del paziente. Ne consegue che, per via del suo carattere *contra ius*, il trattamento medico arbitrario può essere legittimamente impedito anche dal soccorso difensivo del terzo, ai sensi dell'art. 52 c.p.

10. - Se neanche il piano dell'antigiuridicità offre elementi per escludere la rilevanza penale del trattamento terapeutico arbitrario c.d. peggiorativo, è pur vero che l'approfondimento dei fattori da cui dipende la mancanza di un valido consenso può contribuire a chiarire alcuni profili problematici,

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Pret. Arezzo, 24 marzo 1997, Gervino, in *Giust. pen.*, 1997, II, c. 533.

⁽⁷⁵⁾ V. ad esempio F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 288.

⁽⁷⁶⁾ Per un quadro ricognitivo, v. P. SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 185.

relativi al titolo di imputazione in base al quale può essere chiamato a rispondere il medico a causa del suo operato arbitrario.

Per rendersene conto, occorre distinguere due ipotesi, la prima delle quali ricorre quando la mancanza di un valido consenso da parte del paziente non sia stata intenzionalmente perseguita dal medico. Vengono qui in rilievo i casi in cui il medico ha agito dimenticando di acquisire previamente il consenso del paziente, omettendo per negligenza la dovuta informazione, avendo fornito un'informazione involontariamente inadeguata, avendo trascurato di verificare che il paziente abbia compreso le caratteristiche dell'intervento terapeutico, e via discorrendo. Com'è evidente, l'invalidità del consenso è attribuibile alla violazione di specifiche regole cautelari, cui il medico è tenuto nello svolgimento del suo compito informativo. A questo punto, è opportuno distinguere ulteriormente a seconda che la colpa del medico, manifestatasi nell'informazione del paziente e nell'assunzione del consenso, dipenda da imperizia o da mera negligenza. Solo, nel primo caso, infatti, opererà il disposto dell'art. 2236 c.c., che, per un orientamento largamente condiviso⁽⁷⁷⁾, limita anche a fini penali la responsabilità del professionista alle sole ipotesi di colpa grave, quando la prestazione professionale richiede la soluzione di problemi di notevole complessità. La precisazione ha una sua importanza, soprattutto in relazione all'ipotesi in cui l'inadeguatezza dell'informazione medica dipenda a sua volta da un errore medico, dato che, quando si verifica in questa prima fase della sua attività, l'imperizia del medico può condizionare la valutazione complessiva dei rischi e lo sviluppo dell'intero processo terapeutico. Facilmente, dunque, nello spettro preventivo della prima norma cautelare disattesa dal medico imperito rientrerà l'evento di reato, che corrisponde all'entità dell'esito pregiudizievole; in fondo, quand'è involontaria, l'imperita informazione del paziente non è che l'altra faccia (o, se si preferisce, la conseguenza) dell'errore diagnostico. Nel caso in cui il difetto di informazione dipenda invece da negligenza, la carenza informativa, essendo dovuta a trascuratezza e scarsa considerazione del paziente, potrà risultare perfettamente indipendente dalla correttezza o meno della diagnosi. Ne consegue che una siffatta negligenza in ordine al dovere di informazione potrà fondare una responsabilità colposa per l'esito avverso nella misura in cui le *leges artis*, che governano il prosieguo dell'attività terapeutica, si limitino a ridurre i fattori di rischio in essa insiti, senza azzerarli, essendo evidente in questi casi la causalità della prima negligenza. In breve: il dovere di diligenza violato in sede di informazione mira a evitare l'insuccesso terapeutico non in sé considerato, ma quale effetto della successiva adozione di ulteriori regole cautelari per così dire ordinarie,

⁽⁷⁷⁾ Sul punto, di recente v. A. MANNA, *Questione n. 49, Colpa professionale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 340, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

in quanto intese semplicemente a bilanciare i rischi dell'attività pericolosa socialmente utile con l'interesse al suo svolgimento. Ai fini dell'ascrizione a titolo di colpa, dunque, lo spettro preventivo della regola cautelare violata dal medico in sede di informazione e la sua capacità di evitare l'esito infausto della terapia dovranno essere valutati all'altezza dei coefficienti di rischio, che lasciano residuare le *leges artis* adottabili nel prosieguo dell'attività medica.

Considerazioni in parte diverse vanno fatte in relazione a un secondo ordine di ipotesi: il riferimento è anzitutto ai casi in cui l'informazione del paziente in relazione ai rischi dell'intervento sia stata deliberatamente incompleta, lacunosa, non rispondente al vero. In secondo luogo, vengono in rilievo le situazioni in cui il medico agisce omettendo intenzionalmente di richiedere il consenso del paziente. In terzo luogo, può farsi rientrare in quest'ambito anche il caso del medico che con il suo comportamento esorbita volontariamente dai confini del consenso prestato dal paziente o che approfitta di un errore del paziente per equivocare consapevolmente la disapprovazione (o il più ristretto ambito di approvazione) del soggetto interessato. Ora, fermo restando che la terapia così realizzata rimane non scriminata, ci si deve chiedere se la volontà del medico di prescindere da un valido consenso del paziente condizioni il titolo di responsabilità, cui potrà essergli imputato l'esito avverso della terapia.

Questo problema è tanto delicato, quanto poco esplorato ⁽⁷⁸⁾. Per tentare di impostarlo, si potrebbe ricordare che — per insegnamento pacifico ⁽⁷⁹⁾ — la preordinazione dolosa di una situazione scriminante non fa venir meno la responsabilità a titolo di dolo per il fatto così realizzato, costituendo essa solo una delle modalità in cui può estrinsecarsi l'esecuzione dolosa del fatto tipico. E muovendo da questa premessa, si potrebbe concludere che, *a fortiori*, dovrebbe ritenersi tipica ai sensi di una fattispecie dolosa, corrispondente all'entità dell'evento pregiudizievole causato, la condotta del medico, il quale — omettendo l'informazione doverosa — impedisce deliberatamente che si verifichino le condizioni perché il suo successivo operato sia giustificato. Senonché, questa impostazione della questione non risulta convincente. Essa trascura il seguente dato di fondo: affermare che la preordinazione di una causa di giustificazione rende inoperante il limite scriminante ad essa connesso, ha un senso in tanto che la condotta dell'agente sia diretta esclusivamente alla realizzazione dell'evento finale; una condizione, questa, che non ricorre di regola nell'attività terapeutica, dove il medico che agisce arbitrariamente non persegue intenzionalmente il pregiudizio del

⁽⁷⁸⁾ Con riferimento agli accertamenti prenatali, v. però F.C. PALAZZO, Accertamenti diagnostici prenatali e responsabilità penale per eventi abortivi: considerazioni sul consenso «informato», in *Studium iuris*, 1997, p. 479.

⁽⁷⁹⁾ Per tutti, in modo specifico, v. G. SPAGNOLO, Gli elementi soggettivi nella struttura delle *scriminanti*, Padova, 1980, p. 71 s.

paziente, ma al più prende in considerazione l'esito avverso come epilogo possibile. Ne consegue che il titolo di responsabilità del medico dipenderà dall'atteggiamento che, rispetto all'evento pregiudizievole, egli ha assunto nel prosieguo del trattamento terapeutico, secondo quanto si dirà di seguito.

11. - In relazione all'eventualità che il trattamento sanitario abbia esito avverso, resta adesso da chiedersi, invero, se e a quali condizioni l'equiparazione tra l'uso arbitrario del bisturi e il fendente del pugnale regga sotto il profilo del dolo. La questione sarà esaminata ipotizzando che l'insuccesso della terapia si concretizzi in una offesa all'integrità fisica, essendo questa l'eventualità più complessa, a causa della particolare formulazione testuale dell'art. 582 c.p. *Mutatis mutandis*, però, le conclusioni cui si perverrà possono agevolmente adattarsi al caso in cui al trattamento arbitrario segua la morte del paziente.

Ebbene, è opinione pacifica che, per la sua sussistenza, il dolo delle lesioni personali non richiede la diretta volontà di produrre conseguenze lesive, essendo sufficiente che l'agente accetti il rischio di poter offendere con la propria condotta l'altrui integrità fisica⁽⁸⁰⁾. Questa impostazione del problema, peraltro di per sé corretta e assai diffusa in giurisprudenza, subisce però delle distorsioni applicative ove si trascuri che l'evento del reato di lesioni personali non risiede nella resezione dei tessuti in sé considerati, ma nella malattia intesa come processo patologico⁽⁸¹⁾; non può condividersi pertanto l'orientamento riduttivo della giurisprudenza che identifica l'oggetto del dolo delle lesioni personali nella mera coscienza e volontà dell'alterazione anatomica⁽⁸²⁾. Non è richiesto, invece, che il dolo abbracci l'entità della malattia, ovvero gli eventi aggravatori previsti dall'art. 583 c.p., stante la loro natura di elementi circostanziali⁽⁸³⁾, come tali imputabili in base ai criteri previsti dall'art. 59, comma 2, c.p. e sui quali si tornerà tra breve.

Ne consegue che, per poter rispondere di lesioni personali dolose, il medico, il quale opera arbitrariamente, deve rappresentarsi, anche solo al livello di dubbio, che la propria condotta arrechi al paziente un pregiudizio valutabile in termini di malattia ovvero di peggioramento del suo quadro clinico.

Ora, è a questo proposito che risulta di aiuto distinguere a seconda che l'atto medico arbitrario e pregiudizievole sia stato eseguito o meno nella

⁽⁸⁰⁾ V. ad esempio Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 1990, Lavera, in Giust. pen., 1990, II, c. 622; ID., sez. I, 12 novembre 1987, Tarando, ivi, 1989, II, c. 30.

⁽⁸¹⁾ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, 10 ed., Milano, 1992, p. 73.

⁽⁸²⁾ Cfr. ad esempio, Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 1990, Lavera, cit., che riduce il dolo a mera intenzione di infliggere all'altrui persona una violenza fisica.

⁽⁸³⁾ *Contra*, muovendo dalla premessa che l'art. 583 c.p. prevederebbe ipotesi autonome di reato, v.: F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 76 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 190.

convinzione di rispettare le *Zegs artis* ⁽⁸⁴⁾. Da un tale distinguo, infatti, è possibile desumere l'atteggiamento psicologico del medico che agisce arbitrariamente. E precisamente, se il dolo di lesioni personali deve abbracciare l'evento «malattia», nel senso che l'agente deve rappresentarsi l'eventualità di un peggioramento del quadro clinico e quantomeno accettarne il rischio, è chiaro che quando il medico agisce nella consapevolezza e nella convinzione di osservare le regole cautelari doverose, seppure egli si rappresenti un siffatto rischio, non per questo si potrà ritenere che abbia accettato la verifica dell'evento. In breve: si potrà affermare che il medico ha voluto la resezione dei tessuti, ma non già che sussiste il dolo di lesioni personali, ovvero la coscienza e la volontà dell'evento «malattia». Ovviamente, la conclusione non muta ove il medico sia pienamente consapevole che lo svolgimento della terapia intrapresa richiede l'adozione di cautele, capaci solo di contenerne il rischio; si dovrà pur sempre ritenere che egli abbia fiducia nel buon esito dell'intervento e, dunque, che non sia in dolo. Allorché, invece, il medico si renda conto di violare le *Zegs artis*, la rappresentazione dell'esito pregiudizievole è pienamente compatibile con l'accettazione dell'evento e con il dolo eventuale. Può anche verificarsi che il medico agisca rappresentandosi un peggioramento della salute del paziente, corrispondente a uno degli eventi previsti dagli artt. 582 e 583 c.p., e che invece il paziente muoia, nel qual caso ricorreranno gli estremi dell'omicidio preterintenzionale. Al di fuori di queste ipotesi, infine, l'atto medico arbitrario può configurare una responsabilità colposa, sempre che ricorra in concreto la violazione delle regole cautelari richieste dallo svolgimento della terapia.

Ma non è tutto: l'accertamento della conformità o meno dell'atto medico arbitrario alle *Zegs artis* può aiutare a stabilire quand'è che possono ascriversi all'agente gli eventi aggravatori previsti dall'art. 583 c.p. Va tenuto presente, infatti, che, in base al disposto dell'art. 59, comma 2, c.p., quale risulta a seguito della legge 7 febbraio 1990, n. 19, le circostanze aggravanti possono essere imputate solo se conosciute dall'agente, ignorate per colpa ovvero ancora ritenute inesistenti per colpa.

Ora, l'attenzione si è concentrata soprattutto sulla corretta interpretazione dei due requisiti della conoscenza e della conoscibilità. Posto che, per l'opinione prevalente, il «nuovo» art. 59, comma 2, c.p. avrebbe accolto un criterio di valutazione unitario delle aggravanti, indipendente cioè dalla natura dolosa o colposa del reato cui accedono ⁽⁸⁵⁾, ci si è chiesti in cosa

⁽⁸⁴⁾ Qui – si badi – non si intende affermare che la mancanza di colpa impedisce di configurare il dolo, secondo l'insegnamento «non c'è dolo senza colpa» (v. G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 3 s.), poiché, a tacer d'altro, non si fa riferimento all'effettiva assenza di colpa, ma alla mera rappresentazione di agire diligentemente.

⁽⁸⁵⁾ Così per tutti A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, p. 1441 s. e 1446 s. In tal senso v. anche Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 1992, Cremonini, in Foro it., 1992, II, c. 489.

consiste la conoscibilità, quale coefficiente minimale di imputazione delle circostanze. E a questo proposito, su un punto vi è assoluto accordo: la distinzione tra l'ignoranza per colpa e la ritenuta inesistenza per errore determinato da colpa deve considerarsi pleonastica, data l'unitarietà del fenomeno cui fanno riferimento le due espressioni, ovvero la situazione di colposa «non conoscenza. dell'aggravante oggettivamente esistente. In particolare, rispetto a circostanze aggravanti estrinseche e susseguenti, quali sono per l'appunto quelle previste all'art. 583 c.p., l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza ritiene che il concetto di conoscibilità della circostanza deve intendersi nel senso di rappresentabilità e di prevedibilità dell'evento aggravatore⁽⁸⁶⁾. Se questi criteri di imputazione coincidano o meno con quelli tipici della colpa generica è un quesito assai controverso e non privo di ripercussioni in relazione agli eventi aggravatori imputabili al medico, che agisce in assenza del necessario e valido consenso. Ed invero, ove si ritenga che la conoscibilità (*rectius*: la prevedibilità) della circostanza aggravante evochi l'impiego di una misura di diligenza non molto dissimile da quella richiesta per la sussistenza della colpa generica⁽⁸⁷⁾, è chiaro che all'autore di un atto terapeutico arbitrario. ma conforme alle *leges artis*, non potranno addossarsi le circostanze aggravanti previste dall'art. 583 c.p. Diversamente, se si ritiene che il giudizio di prevedibilità, che presiede all'imputazione delle circostanze susseguenti, vada effettuato in concreto, a prescindere cioè dal filtro costituito dal previo accertamento della regola cautelare disponibile, il rispetto delle *leges artis* da parte del medico non potrà escludere di per sé la prevedibilità dell'evento aggravatore, essendo quello della prevedibilità in concreto dell'esito a werso un criterio meno selettivo del giudizio di evitabilità condotto alla luce della regola cautelare. Non va trascurato, però, che l'eventuale imputazione dell'evento aggravatore ai sensi dell'art. 583 c.p. deve pur sempre svilupparsi in concreto⁽⁸⁸⁾, tenendo conto cioè delle circostanze e dei coefficienti di pericolo effettivamente conoscibili *ex ante* da parte del medico; una precisazione, questa, che ha una portata generale, valendo anche per le conseguenze pregiudizievoli dell'atto medico arbitrario, che risulti ad un tempo imperito.

Contra, per la tesi che l'art. 59, comma 2, c.p. differenzi l'imputazione soggettiva, a seconda che la circostanza aggravante acceda a un reato doloso o a un reato colposo, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 3 ed., Bologna, 1995, p. 377.

⁽⁸⁶⁾ Cfr., tra le prime pronunce in argomento, Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 1992, Cremonini, cit.

⁽⁸⁷⁾ In tal senso, v. la dottrina prevalente; così ad esempio: T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 331; G. MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze. La struttura soggettiva*, Milano, 1993, p. 262 s., che nondimeno sottolinea la problematicità della colpa come criterio di imputazione delle circostanze.

⁽⁸⁸⁾ Sia consentito rinviare a F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 383.

ABSTRACT

It is now an accepted teaching that the legitimacy of a medical act presupposes the patient's informed consent. However, many aspects of this delicate theme remain controversial. It refers to, among other things, the standard of rightful information, the possibility of delegating the responsibility of information, the conditions of validity of the consent and the penal consequences of the arbitrary medical act. The solution to these questions stems from their correct incorporation in the light of the constitutional principles which notify medical-surgical activities.

È insegnamento ormai acquisito che la legittimità dell'atto medico presupponga il consenso informato del paziente. Ancora controversi sono però molti aspetti di questa delicata tematica. Il riferimento è, tra l'altro, allo standard dell'informazione doverosa, alla delegabilità del dovere di informazione, alle condizioni di validità del consenso e alle conseguenze penali dell'atto medico arbitrario. La soluzione di tali questioni discende dal loro corretto inquadramento alla luce dei principi costituzionali che informano l'attività medico-chirurgica.

FAUSTO GIUNTA

IL DECRETO LEGISLATIVO 29 DICEMBRE 1999, N. 507: UN IMPORTANTE PASSO AVANTI SULLA VIA DELLA DEFLAZIONE DEL SISTEMA PENALE E DELL'INCREMENTO DI EFFICACIA DELLA SANZIONE AMMINISTRATIVA

1. - Uno sguardo d'insieme. Con il recente decreto legislativo 29 dicembre 1999, n. 507 è arrivata al traguardo l'attesa depenalizzazione dei reati minori, con la quale si è compiuto un ulteriore e significativo passo avanti sulla via della deflazione del sistema penale. Si tratta di un importante contributo alla razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, che intende funzionare da antidoto contro il rischio che la lamentata ipertrofia del diritto penale assuma i connotati di un male endemico e inestirpabile. In particolare, va segnalata l'ampiezza e l'organicità della riforma che, nelle materie affrontate, ridisegna il riparto tra l'area dell'intervento penale e quella della sanzione amministrativa secondo una direttrice politico-criminale oramai acquisita dalla scienza giuridica internazionale: contenendo, cioè, l'impiego della sanzione penale nel rispetto del canone dell'*extrema ratio* e, per converso, favorendo il ricorso alla sanzione amministrativa quale strumento per fronteggiare condotte ancora lontane, non solo dalla lesione del bene tutelato, ma anche dalla sua effettiva messa in pericolo.

In un certo senso il compito del Governo è stato facilitato dalla specificità della legge di delegazione, che, nell'indicare i settori da depenalizzare e in certa misura anche le modalità d'intervento, presentava uno standard di determinatezza complessivamente elevato, salve episodiche cadute o incongruenze. Come noto, la legge 25 giugno 1999, n. 205 aveva demandato al Governo il compito di emanare, entro sei mesi dalla data della sua entrata in vigore, un decreto legislativo attuativo delle deleghe contenute negli articoli compresi da 3 a 8. In questi articoli si prevedeva la riforma della disciplina sanzionatoria di alcune materie notoriamente complesse come quelle degli alimenti (art. 3), della navigazione (art. 4), della circolazione stradale (art. 5), delle leggi finanziarie e tributarie (art. 6) nonché degli assegni (art. 8), in relazione alle quali venivano indicate tecniche di deflazione adeguate alle

particolarità di ciascun settore normativo. La legge di delegazione conteneva inoltre un'elencazione di reati sparsi nel codice penale e soprattutto nella legislazione c.d. complementare, meritevoli di essere degradati in illeciti amministrativi (art. 7), rispetto ai quali al Governo veniva demandata la definizione della nuova cornice edittale.

Nondimeno, il compito affidato al decreto legislativo n. 507 del 1999 non era del tutto agevole. Va considerata infatti la già summenzionata complessità dei settori da disciplinare, spesso caratterizzati da una stratificazione normativa risalente e foriera di non poche incertezze (si pensi ai ricorrenti dubbi che in questi casi sorgono in relazione al fenomeno della tacita abrogazione delle fattispecie più risalenti ad opera dei provvedimenti successivi). Inoltre, un siffatto retroterra legislativo rendeva talvolta difficile l'innesto della nuova disciplina e soprattutto il suo coerente raccordo con l'impianto normativo preesistente, in modo da evitare incoerenze e lacune di tutela; non a caso l'art. 16 lett. *b* della legge di delegazione autorizzava altresì il Governo a emanare le necessarie "norme di coordinamento con tutte le altre leggi dello Stato". Anche in considerazione di tali difficoltà, dunque, merita di essere sottolineata la complessiva fedeltà del decreto legislativo ai vincoli della delega, che dovrebbe assicurare il necessario grado di copertura sul versante della legittimità costituzionale.

Quanto all'ambito della depenalizzazione, l'ampiezza dell'intervento deflattivo si coglie più facilmente ponendo l'attenzione sull'esiguo numero degli illeciti che hanno mantenuto rilevanza penale. In effetti, nelle materie disciplinate il decreto legislativo ha ridotto all'essenziale la tutela penale, assegnando alla gran parte delle violazioni la natura di illeciti amministrativi. Così, nel settore alimentare, se si fa eccezione per alcune delle fattispecie penali contenute nella legge 30 aprile 1962, n. 283 e per quelle generali previste nel codice penale, il presidio della disciplina è stato affidato alla previsione di illeciti amministrativi. Analogamente deve dirsi in relazione alle contravvenzioni previste dal codice della navigazione, che sono state in gran parte depenalizzate. Nel settore della circolazione stradale la rilevanza penale è stata mantenuta relativamente alle ipotesi di blocco stradale (art. 17) e - in fedele attuazione delle indicazioni contenute all'art. 5 lett. *a* della legge di delegazione - alla guida in stato di ebbrezza, all'omissione di soccorso e alla falsificazione delle targhe; le restanti violazioni hanno oggi natura amministrativa.

Con riguardo alle leggi finanziarie, poi, la depenalizzazione ha fatto salve le ipotesi di contrabbando doganale in cui i diritti di confine superano i sette milioni di lire e quelle aventi ad oggetto tabacchi lavorati esteri (art. 25). Per il resto, le incongruenze pur presenti nella legge di delegazione hanno indotto il Governo a ritenere che le pur ampie indicazioni fornite dal legislatore delegante all'art. 6, comma 3, non consentissero comunque di estendere la depenalizzazione alle materie concernenti gli intermediari, i mercati finanziari e mobiliari, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari sui mercati

regolamentati. In questi settori, infatti, molte delle violazioni di esiguo disvalore sono già state depenalizzate da altri interventi (il riferimento è soprattutto al testo unico dell'intermediazione finanziaria, approvato con il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58). D'altro canto, per i rimanenti illeciti il Governo ha ritenuto che essi meritino di mantenere l'attuale natura penale, trattandosi di reati dotati di offensività o consistenti in comportamenti di ostacolo all'attività di vigilanza, come tali espressamente sottratti dalla legge di delegazione alla depenalizzazione. Sul versante penale, invece, è di rilievo l'abrogazione dell'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, che sanciva l'ultrattività delle leggi penali tributarie, con la conseguenza che d'ora in avanti anche ai reati tributari si applicherà la disciplina dettata dall'art. 2 c.p. e dunque il principio di retroattività della legge più favorevole al reo (cfr. l'art. 24, comma 1, d. lgs. 29 dicembre 1999).

Infine, nella materia degli assegni, l'area del penalmente rilevante è stata ristretta a poche fattispecie; da un lato, infatti, vengono assoggettati alla sanzione penale il rilascio di moduli di assegno a persona interdetta dall'emissione di assegni e la falsa dichiarazione al trattario di non essere interdetto (cfr. i nuovi artt. 124 e 125 del regio decreto 21 dicembre 1933, n. 1736); dall'altro lato, va considerato il reato di inosservanza dei divieti conseguenti alle sanzioni amministrative accessorie, che è stato riformulato ed esteso alla violazione delle nuove tipologie interdittive (cfr. il testo aggiornato dell'art. 7 l. 15 dicembre 1990, n. 386).

2. - *Gli illeciti depenalizzati, con particolare riferimento alla depenalizzazione per campo di materia.* Venendo adesso ai principali caratteri di questo incisivo intervento deflattivo, un primo aspetto che va segnalato è quello che attiene ai criteri-guida per l'individuazione degli illeciti da trasformare in violazioni amministrative. Il recente provvedimento di depenalizzazione ha utilizzato infatti tre distinti parametri per tracciare il suo raggio di azione. Due di essi si possono considerare i criteri classici della depenalizzazione dei reati minori, in quanto già ampiamente utilizzati in passato: il riferimento è, da un lato, all'individuazione nominativa delle singole fattispecie incriminatrici e, dall'altro, al parametro della natura del reato, dato che una gran parte degli illeciti depenalizzati è costituita da contravvenzioni. Il terzo criterio, invece, individua campi di materia inevitabilmente ampi, al cui interno la portata dell'intervento di depenalizzazione viene ulteriormente circoscritta sulla scorta di altri parametri, indicativi del modesto disvalore degli illeciti.

Quanto a quest'ultimo profilo, che — come si anticipava — è quello che caratterizza maggiormente il decreto legislativo n. 507 del 1999, va osservato che, in certi settori particolarmente complessi, l'individuazione dei reati da degradare in illeciti amministrativi ha imposto al legislatore delegato alcune impegnative scelte di fondo in ordine alla tecnica di intervento da utilizzare.

È il caso della materia alimentare, dove una vasta produzione normativa

di tipo alluvionale interagiva con un nucleo di fattispecie codicistiche poste a tutela dell'incolumità pubblica *sub specie* della salute pubblica (artt. 439, 440, 442 e 444) e della buona fede dei consumatori (artt. 515, 516 e 517). Ebbene, l'idea di provvedere una volta per tutte al censimento delle fattispecie da mantenere nell'area del penalmente rilevante, individuandole una ad una, sarebbe stata certamente preferibile sia sotto il profilo della certezza del diritto, sia nella prospettiva di un ottimale riassetto della materia. È fin troppo chiaro però che, specie nei tempi brevi imposti dalla legge di delegazione, tale soluzione risultava difficilmente praticabile, in quanto avrebbe imposto il confronto con una normativa sterminata e incerta nei suoi stessi confini; senza contare che, così procedendo, fatalmente alto sarebbe stato il rischio di dimenticanze. Con indubbio realismo, dunque, il legislatore delegato ha optato per una depenalizzazione affidata a una clausola generale, adeguatamente articolata al suo interno. In particolare, gli illeciti da depenalizzare vengono individuati attraverso l'indicazione delle leggi che li prevedevano, risultanti da un'elencazione allegata al decreto stesso (art. 1), nel cui ambito spicca la già citata legge n. 283 del 1962, che costituisce il corpo principale della normativa *extracodicem* in materia alimentare. Non potendo escludere che un siffatto *modus procedendi* generi qualche dimenticanza esiziale per la coerenza del sistema, il decreto legislativo ha previsto inoltre, quale criterio di chiusura, l'estensione della depenalizzazione alla violazione di ogni altra disposizione in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti; una soluzione, questa, che tuttavia presenta l'inconveniente di coinvolgere direttamente il giudice nella concreta selezione dei reati da degradare.

Ma non è tutto: intervenendo su una norma di carattere generale, qual è l'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689, il decreto legislativo ha disposto che, in caso di concorso apparente tra i nuovi illeciti depenalizzati e, più in generale, i vigenti illeciti amministrativi in materia alimentare, da un lato, e dall'altro le fattispecie penali tuttora previste dalla legge n. 283 del 1962 in quanto sottratte alla depenalizzazione, debbano prevalere queste ultime. Posto che nella materia alimentare il principio di specialità, sancito nell'art. 9, comma 1, cit., avrebbe potuto annullare la maggiore tutela offerta proprio dalle norme penali, con l'art. 95 il decreto legislativo vi ha dunque derogato attraverso l'apposita riformulazione del terzo comma del citato art. 9, la cui modifica parrebbe giustificarsi anche in considerazione del diverso grado di tutela che, nella materia alimentare, vengono ad offrire oggi i due fondamentali blocchi normativi: quello penale, che consta di fattispecie più vicine al piano dell'offesa al bene giuridico, poiché composto da reati di pericolo concreto o comunque da fattispecie in cui la presunzione di pericolo presenta un'elevata credibilità; e quello amministrativo, dove la tutela risulta più arretrata, in quanto attestata sulla soglia del mero pericolo astratto.

Va da sé che meglio definiti risultano in ogni caso i confini dell'intervento di depenalizzazione, che avvengono attraverso l'individuazione nominativa

dei nuovi illeciti amministrativi. È quanto accade segnatamente in relazione alle violazioni della disciplina della navigazione, dove il decreto legislativo ha depenalizzato la gran parte delle contravvenzioni contenute nel codice della navigazione (artt. 10-14), fatta eccezione per i pochi reati che la legge di delegazione aveva espressamente sottratto alla conversione in illeciti amministrativi. Analogamente deve dirsi in relazione alla disciplina della circolazione stradale (artt. 17-21). Qui il decreto legislativo è intervenuto in modo incisivo, apportando modificazioni del codice della strada probabilmente destinate a far discutere. Il riferimento è soprattutto alla depenalizzazione della guida senza patente (art. 19, comma 1), effettuata in fedele attuazione della legge di delegazione, che, fatta eccezione per alcune gravi fattispecie tassativamente indicate, stabiliva per l'appunto la depenalizzazione dei reati previsti dal codice della strada. Quanto alla disciplina delle violazioni finanziarie, come si è anticipato, la depenalizzazione ha riguardato pressoché esclusivamente il contrabbando doganale, limitatamente ai casi in cui i diritti di confine non superano i sette milioni di lire (cfr. il nuovo art. 295-bis d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43).

Un cenno, infine, merita la disciplina degli assegni, dove, per dare attuazione alla legge di delegazione, il decreto legislativo ha riscritto *ex novo* la fattispecie dei nuovi illeciti amministrativi di emissione di assegno senza autorizzazione (art. 28) e senza prowista (art. 29). Come si vedrà tra breve, qui il decreto legislativo attua un radicale ripensamento della materia che coinvolge l'allestimento di un sistema sanzionatorio alternativo, mirato a sopperire all'insufficienza di una disciplina degli assegni incentrata pressoché esclusivamente su un intervento di tipo punitivo, e la cui inefficacia ha rappresentato finora un dato empirico inoppugnabile.

3. - *Il rafforzamento dell'efficacia delle sanzioni amministrative.* Il recente decreto legislativo merita attenzione anche sotto un'altra angolazione, che costituisce uno dei suoi maggiori aspetti di novità: esso infatti non si limita a prevedere la sanzione amministrativa là dove era originariamente comminata quella penale, ma mira a conciliare il decongestionamento del sistema penale con l'accentuazione dell'efficacia dissuasiva della risposta sanzionatoria amministrativa. E questo un profilo centrale e assai delicato, che funziona da banco di prova per la credibilità di ogni opzione politico-criminale orientata verso la deflazione penale. Com'è intuitivo, infatti, la trasformazione degli illeciti non deve comportare una perdita di effettività della risposta sanzionatoria; essa piuttosto ha il compito di puntare a un potenziamento dell'efficacia preventiva del sistema sanzionatorio. Ebbene, questo importante obiettivo, è stato perseguito dal decreto legislativo con varietà di mezzi e soluzioni.

Innanzitutto, l'entità delle sanzioni amministrative comminate è stata elevata sensibilmente, in modo da adeguarla alla gravità degli illeciti, talvolta, alle presumibili capacità economiche dei loro autori. Sono indicatori di questa

sceita le nuove cornici edittali di molti illeciti, puniti oggi con sanzioni che arrivano a superare di gran lunga il tetto dei venti milioni di lire, che — come noto — costituisce il massimo edittale della sanzione amministrativa secondo la legge n. 689 del 1981. Si pensi, ad esempio, agli illeciti previsti dal codice della navigazione agli artt. 1184, 1199, 1201-bis, 1204 e 1208, e depenalizzati dal decreto legislativo agli artt. 13 e 14, commi 5, lett. *a* e *b*, 8 lett. *b*, 9 lett. *a* e 11 lett. *b*. Per non dire poi delle sanzioni previste per le violazioni in materia alimentare, dove si raggiungono massimi edittali fino a centottanta milioni di lire (cfr. l'art. 2, comma 1, lett. *c*); limite, questo, che, quando si tratta di sanzioni proporzionali, risulta a sua volta superabile, in base alla regola generale stabilita dall'art. 10, comma 1, della legge n. 689 del 1981, per la quale le sanzioni proporzionali non hanno di fatto un tetto massimo.

Per impedire che si attenui il tasso di afflittività della sanzione amministrativa e non ultimo la sua percezione da parte di chi deve subirla, il decreto legislativo stabilisce inoltre che nelle ipotesi più gravi all'autore della violazione amministrativa venga preclusa la facoltà del pagamento in misura ridotta, prevista in termini generali dall'art. 16 della legge n. 689 del 1981. È quanto accade, ad esempio, in relazione sia alle violazioni nel campo alimentare per le quali viene applicata la sanzione accessoria (cfr. art. 3, comma 3), sia ad alcuni illeciti depenalizzati previsti oggi dal codice della navigazione (cfr. il nuovo testo degli artt. 1184, 1199, 1201-bis e 1204). Analogamente si dispone in materia di circolazione stradale: il riferimento è soprattutto alle ipotesi di blocco stradale (*ex* art. 17, ult. comma) e a quelle previste dal codice della strada dal nuovo comma 3-bis dell'art. 202, tra cui la guida senza patente e l'inversione di marcia in autostrada (cfr. l'art. 23, comma 2); anche se al riguardo va ricordato che per tali ultimi illeciti il pagamento in misura ridotta è disciplinato dal terzo comma del citato art. 202. Il pagamento in misura ridotta è stato escluso altresì per le ipotesi di emissione di assegni senza autorizzazione o senza *pro*wista (cfr. i nuovi artt. 1 e 2 l. n. 386 del 1990).

In secondo luogo, l'efficacia preventiva dei nuovi illeciti amministrativi è affidata anche, se non soprattutto, alla valorizzazione delle sanzioni accessorie, aventi contenuti interdittivi che possono risultare più afflittivi di quelli insiti nella stessa pena, specie quando quest'ultima ha natura pecuniaria o quando interviene nel cono d'ombra della sospensione condizionale. Nell'articolato campionario delle tipologie sanzionatorie accessorie, alcune delle quali derivano dalle pene accessorie che erano originariamente comminate quando l'illecito aveva natura penale (si pensi alle sanzioni previste in materia di navigazione), meritano di essere segnalate per la loro presumibile efficacia preventiva la chiusura dello stabilimento e la revoca della licenza (o dell'autorizzazione sanitaria), comminate per le violazioni nel campo degli alimenti. Tali sanzioni accessorie, applicabili nei casi di reiterazione specifica della violazione, sono previste di regola come temporanee e - proprio per il loro forte impatto interdittivo — presentano natura discrezionale (art. 3,

comma 2), nel senso che vengono rimesse al prudente apprezzamento dell'amministrazione competente, secondo il principio generale rinvenibile nell'art. 11 della legge n. 689 del 1981. Solo nei casi più gravi, ovvero quando sia derivato un pericolo per la salute, l'art. 3, comma 2, lett. b, consente di irrogare in via definitiva la chiusura dello stabilimento e la revoca della licenza, anche al di fuori delle ipotesi di reiterazione specifica.

Sempre a proposito della valorizzazione delle sanzioni amministrative accessorie ad opera del decreto legislativo, almeno un cenno va fatto all'affissione e pubblicazione del provvedimento, previste nella materia degli alimenti (art. 7), alla sospensione dalla professione marittima, che opera in relazione ai nuovi illeciti amministrativi connessi alla disciplina della navigazione (art. 9), al fermo e alla confisca del veicolo, operanti con riguardo a taluni illeciti in materia di circolazione stradale (artt. 18, 19, 20 e 21), che si aggiungono alla sospensione della carta di circolazione e della patente di guida (v. ad esempio l'art. 20). Un potere di confisca, analogo a quello attribuito all'autorità giudiziaria per i reati di contrabbando, è stato trasferito all'autorità amministrativa per quel che concerne le ipotesi di contrabbando depenalizzate (art. 25).

In terzo luogo, come si è avuto modo di anticipare, in determinati campi di materia il decreto legislativo ha allestito un sistema sanzionatorio alternativo, nel senso che l'intervento riformatore non si è limitato alla trasformazione dei reati in corrispondenti illeciti amministrativi, ma ha attuato una strategia preventiva, che si articola in una rete di misure inibitorie, supportata da un apparato di controllo. È quanto accade nella materia degli assegni, che costituisce uno degli aspetti più delicati affrontati dal decreto legislativo. Come noto, il volume dei processi penali per assegni "a vuoto" ha costituito finora una delle cause principali del sovraccarico giudiziario, produttivo a sua volta di un notevole arretrato di lavoro, sulla cui entità ha verosimilmente influito l'aspettativa dell'atteso provvedimento di depenalizzazione. Ebbene, se con la depenalizzazione della materia degli assegni il decreto legislativo ha certamente contribuito allo sgravio di lavoro del giudice penale, è pur vero che la nuova regolamentazione mira a un incremento della prevenzione. Poiché è fin troppo chiaro che l'emissione di assegni a vuoto non può essere efficacemente scoraggiata con la comminazione della sola sanzione amministrativa pecuniaria (specie se si considera che in quel compito ha finora fallito la più grave sanzione penale), il decreto legislativo punta sul divieto di emettere assegni per un periodo da due a cinque anni e, nei casi più gravi, su altre misure inibitorie pur sempre temporanee, quali l'interdizione dall'esercizio di un'attività professionale o imprenditoriale, l'interdizione dall'esercizio degli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese nonché l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Ma la novità di maggior rilievo è il passaggio dall'attuale revoca aziendale (riguardante cioè il singolo istituto trattario coinvolto nell'emissione senza provvista) alla c.d. revoca di sistema (o generale), che si estende a tutte le

autorizzazioni ad emettere assegni e comporta il divieto per qualunque banca e ufficio postale di stipulare nuove convenzioni. A sua volta, l'effettività di un siffatto sistema preventivo viene supportata dall'istituzione di un archivio informatico presso la Banca d'Italia, destinato a contenere tutte le informazioni relative all'emissione di assegni senza autorizzazione o senza provvista (nuovo art. 10-bis l. n. 386 del 1990).

4. - *Le innovazioni apportate al codice penale e alla legge di «modifiche al sistema penale».* Questo sintetico quadro delle innovazioni introdotte dal decreto legislativo n. 507 del 1999 deve essere completato con uno sguardo alle importanti modifiche apportate al codice penale e soprattutto alla legge di "modifiche al sistema penale, che in un certo senso può considerarsi la parte generale dell'illecito amministrativo punitivo.

Per quanto concerne il codice penale, si è avuto modo di anticipare che la riforma ha espunto dall'area del penalmente rilevante una serie di reati caratterizzati dall'esiguo disvalore offensivo. Come è già avvenuto in occasione di altre leggi di depenalizzazione, tali illeciti — oggi amministrativi — mantengono la loro originaria collocazione topografica all'interno del codice penale, unicamente per ragioni tecniche ovvero per la mancanza di un apposito contenitore normativo, che peraltro non avrà ragion d'essere finché gli illeciti amministrativi non assumeranno uno sviluppo più sistematico e organico, e dunque fino a quando la loro genesi sarà in prevalenza quella di reati degradati. Ebbene, merita di essere segnalato che la recente depenalizzazione non ha riguardato soltanto il versante delle contravvenzioni (nel cui contesto non può passare inosservata la degradazione della bestemmia), ma ha interessato anche i delitti tra cui quello di atti osceni colposi e alcune fattispecie punite con pena alternativa, come l'uso di biglietti falsificati di pubbliche imprese di trasporto e l'alterazione di segni nei valori di bollo (cfr. i nuovi artt. 466 e 467 c.p.).

Per contro, nella prospettiva di un rafforzamento della tutela penale, l'art. 5 del decreto legislativo ha introdotto una circostanza aggravante di nuovo conio, che prende posto all'art. 517-bis c.p. e prevede un aumento di pena quando i reati di frode in commercio, vendita di sostanze alimentari non genuine e vendita di prodotti industriali con segni mendaci hanno ad oggetto alimenti o bevande, la cui denominazione di origine o le cui caratteristiche sono disciplinate dalla normativa vigente. Ad un tempo, si è previsto che, avuto riguardo alla gravità dei fatti o in caso di recidiva, il giudice possa applicare la pena accessoria della chiusura dello stabilimento o dell'esercizio, ovvero la revoca della relativa licenza.

Passando adesso alle modifiche apportate alla legge n. 689 del 1981, oltre alla già considerata riformulazione dell'art. 9, comma 3, in materia di specialità, il decreto legislativo si segnala per una innovazione di tutto rilievo, qual è l'introduzione dell'istituto della reiterazione delle violazioni amministrative (nuovo art. 8-bis l. n. 689 del 1981), destinato a disciplinare in termini

generali un fenomeno — quello per l'appunto della "ricaduta" nell'illecito amministrativo — al quale il decreto legislativo riconnette ora l'applicazione di una sanzione amministrativa accessoria, ora l'aggravamento di quella principale. Più che da un'espressa indicazione della legge di delegazione, la definizione della "reiterazione" dipende dunque dall'esigenza di evitare sperequazioni nella concreta dosimetria delle sanzioni. È chiaro infatti che, in assenza di una sua consacrazione legislativa, la nozione di reiterazione e l'ambito effettivo delle sue conseguenze sanzionatorie sarebbero stati rimessi alla discrezionalità di ogni singola amministrazione procedente, con intuibili disomogeneità applicative. Ebbene, nel disciplinare la reiterazione delle violazioni, il decreto legislativo ne è ancora l'ambito concettuale a due requisiti essenziali: l'uno, di natura temporale, dà rilevanza alle violazioni realizzate dallo stesso agente che intervengono nei cinque anni successivi alla commissione del primo illecito amministrativo, accertato con provvedimento esecutivo; l'altro requisito, di natura sostanziale, attiene invece all'identità di indole che accomuna gli illeciti realizzati, desunta dalla natura dei fatti e dalle modalità della condotta.

Un cenno conclusivo merita un'altra rilevante modifica che l'art. 98 d. lgs. 29 dicembre 1999, n. 507 ha introdotto in attuazione della delega contenuta nell'art. 2 della legge n. 205 del 1999: ci si riferisce all'attribuzione al giudice di pace della competenza per l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689 del 1981. Com'è evidente, qui si è voluto perseguire l'obiettivo della mera deflazione processuale, che il decreto legislativo ha ritenuto di poter conciliare con le innunciabili istanze di garanzia del cittadino, prevedendo che la competenza in materia di opposizione all'ordinanza-ingiunzione torni ad essere del giudice (ovvero al tribunale in composizione monocratica) quando la sanzione comminata superi i trenta milioni di lire ovvero nei casi in cui sia stata applicata una sanzione avente contenuti incapacitanti. A questa deroga se ne aggiunge un'altra per materia, dato che l'opposizione si propone avanti l'autorità giudiziaria allorché riguardi questioni che comportano una particolare difficoltà di accertamento o coinvolgono rilevanti interessi collettivi. Ebbene, tali materie, che sono elencate tassativamente nel nuovo art. 22-bis, comma 2, della legge di modifiche al sistema penale, comprendono la tutela del lavoro, la previdenza e l'assistenza obbligatoria, l'urbanistica e l'edilizia, la tutela dell'ambiente, l'igiene degli alimenti nonché il settore societario, tributario e valutario. Va segnalato infine che per la materia degli assegni è stata prevista una deroga alla rovescia, nel senso che in tali casi la competenza per l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione è sempre del giudice di pace, indipendentemente dall'entità della sanzione e dai suoi contenuti eventualmente interdittivi. Evidentemente, qui hanno finito per prevalere l'istanza di una deflazione incondizionata e la sottostante preoccupazione che, seppure di "ritorno", la mole del contenzioso connesso alla disciplina degli assegni porti a un nuovo ingolfamento degli uffici giudiziari.

5. – *L'entrata in vigore del decreto legislativo: ovvero la riforma alla prova dei fatti.* Gran parte delle innovazioni introdotte dal decreto legislativo n. 507 del 1999 entreranno in vigore tra breve, dopo la normale *vacatio legis* di quindici giorni dalla pubblicazione nella gazzetta ufficiale. E in molti casi le autorità amministrative designate avvertiranno subito il peso delle sopraggiunte competenze, dato che la nuova disciplina si applicherà anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo, salvo che non sia intervenuta una sentenza di condanna irrevocabile. Ciò significa che il carico dei processi pendenti subirà una deviazione del suo flusso, che metterà alla prova l'efficienza repressiva delle autorità amministrative. È quanto accadrà in particolare con riguardo all'imponente volume dei processi per assegni senza provvista, dato che l'attesa di depenalizzazione degli assegni "a vuoto" ha rallentato di fatto la definizione penale di molti procedimenti. Adesso l'aspettativa del giudice penale ha trovato finalmente riscontro nell'investitura del prefetto a organo competente a irrogare le sanzioni amministrative (cfr. il nuovo art. 4 l. n. 386 del 1990); nondimeno la riforma non entrerà subito a pieno regime. Le disposizioni relative alla revoca di sistema e all'archivio informatico, che costituiscono il punto di forza della nuova disciplina, dovranno aspettare infatti l'apposito regolamento di attuazione previsto dal decreto legislativo all'art. 36, comma 2, e atteso entro centocinquanta giorni dall'entrata in vigore del decreto medesimo. Il sistema di controllo, però, sarà concretamente operativo solo dopo l'ulteriore *vacatio* di centocinquanta giorni dalla pubblicazione del regolamento anzidetto (art. 105, comma 1, d. lgs. 29 dicembre 1999, n. 507); un lasso di tempo, questo, che andrà utilizzato anche per predisporre un'ottimale organizzazione degli uffici amministrativi. A questo punto, infatti, la bontà della riforma dipenderà dall'efficienza degli organi divenuti competenti a irrogare la sanzione. È a loro che spetta la parola decisiva, affinché il cammino della deflazione penale possa davvero proseguire senza essenziali crisi di attuazione.

ABSTRACT

The 29 December 1999 legislative decree represents another important stage in the policy of decriminalization of minor crimes. It is characterized by some new aspects, most importantly the attempt to reconcile the reduction of decriminalization through the petition of an increase in effectiveness of the administrative sanction.

Il decreto legislativo 29 dicembre 1999 rappresenta un'altra importante tappa della politica di depenalizzazione dei reati minori. Esso si caratterizza per alcuni profili di novità, primo tra tutti il tentativo di conciliare la funzione deflattiva della depenalizzazione con l'istanza di un incremento di efficacia della sanzione amministrativa.

WANDA FORMIGONI

CODEX THEODOSIANUS, LIB. VI, TITULUS XXIX,
DE CURIOSIS: "CONSTANTIUS CURIOSORUM
INSOLENTIAE, AMBITIONI, AVARITIAE MODUM
PONIT: OFFICIUMQUE EORUM CIRCA CURSUM
PUBLICUM ET CURAS AGENDAS INSTRUIT". (")

1. Ambito dell'indagine. Alcuni cenni sul *cursus publicus*.

Questo breve contributo si propone di analizzare le costituzioni de *curiosis* emanate nella seconda metà del IV sec. da Costanzo II e raccolte nel Codex Theodosianus nel libro VI. Il contenuto di esse è stato lucidamente riassunto da Gotofredo con le parole citate nel titolo; seguendo questo filo conduttore, comunque, non ci è sembrato inutile riprendere l'argomento.

Come è noto questi funzionari afferivano al *cursus publicus* e prima di analizzare le costituzioni in discorso giova brevemente ricordare lo svolgimento storico di questa importante istituzione amministrativa.

Il *cursus publicus*, verosimilmente, fu istituito ⁽¹⁾ da Augusto quo *celerius ac sub manum adnuntiari* cognoscique posset, quid in provincia quaque gereretur ⁽²⁾.

Gli imperatori successivi proseguirono il disegno augusteo, ampliando l'organizzazione e estendendo la rete di itinera *publica*, così da favorire il transito di mezzi ed informazioni sull'intero territorio dell'impero.

(*) GOTHOFREDUS, Codex Theodosianus, *Commentarius*, II, Lipsiae, 1737, pag. 196.

⁽¹⁾ Sull'organizzazione e sull'importanza del *cursus publicus*, che forse troppo sbrigativamente viene indicato come "servizio postale", cfr. SEECK, s.v. *Cursus publicus*, PWRE, W, HUDEMANN, Storia *del* servizio postale romano durante l'epoca imperiale (Gesch. Des rom. Postwesens, Berlin, 1875) in Biblioteca di Storia Economica, VI, Milano, 1929; HOLBENG, *Zur* Gesch. des *Cursus publicus*, Diss. Uppsala, 1933; PFLAUM, Essai sur le "*Cursus publicus*" sous le haut-empire romain, Paris, 1940, a cui si rinvia per una più approfondita rassegna bibliografica; BELLINO, s.v. *Cursus publicus*, Diz. Ep. De Ruggiero, II, Roma, 1961.

⁽²⁾ SVET., Aug. 49.

Posto che, a quel che sembra, scopo primario del *cursus* era stabilire un rapido scambio d'informazioni fra autorità centrale e province, va detto che, fin dalle origini, per il raggiungimento di tal fine si fece ricorso all'impiego della milizia, avvezza quale era a frequenti e rapidi spostamenti, ed affidabile sotto il profilo disciplinare ⁽³⁾.

I costi e la gestione dell'attività che l'organizzazione del *cursus* comportava, furono, per tutto il primo secolo d.C., onere e dovere dei provinciali e dei magistrati che se ne servivano. A cominciare da Adriano, il quale *cursum fiscalem instituit, ne magistratus hoc onere gravaretur* ⁽⁴⁾, tali costi furono, poi, ripartiti, con alterne vicende, fra autorità centrale e province.

Per quel che possiamo apprendere dal *Codex Th.*, libro 8°, titolo 5°, e dal corrispondente *Codex Iust.* libro 12°, titolo 50°, oltre che da altre costituzioni fuori sede, a partire da Costantino, gli imperatori postclassici hanno dedicato al *cursus* una particolare attenzione. Il quadro che si ricava da una valutazione d'insieme del titolo del Teodosiano de *cursu publico*, *angariis et parangariis*, che contiene 66 costituzioni, è tale per cui il *cursus publicus* si configura come un servizio attorno a cui si è venuta creando una rete di uffici nel tempo sempre più complessa ed articolata, volta a provvedere a tutte le attività necessarie ad agevolare gli spostamenti dei viaggiatori sugli itinera publica, ma al tempo stesso volta a controllare le considerevoli entrate che provenivano dal *cursus*, nonché le informazioni, talvolta vitali dal punto di vista politico, che giungevano da ogni parte dei confini dell'Impero.

Nelle numerose *stationes* dislocate nelle province, il *cursus vehicularis*, distinto a seconda che fossero messi a disposizione carri o carrozze, forniva, dunque, servizi, in prevalenza ai funzionari e dignitari imperiali, civili o militari, impegnati a spostarsi nell'ambito delle funzioni loro assegnate.

Per la vastità del territorio su cui il *cursus* si espandeva, per il largo uso che di questo servizio progressivamente si venne facendo, anche da parte dei privati, le fonti testimoniano, poi, come via via si sia resa necessaria una sorveglianza sempre più stretta della complessa organizzazione, affidata a uomini di estrazione militare, che, oltre ad altre mansioni, sorvegliassero il servizio nelle singole province, al fine di garantirne un corretto utilizzo ed un buon funzionamento. Si tratta dei curiosi provenienti dalla *schola agentum* in rebus.

La complessità dei mezzi e delle persone impiegate in tale attività, sollevò, come si legge nelle fonti del tempo, numerosi problemi di non facile soluzione; al loro superamento, affrontato con soluzioni diverse dai differenti imperatori, contribuì l'evidente consapevolezza di ciascuno dell'importanza che il cosiddetto "servizio postale" aveva assunto, in relazione ai vantaggi economici e politici che derivavano dal suo buon funzionamento.

⁽³⁾ AUR.VICT., Caes. 13.

⁽⁴⁾ SPART., *Had.* 7.

In questo quadro di riferimento si collocano le cinque costituzioni di Costanzo II che intendiamo passare in rassegna per valutarne la portata innovativa che esse presentano nell'organizzazione del *cursus publicus*.

Si tratta di cinque costituzioni emanate fra 355 e il 359 d.C., contenute nel titolo *De Curiosis* ⁽⁵⁾ di *Codex Th.* 6,29, solo tre delle quali sono riportate nel *Codex Iustinianus*.

2. CTh. 6.29.1.

Cominciamo dalla prima costituzione contenuta in CTh.6.29, inviata da Costanzo II, nel luglio del 355, a Lolliano *Praefectus Praetorio Italiae* ⁽⁶⁾. Questa costituzione, per ricollegarci al giudizio espresso da Gotofredo ⁽⁷⁾, può essere ricondotta alla volontà di "*curiosorum insolentiae ... modum ponere*":

CTh.6.29.1 (355) ⁽⁸⁾ – (IM)P. CONSTANTIUS A. AD LOLLIANUM P(RAEFECTUM)P(RAETORIO). Ii, quos curagendariosive curiosos provincialium consuetudo appellat, proprio arbitrio quos esse reos putaverint, feralibus carcerum tenebris mancipare non dubitant. Memorati igitur curiosi et stationarii vel quicumque funguntur hoc munere crimina iudicibus nuntianda meminerint et sibi necessitatem probationis incumbere, non citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit. Cesset ergo prava consuetudo, per quam carceri aliquos immittebant. DAT. XI KAL. AVG. MED(IOLANO), ACC. (X)II KAL. SEPT. ARBITIONE ET LOLLIANO CONSS. (a.355)

⁽⁵⁾ Sui luoghi in cui, nelle fonti, è impiegato il termine *curiosus* v. Thesaurus ling. Lat., IV, Leipzig, 1976, col. 1492 ss.; sui diversi contenuti che detto termine assume, poi, v. FORCELLINI, sv. *Curiosus*, *Lexicon Totius Latinitatis*, I, rist. an. Bologna, 1965, col. 920. Per un'attenta ricognizione delle fonti classiche sull'impiego di *curiosus* in diverse accezioni, v. PURPURA, I *Curiosi* e la schola agentum in rebus, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XXXIV, 1973, pag. 168 e bibl. ivi citata. V. *infra* n. 10

⁽⁶⁾ Sul ruolo e sulla carriera di *Lollianus*, cfr. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, VI/2, Lypsiae, 1743, pag. 9 e pag 64; JONES, MARTINDALE, MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, Cambridge, 1971, pag. 512 s.

⁽⁷⁾ V. *supra*.

⁽⁸⁾ Cfr. Cl.12.22(23).1: Imp. Constantius a. ad Lollianus praefectum praetorio. Curiosi et stationarii, vel quicumque funguntur hoc munere, crimina iudicibus nuntianda meminerint et sibi necessitatem probationis *incumbere*, non *citra* periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit. cesset ergo prava consuetudo, per quam carceri aliquos immittebant. D. XI k. Avg. Mediolani. Acc. XII k. Sept. Arbitione et Lolliano cons. s.

Il testo contiene ordini circostanziati su quale sia il comportamento che deve essere assunto da *curagendarii* ⁽⁹⁾, chiamati per consuetudine provinciale, *curiosi* ⁽¹⁰⁾, insomma da quei funzionari, che non hanno scrupoli nel

⁽⁹⁾ Il nome *curagendarius* si spiega alla luce del *curae agenda* a cui il funzionario è tenuto: v. CTh. 6.29.2; CTh. 6.29.4; CTh. 6.29.5.

⁽¹⁰⁾ Sull'impiego di tale termine nelle fonti v. n.5; verosimilmente la prima testimonianza di un *miles curiosus* ci giunge da SVET., Aug. 27: Nam et Pinarium equitem *romanum* cum, contionante se admissa turba paganorum, apud *militēs* subscribere *quaedam* animadvertisset, *curiosum* ac *speculatorem* ratus, coram *confodi* imperavit. Sull'impiego di *curiosum* ac *speculatorem*, cfr. MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, Leipzig, 1899, pag. 318 s. Rilevante è Tertulliano: (TERT. *Fug.* 13) *Nescio dolendum an erubescendum sit, cum in matricibus beneficiorum et curiosorum, inter tabernarios, et lanios, et fures balnearum, et aleones, et lenones, Christiani quoque vectigales continentur.* Nel lamentare l'iscrizione dei cristiani nelle liste dei *beneficarii* e dei *curiosi* come una consuetudine vergognosa, perché l'imposta li accomunava a soggetti di bassa estrazione quali i tavernai, i macellai, i ladri dei bagni, i giocatori, i lenoni (v. quanto osserva GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 192), Tertulliano ci informa di come a detti militari fosse stabilmente affidato il compito di curare, a fini fiscali, la regolare tenuta dei registri e come esercitassero tale attività con un'autorità non esente da prepotenza e sopraffazione. Sull'impiego di *agentes in rebus* per fini analoghi v. CTh. 11.7.17. Sul punto, cfr. MARQUARDT, *L'organisation militaire chez les Romains*, Paris (tr. franc. della 2 ediz.), 1891, pag. 221, n. 4, e pag. 291, che riconosce precise affinità fra l'attività svolta dai *curiosi* e quella assegnata ai *beneficarii*, e PURPURA, I *Curiosi* e la *schola agentum* in rebus, cit., pag. 170 s., che, invece, manifesta perplessità sul fatto che l'attività dei *curiosi* e dei *beneficarii* sia posta sullo stesso piano; a suo avviso, infatti, la testimonianza di Tertulliano andrebbe intesa come prova dell'esistenza di una distinta categoria di funzionari con compiti ufficiali di polizia. Notizie di *curiosi* impiegati per svolgere attività segrete d'informazione a danno dei provinciali le incontriamo ancora in AUR. VICT., Caes. 39: Neque minore studio pacis officia vincta legibus *aequissimis* ac remoto *pestilenti frumentariorum* genere, quorum nunc *agentes rerum simillimi* sunt. Qui cum ad *explorandum annuntiandumque*, equi forte in provinciis *motus* existent, instituti viderentur, compositis *nefarie* criminationibus, *iniecto passim metu*, praecipue remotissimo cuique, cuncta foede diripiebant. Gli *agentes in rebus* avrebbero, secondo lo storico, sostituito, dunque, i *frumentarii* nel compito di esplorare zone dell'impero, lontane dal controllo diretto dell'autorità centrale, ciò per riferire di mancanze dei provinciali o di sommosse in atto; tali incarichi, viene detto, sarebbero stati svolti con tale zelo ed insana avidità da non far sembrare questi militari migliori, rispetto quelli che si cercava di sostituire. Testimonianze dell'impiego di *agentes in rebus* per fini di spionaggio (v. *infra* n. 36), si trovano, ad esempio, in SPART., Hadr., 27, 117-138, TREB., Claud., 17, 54-68, CAPT., *Opil.*, 12, 217-218. Quest'ultimo storico, in Max. Balb. 10, afferma che l'autorità imperiale si sarebbe servita di militari per missioni particolari, come inviare lettere, dare disposizioni; in tale testimonianza non è fatto cenno ad incarichi assegnati nell'ambito del *cursus publicus*. Anche in DIO CASS., *Historiae romanae* epit., 79.1 ss., si accenna all'impiego di *frumentarii*, indicandoli come ἀγγελιφόροι (= messaggeri) e γραμματόφοροι (= corrieri). Per GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 192, il riferimento delle fonti a *frumentarii* e a *curiosi*, va capito alla luce dei diversi compiti, nel tempo, a loro assegnati. V., sul punto, PURPURA, I *Curiosi* e la *schola agentum* in rebus, cit., pag. 232 s.

consegnare, secondo il proprio arbitrio, alle tenebre feroci del carcere chi ritengano colpevole. A questi curiosi, come agli stationarii ⁽¹¹⁾ e a chi eserciti analoghe funzioni di polizia, Costanzo II ordina di denunciare ai giudici i *crimina* di cui vengano a conoscenza ⁽¹²⁾ e di fornire le prove delle accuse avanzate; ciò, se non vogliono essi stessi essere sottoposti a pena.

La costituzione termina con un'esortazione a far cessare la vergognosa abitudine di gettare in carcere persone ⁽¹³⁾.

I comportamenti, dunque, che la legge cerca di correggere sono due, entrambi legati al *munus*, che incombeva ai Curiosi, di ricevere e denunciare ai giudici la notizia dei crimini.

Il primo abuso da reprimere era un utilizzo improprio del potere coercitivo nei confronti dell'indagato; il secondo di impedire che denunce e accuse solo calunniose consentissero l'avvio dell'azione contro l'indagato ⁽¹⁴⁾. Da ciò la necessità che fossero portate dagli accusatori prove circostanziate delle accuse mosse e la previsione che il curiosus rispondesse personalmente del mancato rispetto di dette disposizioni (sibi necessitatem probationis incumbere, non *citra periculum* sui).

Per comprendere appieno l'importanza che queste disposizioni imperiali rivestono, in un contesto di cambiamenti che Costanzo II ha inteso portare all'organizzazione del *cursus publicus*, è indispensabile identificare il profilo dei funzionari contro cui l'imperatore si scaglia con un provvedimento così severo, funzionari variamente denominati e che *curiosos provincialium consuetudo appellat*.

3. CTh. 6.29.2.

La testimonianza più illuminante sulla configurazione di detti funzionari ed il loro inquadramento è costituita dalla seconda costituzione emanata da

⁽¹¹⁾ Stationarii erano militari assegnati, con funzioni di controllo, alle stazioni di ristoro che si trovavano lungo le strade servite dal *cursus*; v. TERT. *Apol.* 2.

⁽¹²⁾ Su tali attività v., ad esempio, CTh.8.4.2; CTh.8.5.1; CTh.16.2.31.

⁽¹³⁾ Sull'interpretazione da darsi a CTh.6.29.1, v. NOETHLICH, *Beamtentum und Dienstvergehen. Zur Staatsverwaltung in der Spätantike*, Wiesbaden, 1981, pag. 168, secondo il quale, fra l'altro, (pag. 223), in questa costituzione sarebbe configurato l'unico caso di cui si abbia notizia di carcerazione preventiva, posta in essere in materia tributaria.

⁽¹⁴⁾ Sulla tecnica delle accuse nel basso impero, v. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, (IV-V secolo), Milano, 1996, pag. 80 s.; ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato*, Padova, 1998, pag. 100, n.8; CENTOLA, *Crimen calumniae*. Contributo allo studio del processo criminale romano, Napoli, 1999, pag. 136 ss. V., inoltre, GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 193, che, nel commentare la costituzione, ricorda come fosse frequente il rischio di denunce infondate e che di ciò è riportata testimonianza in numerose fonti; sul fatto poi che non si dovesse prestar fede agli elogi e alle delazioni dei curiosi, Gotofredo rinvia a quanto si legge in CI. 9.2.7 e CI. 9.2.14.

Costanzo II, nell'aprile del 357, diretta a *Taurus*, Praefectus *Praetorio Italiae* ⁽¹⁵⁾:

CTh.6.29.2 (357) ⁽¹⁶⁾ – (I)DEM (IMP. CONSTANTIUS) A. ET IULIANUS CAES. AD TAURUM. Agentes in rebus, in curis agendis et evectionibus publici cursus inspiciendis nostrorum memores praeceptorum credimus in omnibus velle profutura rei publicae. Sed accedunt ex officio mirandae prudentiae tuae, qui parem sibi licentiam vindicent; contigit etiam, ut vicarii quoque mittant ex officiis suis huiusmodi negotiis operam praebituros. Adimatur ergo haec licentia facinoribus et officiis universis curarum publici cursus copia denegetur, nam solos agentes in rebus in hoc genere iussimus obsequium adhibere. Nec vero multos esse per singulas provincias iussimus, quippe sufficit duos tantummodo curas gerere et cursum publicum gubernare, ut, licet in canalibus publicis haec necessitas explicetur, numerus tamen amplior esse non debeat. Hi vero pervigili diligentia providebunt, ne quis citra evectionis auctoritatem moveat cursum vel amplius postulet, quam concessit evectio, ut habens unius copiam raedae flagitet duas, aut raedam usurpet, cui birotum vel veredum postulare permissum est. Quisquis igitur aliquid tale perpetrare temptaverit, inprobi coepti privetur effectu, Demonstratur etiam iudicibus vel curiosis evectio, etsi quis nobis iubentibus festinare memoret in obsequium necessarium, nec praevaleat contumacia vel dignitas. Contingit etiam in cursu clavulari, ut forte quis pro animalibus minime praebitis pecunias pendere cogatur lucro eius qui cursui praesederit, inprobe vindicandas. Ergo nummum vetamus exposci pro animalibus in cursu minime con-

⁽¹⁵⁾ Sul ruolo e sulla carriera di *Taurus*, v. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, VI/2, cit., pag. 9 e pag. 89; cfr. JONES, MARTINDALE, MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, cit., pag. 897 s.; v., inoltre, CLEMENTE, *La "Notitia Dignitatum"*, Cagliari, 1968, pag. 87 s., 178, 232 s., 329. Sui rapporti che legarono questo funzionario a Costanzo, v., inoltre, quanto osserva MAZZARINO, *Stilicone. La crisi imperiale dopo Teodosio*, Milano, 1990, pag. 255.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cl. 12.22(23).2: Imp. Constantius A. et Iulianus C. ad Taurum pp. *Agentes in rebus in curis agendis et evectionibus publici cursus inspiciendis nostrorum memores praeceptorum credimus in omnibus velle profutura rei publicae: ideoque solos agentes in rebus in hoc genere iussimus obsequium adhibere, et non ab alio penitus officio. Hi vero pervigili diligentia providebunt, ne quis contra evectionis auctoritatem moveat cursum vel amplius postulet, quam concessit evectio. quisquis igitur aliquid tale perpetrare temptaverit, improbi coepti privetur effectu. Demonstratur etiam iudicibus vel curiosis evectio, etiamsi quis nobis iubentibus festinare memoret in obsequium necessarium, nec praevaleat contumacia vel dignitas. Ergo nummum vetamus exposci pro animalibus in cursu minime constitutis. quod si forte aliquis aestimaverit perpetrandum, eius quadruplum quod accepit inferre cogatur. D. XV k. Mai. Mediolani Constantio A. VIII et Iuliano C. II cons.*

stitutis. Quod si forte aliquis aestimaverit perpetrandum, eius quadruplum quod accepit inferre cogatur. DAT. XV KAL. MAI. MED(IOLANO) CONSTANTIO A. VIII ET IULIANO C. II CON(SS). (a.357)

Questa costituzione appartiene, seguendo la sintesi di Gotofredo (17), al secondo aspetto della legislazione di Costanzo, quello con cui egli "*officium eorum (curiosorum)* circa *cursum publicum* et *curas agendas instruit*". Il provvedimento si apre con una dichiarazione d'aperta fiducia dell'imperatore nei confronti degli *agentes in rebus* (18): noi crediamo, afferma Costanzo, che gli *agentes in rebus*, memori dei nostri precetti in tema di *curae agendas* e *evectiones* (19) *publici cursus inspiciendae*, vorranno in tutti gli affari portare giovamento alla cosa pubblica.

(17) V. *supra*.

(18) Nel codice Teodosiano come quello di Giustiniano, tre diversi titoli contengono disposizioni che riguardano gli *agentes in rebus*: CTh. 6,27; CTh. 6,28; CTh. 6,29 = Cl.12.20(21); Cl.12.21(22); Cl.12.22(23). Per quanto sia difficile conoscere come fosse organizzata la formazione militare del tempo, è certo che la *schola agentum in rebus* si distingueva da ogni altra *schola* militare per la rigida selezione che vi si effettuava in ordine all'accesso, per il rigore adottato nella valutazione dei requisiti richiesti per raggiungere i gradi più alti della carriera e per il numero elevato di anni richiesti per la formazione dei più alti ufficiali. Nella *schola agentum in rebus* le ammissioni, infatti, avvenivano solo su richiesta, o su segnalazione del principe, o per tradizione familiare (CTh.6.28.8; CTh.6.28.3; CTh.6.28.4; CTh.6.28.11; CTh.6.28.17); l'ammissione era preclusa agli ufficiali *iudicum* (CTh.8.7.16), agli ebrei e ai samaritani (CTh.16.8.16; CTh.16.8.24). La *schola agentum in rebus* si articolava in cinque gradi di carriera, il più elevato dei quali era quello dei *ducenarii*, seguiva quello dei *centenarii*, *biarchi*, *circitares* e degli *equites*; il percorso nella carriera prevedeva una permanenza nella *schola* di almeno 20 anni (CTh.6.27.19). I massimi esponenti della scuola erano i *principes agentum in rebus* che potevano essere inviati nelle province ad *gubernanda officia iudicum* (CTh.6.28.6; Nov. 14 Theod. e Valent.). Sul ruolo, le funzioni e la dignità di questi alti ufficiali restano fondamentali le notizie, nonché le osservazioni di GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 183 ss., secondo cui i curiosi - di cui in CTh.6.29 - sarebbero stati scelti, appunto, fra i *principes agentum in rebus*. Sul progressivo aumento dell'autorità dei *principes*, connessa alla rinnovata importanza riconosciuta alla *schola agentum in rebus* da Costanzo in poi, v. ad esempio, quanto osserva MAZZARINO, *Trattato di Storia Romana*, II, Roma^{2^{ed}}, 1962, pag. 443, id. Stilicone. *La crisi imperiale dopo Teodosio*, Milano^{2^{ed}}, 1990, pag. 122 ss. e MARCHI, *Il "Princeps officii" e la Notitia Dignitatum*, St. Giur. in Onore di C. Fadda, V, 1906, pag. 390 s. V. *infra* n. 34, 36.

(19) Posto che non è dato stabilire a quali altre disposizioni già impartite da Costanzo si stia riferendo, egli passa a disciplinare l'*evectio*. Come noto *evectio* indica il permesso concesso a chi si serviva del *cursus publicus*. Era un documento scritto, redatto per mano dell'autorità che lo concedeva: l'imperatore stesso (CTh.8.5.4; CTh.8.5.9; CTh.8.5.14; CTh.8.5.40; CTh.8.5.56), il *magister officiorum* (CTh.8.5.22; CTh.8.5.35; CTh.8.5.49), il *praefectus praetorio* (CTh.8.5.12; CTh.8.5.35; CTh.8.5.40; CTh.8.5.62; CTh.8.5.56) e, in casi tassativamente previsti, il *praefectus urbis* (CTh.8.5.19). Come si vedrà, l'*evectio* non legittimava un utilizzo arbitrario dei mezzi di trasporto messi a

Quindi Costanzo, dopo aver sottolineato che tali funzioni sono state rivendicate da altri ufficiali, compresi quelli provenienti dalla prefettura del pretorio, ordina che cessi ogni arbitrio e che le due funzioni sopra indicate siano rigidamente riservate ad *agentes* in rebus e fissa il loro numero a due per provincia ⁽²⁰⁾: "ma accedono – il principe si rivolge al prefetto – dall'ufficio della tua mirabile saggezza (uomini) che rivendicano per se stessi pari poteri; accade inoltre che anche i *vicarii* per i loro *officia* mandino (funzionari) per offrire servizi e per compiti di ugual genere. Sia tolto, dunque, questo potere (licentia) ai facinorosi e sia negata a tutti gli uffici l'opportunità (copia) delle cure del *cursus publicus*; infatti, ordiniamo che solo gli agenti nelle cose, in questo *genus*, raggiungano l'ossequio; comandiamo che non siano molti nelle singole province, ovvero sono sufficienti due⁹⁹.

La seconda disposizione contenuta nella costituzione, dunque, concerne il numero massimo di *agentes* in rebus da adibire per ogni provincia: due, secondo Costanzo, sono sufficienti per *curas* agere e *evectioes publici cursus* inspicere, compiti, precisa, che dovranno estendersi anche ai *canales publici* ⁽²¹⁾.

Dopo averne delineato le competenze, l'imperatore precisa le modalità con cui questi funzionari devono esercitare il controllo sull'*evectio*: provvederanno con scrupolosa attenzione affinché non ci si serva del *cursus* oltre il contenuto del permesso, o si chieda di più di quanto non consenta l'autorizzazione stessa; ciò perché, avendo il permesso di una sola carrozza, non se ne richiedano due, o non si pretenda (*usurpet*) una carrozza da chi aveva il permesso di chiedere un birroccio o un cavallo ⁽²²⁾.

disposizione dal *cursus*, in quanto essi erano concessi in ragione della natura e dello scopo del viaggio; dunque il viaggiatore doveva usare (e non per più di una volta) solo il mezzo di trasporto assegnato e non uno diverso; non poteva caricare gli animali più del consentito, né fare deviazioni dal percorso fissato; infine doveva esibire il permesso al funzionario autorizzato: v. *infra* CTh.6.29.5; inoltre CTh.8.5.8; CTh.8.5.22 (= Cl.12.50.3); CTh.8.5.49; CTh.8.5.59. Su tali attività, fra gli altri, in NOETHLICHS, *Beamtentum* und *Dienstvergehen. Zur Staatsverwaltung in der Spatantike*, cit., p.130.

⁽²⁰⁾ Per le successive variazioni di tale numero v. CTh.6.29.6; CTh.6.29.7, CTh.6.29.8. Sul problema se il *curiosus*, contemporaneamente all'incarico ricevuto nel *cursus*, conservasse un ruolo attivo nella *schola agentum* in rebus, v., da ultimo, NOETHLICHS, *Beamtentum* und *Dienstvergehen. Zur Staatsverwaltung in der Spatantike*, cit., p.116.

⁽²¹⁾ Il termine *canalis* in questa costituzione, come in CTh. 8.5.15, indica vie e strade pubbliche: GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag.194, ma anche pag.530.

⁽²²⁾ Per GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag.195, al *curiosus* spetta un potere di controllo sulla legittimità dell'*evectio*, egli deve, insomma, accertare se l'autorità, che l'ha rilasciata potesse concederla. Per quel che riguarda i mezzi di trasporto, in genere, il *cursus* forniva la *rheda*, una carrozza trascinata da 6 o 8 muli, detta *carpetum*, usata da sacerdoti e donne; il *birotum*, un carroccio trascinata da 3 muli; la *clavula*, un carro scoperto condotto da una fila di 4 buoi o il *carrum*; *veredus*, invece, era il cavallo.

Al *curiosus*, dunque, è assegnato un forte potere di sorveglianza sul corretto utilizzo dell'*evectionio*, ovvero il controllo sulla reale corrispondenza fra mezzi di trasporto utilizzati e mezzi di trasporto assegnati con il permesso. Queste funzioni ispettive vanno esercitate nei confronti di tutti, anche dei dignitari che affermano di viaggiare per ordine del principe: chiunque pertanto – si precisa nella legge – avrà tentato di mettere a segno qualcosa del genere, sia privato dell'effetto dell'improbata impresa. "Sia mostrata inoltre l'*evectionio* ai giudici⁽²³⁾ o ai *curiosi*, sebbene qualcuno dica di andare di fretta per obbedienza dovuta ai nostri ordini, ciò affinché non prevalga contumacia o dignità".

La costituzione si chiude, infine, prendendo in considerazione il verificarsi nel *cursus clavularis* di eventuali ipotesi di concussione, come la resa di prestazioni in realtà non prestate.

La pena prevista per chi sia colpevole di tale comportamento è fissata nella misura del quadruplo: nel *cursus clavularis* – afferma Costanzo – accade anche che qualcuno sia costretto a pagare per animali non dati; deve essere rivendicato l'ingiusto guadagno di chi è preposto: "pertanto vietiamo che siano richiesti denari per quegli animali non destinati al *cursus*. Se qualcuno avrà ritenuto di poter contravvenire sia costretto a pagare il quadruplo di ciò che ha ricevuto."⁽²⁴⁾

Con le disposizioni impartite, Costanzo II intende, dunque, fare ordine nella complessa organizzazione del *cursus publicus*, e, nel prescrivere che *curiosi* siano solo *agentes in rebus* e nessun altro proveniente da differenti officia, attribuisce a questi ufficiali, in modo netto ed esclusivo, le due complesse funzioni di *curae agenda* e *evectiones publici cursus inspiciendae* e ne indica con precisione compiti e doveri.

4. CTh. 6.29.3.

La terza *Zex* riportata nel titolo *De Curiosis* di CTh.6.29 e le due che seguono potrebbero essere parti di un'unica costituzione del 359⁽²⁵⁾ emanata durante la campagna condotta nell'Ilirico, per reprimere le sommosse dei Quadi e dei Sarnati.

⁽²³⁾ Da GOTHOFREDUS, Codex Theodosianus, II, cit., pag. 193, n. r), si apprende che altre edizioni riportano, nel testo della costituzione in discorso indices, anziché iudices, intendendo tale termine come sinonimo di curiosus. Giustiniano, nell'accogliere nel suo Codex la costituzione riporta iudices, scelta che è condivisa anche da Gotofredo, in base a precisi richiami fatti da Costanzo a quei funzionari in altre costituzioni. Si legga ad esempio CTh.8.5.50. Interessanti osservazioni, poi, sull'interpretazione da darsi, nel C Theodosianus, all'espressione contumacia, in Pergami, L'appello nella Legislazione del tardo impero, Milano, 2000, pag. 325, n. 68.

⁽²⁴⁾ Va detto, comunque, che, nel testo della costituzione, non è chiaro se, sanzionando così pesantemente tale illecito, Costanzo intendesse colpire eventuali concussioni o malversazioni poste in essere solo dai curiosi, oppure anche da chi, a diverso titolo, prestava servizi o animali presso le stazioni di posta del cursus.

⁽²⁵⁾ V. GOTHOFREDUS, Coda Theodosianus, II, cit., pag. 196.

CTh. 6.29.3 ⁽²⁶⁾ – IDEM (IMP. CONSTANTIUS) A. AD AGENTES IN REBUS. Per id tempus quo cursus tuendi sollicitudinem sustinetis, condemnationes praefectorum praetorio erga eos solos irritae sunt futurae, qui servaverint honestatem; erga eos vero, qui inhoneste et contra decus saeculi vel honorem militiae versabuntur, non solum condemnatio mansura est, verum etiam, si ad nostrae serenitatis notitiam culpabilia gesta pervenerint, in eos erit acrius vindicandum. P(RO)P(OSITA) PRID. KAL. DEC. EUSEBIO ET HYPATIO CONSS. (a. 359)

Per recuperare il giudizio di Gotofredo ⁽²⁷⁾, si può correttamente dire che il testo in discorso è al tempo stesso ispirato a moralizzare i curiosi e a precisarne l'*officium*. Rivolgendosi direttamente agli *agentes in rebus*, Costanzo dispone che, per il periodo in cui hanno ricevuto l'incarico di occuparsi del *cursus* ⁽²⁸⁾, le multe comminate ⁽²⁹⁾ dai Prefetti saranno sospese nei confronti solo di quelli che avranno tenuto successivamente un comportamento onesto (servaverint *honestatem*).

Per chi, invece, abbia continuato a comportarsi in modo disonesto, indecoroso o vile, Costanzo dispone che non solo si applichi la condanna inflitta dal Prefetto, ma anche che si proceda ad una condanna più severa comminata dal principe, se tali condotte perverranno alla sua conoscenza.

Questa costituzione, dunque, mentre da un lato parrebbe concedere una sorta di "amnistia" ai curiosi il cui comportamento riprovevole, già sanzionato dal Prefetto, poi muti, di fatto condanna con maggior severità i curiosi che, mostrandosi incuranti degli ammonimenti e delle sanzioni, insistano ad ignorare i doveri e le responsabilità imposte dal ruolo rivestito e dall'incarico ricevuto: la legge, come si è visto, dispone, infatti, che l'ufficiale che non desista dal commettere iniquità, non solo pagherà per le condanne inflitte, ma risponderà anche personalmente, davanti al tribunale del principe, quando di detto comportamento giunga notizia fino a lui.

L'importanza di queste disposizioni è evidente: come è noto gli *agentes in rebus* erano sottoposti al *magister officiorum* ⁽³⁰⁾, tuttavia, per il tempo del

⁽²⁶⁾ CI. 12.22(23).3: Imp. Constantius ad agentes in rebus. *Per id tempus quo cursus tuendi sollicitudinem sustinetis, condemnationes praefectorum praetorio circa eos solos irritae sunt futurae, qui servaverint honestatem. erga eos vero, qui inhoneste et contra decus saeculi vel honorem militiae versabuntur, non solum condemnatio mansura est, verum etiam gravior poena statuenda.* P.P. prid. K. Dec. Eusebio et Hypatio cons.

⁽²⁷⁾ V. *supra*.

⁽²⁸⁾ Cfr. CTh.6.29.5 pr.: ... *per id tempus*

⁽²⁹⁾ Per GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag.195 n. c), *condemnationes* starebbe per *multae*.

⁽³⁰⁾ Sul potere disciplinare del *magister officiorum* nei confronti degli *agentes in rebus*, v. CTh.6.27.3; 4; 7; 8; 9; 11; 14; 15; 19; 20; 23; CTh.6.28.8; CTh.7.12.2; CTh.16.5.29; CTh.2.1.3. Sul molo e le funzioni del *magister officiorum*, nell'assetto

loro incarico nel *cursus*, Costanzo conferma che essi siano sottoposti alla giurisdizione della massima autorità del luogo in cui svolgevano la loro attività⁽³¹⁾.

La ragione di tale scelta si deve credere sia nel voler evitare che un *curiosus*, colpevole, nei confronti dei provinciali, di gravi reati, potesse sottrarsi al giudizio dell'autorità locale, il *praefectus*, per poter contare sul giudizio di un giudice, il *magister officiorum*, meno coinvolto e più lontano dagli interessi lesi⁽³²⁾.

Il fatto, poi, che Costanzo abbia previsto un eventuale intervento diretto dell'autorità imperiale nei confronti di chi si fosse comportato *contra decus seculi vel honorem militiae*, oltre a servire da monito, è probabile fosse volto a sollevare le amministrazioni locali da eventuali ritorsioni.

5. CTh.6.29.4.

In CTh. 6.29.4 leggiamo la seconda costituzione emanata da Costanzo nell'anno 359, indirizzata, come CTh.6.29.3 e CTh.6.29.5, agli *agentes in rebus*.

CTh. 6.29.4 – IDEM (IMP. CONSTANTIUS) A. AD AGENTES IN REBUS. Cesset omnis ambitio atque suffragium in schola vestra. Etenim cuncti ita agere debebitis, quatenus labore atque ordine ad cursum regendum et ad curas agendas iudicio scholae et ordinis merito dirigamini, ita ut nihil vestri principis ex his, quae geri in re publica videritis, notitiae subtrahatis, scientes poenis eum debitis subiugari, qui tantum facinus ausus fuerit perpetrare. P(RO)P(OSITA) PRID. KAL. DEC. EUSEBIO ET HYPATIO CONSS. (a. 359)

costituzionale, burocratico-amministrativo del basso impero, cfr., per tutti, DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, III, pars I, Milano, 1943, pag. 111; DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, V, Napoli^{2ed}, 1975, pag. 261 ss., 441 s.; BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari^{4ed}, 1991, pag. 355. Per una visione d'insieme dell'ordo *iudiciorum* nel basso impero, anche relativamente alle illecite esazioni, come autonome figure delittuose, v. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del basso impero*, Syntelleia V. Arangio Ruiz, Napoli, 1964, pag. 1037-62.

⁽³¹⁾ In CTh.2.1.3, del 357, indirizzata al *praefectus praetoriorum Taurus*, Costanzo afferma che è dovere del *praefectus* punire non solo gli *agentes in rebus*, ma anche: .. *quicumque* igitur aliquid improbe turpiterque commiserit aut libidinis macula forte polluerit pudicitiam, debet ad eum ultio severitatis congrue propagari V. GIUFFRÈ, 'Militum disciplina' e 'ratio militaris', ANRW, II, 13, 1980, pag. 273, n. 148, a cui si rinvia per una più completa rassegna bibliografica in tema.

⁽³²⁾ Così GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 197, che a conferma di tale giudizio riferisce di un *curiosus* che, nell'Ilirico, aveva commesso un reato, e che, nonostante avesse opposto la *praescriptio* del foro del *magister*, era stato, poi, sottoposto alla *coercitio* del *praefectus*. V. anche , sul punto, CI.3.15.1

Chiaramente volta a "*curiosorum ... ambitioni ... modum ponere*"⁽³³⁾, la costituzione si apre con l'ordine dell'imperatore, rivolto a tutti gli *agentes in rebus* della *schola*, a porre fine ad ogni disegno ambizioso e al clientelismo dilagante: le persone destinate *ad cursum regendum et ad curas agendas* siano scelte per merito e grado *iudicio scholae*, e non celino al loro *princeps*⁽³⁴⁾ nulla di quanto avranno osservato nell'esercizio delle loro funzioni concernenti l'interesse pubblico; sia sottoposto a pena chi abbia osato commettere un così grave misfatto di mancata informazione.

Se il primo punto della costituzione, come si è detto, può sintetizzarsi nella volontà di porre freno *all'ambitio*, o comunque ad un diffuso malcostume invalso nella *schola*, l'ordine di Costanzo sottende una esigenza più profonda collegata alle delicate funzioni *ad cursum regendum et ad curas agendas*: al *curiosus* si chiede, infatti, una solida esperienza e obiettive capacità; da ciò la necessità di eliminare favoritismi e raccomandazioni ed evitare che ambizioni e interessi egoistici⁽³⁵⁾ possano incrinare la fiducia che il principe intende riporre in quei funzionari.

Tale esigenza è giustificata nel secondo punto della costituzione: chi sarà investito *ad cursum regendum et ad curas agendas* dovrà anche riferire di ogni cosa di cui venga a conoscenza in ordine a ciò che accade nell'amministrazione della *res publica*⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ V. supra.

⁽³⁴⁾ L'identificazione del *princeps* di cui si parla in CTh.6.29.4 tocca il complesso e dibattuto problema dei *principes agentum in rebus* (v. supra, n. 18); per tutti, v. BLUM, *Curiosi und Regendarii. Untersuchungen sur Geheimen Staatpolizei der Spatantike*, Munchen, 1969, pag. 16-19; PURPURA, *I Curiosi e la schola agentum in rebus*, cit., pag. 200 ss., che riconosce nel *princeps* di CTh.6.29.4 un "capo" degli *agentes* inviati ad *cursum regendum et ad curas agendas*. Gotofredo, invece, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 197, ritiene che nel *princeps* di CTh. 6.29.4 debba riconoscersi un riferimento all'imperatore stesso, ciò sulla base di un'attenta lettura della terminologia impiegata in tale senso in altre costituzioni, ma anche sulla base di quanto Costanzo avrebbe disposto disciplinando il *cursum* in ordine all'*officium* dei *curiosi*. Sulla nostra idea v. *infra*, pag. 60.

⁽³⁵⁾ SU come le preoccupazioni imperiali fossero fondate, v., ad esempio, LIBAN., *Orationes*, XVIII, 135-136.

⁽³⁶⁾ In ordine alla questione delle funzioni di polizia segreta e al forte potere di controllo esercitato dagli *agentes in rebus* vi sono in dottrina opinioni contrastanti; per una rassegna critica dei diversi pareri espressi in dottrina v., da ultimo, PURPURA, *I Curiosi e la schola agentum in rebus*, cit. pag. 231 ss. Sul dovere imposto al *curiosus* di informare il *princeps* degli avvenimenti di cui veniva a conoscenza, nell'esercizio della propria attività, v., inoltre, NOETHLICH, *Beamtentum und Dienstvergehen. Zur Staatsverwaltung in der Spatantike*, cit., pag. 155 e pag. 84, dove l'a., alla n. 216, aderisce all'opinione di altri studiosi, secondo cui non andrebbe sopravvalutata l'attività di polizia segreta, svolta dai *curiosi*. Significativo, comunque, resta, a nostro avviso, quanto osservato da BLUM, *Curiosi und Regendarii. Untersuchungen sur Geheimen Staatpolizei der Spatantike*, cit., pag. 49 ss.; l'a. è del parere che i compiti di polizia segreta attribuiti agli *agentes in rebus* si collocerebbero nel quadro generale degli

La minaccia, infine, di pene severe nei confronti di chi verrà meno a quanto prescritto, per quanto generica, sottolinea la decisione dell'imperatore di dare un nuovo indirizzo al *cursus publicus* ⁽³⁷⁾.

6. CTh.6.29.5.

L'attenzione prestata all'attività svolta dai *curiosi* prosegue nella terza costituzione del 359, contenuta in CTh.6.29.5; in essa Costanzo, per usare ancora una volta le parole di Gotofredo, "*curiosorum ... avaritiae modum ponit: officiumque eorum circa cursum publicum ... instruit*".

CTh.6.29.5 – (IMP. CONSTANTIUS A. AD AGENTES IN REBUS) In his dumtaxat provinciis, in quibus cursus a provincialibus exhibetur, quoniam avaritiae occurri paene iam non potest, singulos solidos per singulas raedas, id est quas quadrigas vel flagella appellant, percipiat per id tempus, quo curarum et cursus tuendi sollicitudinem sustinebitis. E cursu vero clavulari singulas angarias, in his scilicet stationibus, in quibus cursus est conlocatus, ad exhibendam humanitatem venientibus excusetis. Nec quis audeat contra praeceptum hoc amplius accipere aut sperare quicquam aut aliquid excusare ultra, quam continet forma praecepti. DAT. PRID. KAL. NOV. EUSEBIO ET HYPATIO CONSS. (a.359)

In quelle province – ordina l'imperatore – in cui il servizio postale viene predisposto dai provinciali, poiché ormai non si può quasi più por freno all'avarizia, i *curiosi* percepiranno un solo solido per singola carrozza (*raeda*, ovvero *quadriga* o *flagella* ⁽³⁸⁾): questo per quel periodo in cui avranno l'incarico dell'amministrazione e del dover sorvegliare il *cursus*.

espedienti escogitati dal governo del basso impero per porre rimedio al processo di disgregazione interna ed ai pericoli esterni; ciò si sarebbe realizzato anche attraverso la nomina di un certo numero di anziani *agentes in rebus* – ancora in servizio o non più facenti parte del corpo – posti a capo di numerosi uffici (*principes officiorum*) con attività di spionaggio e di controllo, sia amministrativo, sia politico; in sostanza la *schola* sarebbe stata una sorta di "servizio segreto" dell'Imperatore.

⁽³⁷⁾ Per quanto a proposito dei *curiosi* si parli di *gubernare* il *cursus publicus*, oltre che in CTh. 6.29.2, anche in CTh. 6.29.3; CTh. 6.29.4; CTh. 6.29.5; CTh. 6.29.8. PURPURA, I *Curiosi e la schola agentum in rebus*, cit., pag. 230, giunge, in ordine all'esercizio di tale funzione, a conclusioni a nostro avviso non pienamente condivisibili.

⁽³⁸⁾ V. n. 22; la carrozza tirata da 8 o 10 muli (*raeda*) era chiamata anche *flagella*, in quanto, svolgendo mansioni attinenti il servizio postale, era guidata da un auriga che si serviva del flagello. Cfr. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 198 e CTh.6.28.2.

Segue una seconda disposizione su come debba essere svolto il servizio prestato nel *cursus clavulare* ⁽³⁹⁾: per quel che riguarda – precisa Costanzo – i mezzi forniti da tale servizio, naturalmente nelle *stationes* in cui è previsto questo tipo di trasporto, i curiosi non dovranno addurre scuse nel concedere una singola fomitura di mezzi, pur dovendo mostrare comprensione ⁽⁴⁰⁾ a chi viene.

Per precisa disposizione imperiale si vuole, dunque, che i funzionari preposti esercitino un severo controllo sul *cursus* e non mettano a disposizione, per chi viaggia, più di una sola fornitura di mezzi (*anguria*): in altre parole, chi avrà il permesso di servirsi del *cursus clavulare*, per quanto debba attendersi il massimo, non dovrà usufruire che di una sola fornitura di servizi e carri scoperti ⁽⁴¹⁾.

Orbene la costituzione rivela la preoccupazione di Costanzo di porre freno all'avaritia dilagante: posto, infatti che i viaggiatori dovevano pagare un'imposta all'atto del controllo dell'*evectio* ⁽⁴²⁾, con l'esortare gli ispettori a non esigere più di quanto loro spettasse, Costanzo lascia chiaramente intendere come i controlli effettuati, di fatto, fossero occasione di guadagni illeciti ed esazioni arbitrarie.

7. Osservazioni conclusive.

L'analisi or ora condotta dei provvedimenti presi tra il 355 e il 359 nei confronti dei curiosi, confermano la lapidaria sintesi di Gotofredo: *Constantius curiosorum insolentiae, ambitioni, avaritiae modum ponit: officiumque eorum circa cursum publicum et curas agendas instmit*. Costanzo II, dunque, avrebbe indirizzato il suo intervento all'organizzazione dell'ufficio e alla correzione di costumi gravemente illegali, assunti con il tempo.

Tuttavia a noi pare giusto osservare che, almeno l'aspetto funzionale dell'*officium* resta inalterato, nel senso che i due fondamentali compiti di *cume agenda* e *evectio* *publici cursus inspiciendae* non sono ridisegnate, pertanto, l'intervento di Costanzo non può intendersi strutturalmente del tutto innovativo, ma ispirato, piuttosto, alla continuità.

⁽³⁹⁾ v. retro n. 22.

⁽⁴⁰⁾ ... *Ad exhibendam humanitatem*: questa espressione secondo GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 198, va intesa nel senso che doveva essere dato ai viaggiatori il massimo delle prestazioni previsto dal *cursus*, sia per quel che riguardava la manutenzione dei carri, sia per i servizi che dovevano essere prestati.

⁽⁴¹⁾ In CTh.6.28.11 è contemplata questa stessa disposizione, con un'unica eccezione: quella di consentire per due volte i rifornimenti solo a chi fosse malato. Sul divieto di servirsi più di una o due volte degli approwigionamenti, v. CTh.6.28.45; CTh.6.28.4; CTh.6.28.23.

⁽⁴²⁾ Sul fatto che ai curiosi spettasse una percentuale sull'*evectio*, v., ad esempio, CTh.6.29.5; CTh.6.29.12; CTh.8.5.21.

Significative in tal senso appaiono alcune testimonianze di Atanasio ⁽⁴³⁾.

In un passo tratto dall'*Apologia contra Arianos* il vescovo d'Alessandria riporta una lettera che i sacerdoti di Mereotis avevano inviato alle maggiori autorità del luogo ⁽⁴⁴⁾; tale epistula, al di là del valore documentale che conserva per la storia della Chiesa, si rivela di particolare interesse, in quanto testimonia la presenza già in età costantiniana, accanto al *praefectus*, di un funzionario imperiale che è indicato con il titolo ufficiale di *curiosus*.

Athan., *Apol. contra Ar.* 74 ⁽⁴⁵⁾ – Πρὸς τὸν Κουριῶσον καὶ φιλάγρτον, τότε λεγόμενον ἑπαρχον Αἰγύπτου.

Φλαβίῳ Φιλαγρίῳ, καὶ Φλαβίῳ Παλλαδίῳ δουκιναρίῳ Παλατιῶν, Κουριώσῳ, καὶ Φλαβίῳ Ἀντωνίνῳ βιάρχῳ κεντηναρίῳ τῶν κυριῶν μου τῶν λαμπρυτάτων ἐπαρχῶν τοῦ ἱεροῦ πραιτωρίου ...

Orbene, accanto al *praefectus* Flavio Filagrino, è, dunque, fatto il nome di Flavio Palladio, il quale, *ducenarius palatinus* ⁽⁴⁶⁾, è anche chiamato con il titolo di *curiosus* ⁽⁴⁷⁾: e sembra trattarsi della più antica testimonianza dell'uso di *curiosus* nella titolatura ufficiale.

Ancora più significativo ci sembra il collegamento del passo in discorso con

Athan., *Apol. contra Ar.* 73 ⁽⁴⁸⁾ – Ἦ. Τούτων δὲ τὰ ἴσα ἐπίδεδόκαμεν καὶ Παλλαδίῳ τῷ κουριώσῳ τοῦ Αὐγούστου, ἵνα μὴ κουβήῃ παρ' ὑμῶν. ...

⁽⁴³⁾ Sulle opere ed i conflitti religiosi al cui centro si trova la figura di Atanasio, per tutti, v. QUASTEN, *Patrologia II*, Torino^{2ed.}, 1973, pag. 23 ss.

⁽⁴⁴⁾ Questa testimonianza è contenuta nella seconda parte dell'*Apologia contra Arianos*, presumibilmente scritta verso il 357; in essa, dove si fa menzione due volte del *curiosus Palladius*, Atanasio riporta documenti anteriori al sinodo di Tiro (335), tra cui, appunto, la lettera in discorso, in quanto documenti diretti a provare l'inconsistenza delle accuse mosse nei suoi confronti, accuse che avevano portato alla sua destituzione da vescovo e al suo esilio a Treviri. V. QUASTEN, *Patrologia, II*, cit., pag. 37 ss..

⁽⁴⁵⁾ MIGNE, PG., XXV, c.386: Ad Curiosum, et ad Philagrium, tunc Aegypti praefectum. Flavio Philagrino, et Flavio Palladio ducenario Palatino, Curioso, et Flavio Antonino commeatuum praefecto centenario dominorum meorum illustrissimorum praefectorum sacri praetori

⁽⁴⁶⁾ Sul grado di *ducenarius*, v. n. 18.

⁽⁴⁷⁾ È difficile riconoscere in questo funzionario uno di quelli menzionati in GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus, Prosopographia, VI/2*, 1743, cit., pag. 72; di lui, invece, in JONES, MARTINDALE, MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire, I*, cit., pag. 658 s.

⁽⁴⁸⁾ MIGNE, PG, XXV, c. 379: ... *Horum autem exemplaria*, ne abderentur a vobis, Palladio quoque Augusti *Curioso* tradidimus Ancora ad un funzionario imperiale dal nome *Palladius* (... *olim palatii magister*), Atanasio accenna in *Apologia ad Costantium*, 10, 22, in MIGNE, PG, XXV, c. 607 e c. 623.

Questo testo, dove ancora si parla di Palladio, verosimilmente inviato per conoscere direttamente i termini del conflitto religioso al cui centro Atanasio si trovava ⁽⁴⁹⁾, ci interessa in quanto detto funzionario è definito *curiosus* dell'Augusto.

L'espressione dimostra che il collegamento diretto tra *curiosi* e principe-collegamento sotteso in tutte le costituzioni di Costanzo – è già presente in età costantiniana, a cui si riferiscono i testi ora citati.

Lo stretto rapporto fra *curiosus* e *Augustus* è ribadito in un passo di Atanasio di *Historia Arianorum ad Monachos* ⁽⁵⁰⁾, dove vengono descritti importanti fatti accaduti attorno al 356, cioè, val la pena ricordarlo, poco prima che Costanzo II dia corso alla sua legislazione *de curiosis*:

A than., *Ad mon.* 81 ⁽⁵¹⁾ – Ὁρκίζομεν δὲ κατὰ τοῦ ταντοκράτορος Θεοῦ ὑπὲρ τῆς σωτηρίας τοῦ εὐσεβεστάτου Αὐγούστου Κωνσταντίου, τὸν τε ἑπαρχὸν τῆς Αἰγύπτου Μάξιμον καὶ τοὺς κουριώστους ἀνενεγκεῖν πάντα ἐπὶ τὴν εὐσέβειαν τοῦ Αὐγούστου, καὶ τὴν ἐξουσίαν τῶν λαμπροτάτων ἐπάρχων.

Nel passo si scongiurano il *praefectus* d'Egitto ed i *curiosi* affinché riferiscano ogni cosa alla pietà dell'*Augustus* e alla potestà dei prefetti *clarissimi*.

L'assonanza di queste parole con quanto si legge nella costituzione di CTh.6.29.4, dove è fatto ordine ai *curiosi* di riferire tutto al *princeps* (... *ita ut nihil vestri principis ex his, quae geri in re publica videritis, notitiae subtrahatis*), con minaccia di severe sanzioni per così grave misfatto ⁽⁵²⁾, ci permette anche di indicare quest'ultimo passo, Athan. *Ad mon.* 81, come un importante indizio testuale a favore dell'interpretazione del termine *princeps*, contenuto nella costituzione ora citata. Proprio il collegamento fra i due passi, infatti, pare dia ragione a coloro che sostengono essere il *princeps*, citato nella legge di Costanzo, l'*Augustus* e non un *princeps agenturn in rebus*.

ABSTRACT

The author illustrates de curiosis constitutions promulgated in the second half of the IV century by Constantius II and collected in the Codex Theodosianus, book IV, and

⁽⁴⁹⁾ GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, II, cit., pag. 193

⁽⁵⁰⁾ Su quest'opera scritta attorno al 358, v. QUASTEN, *Patrologia*, II, cit., pag. 40.

⁽⁵¹⁾ MIGNÉ, PG, XXV, c. 794: *Adjuramus autem per omnipotentem Deum pro salute piissimi Augusti Constantii praefectum Aegypti Maximum, et curiosos ut omnia Augusti pietati et clarissimorum praefectorum potestati referant.*

⁽⁵²⁾ CTh.6.29.4: ... *scientes poenis eum debitis subiugari, qui tantum facinus ausus fuerit perpetrare.*

points out as the two basic tasks assigned to *curiosi* of *curae agenda* and *evectiones publici cursus inspiciendae* are not fully redesigned, at least from the functional point of view, and consequently that the intervention of Constantius must not be considered as a change but, rather, inspired to the continuity. (Principal texts: CTh. 6.29.1; CTh. 6.29.2; CTh. 6.29.3; CTh. 6.29.4; CTh. 6.29.5; Athan., *Apol. contra Ar.73*; Athan., *Apol. contra Ar.74*; Athan., *Ad mon.81*).

L'autrice illustra le costituzioni *de curiosis* emanate nella seconda metà del IV sec. da Costanzo II e raccolte nel *Codex Theodosianus* nel libro VI, ed osserva come i due fondamentali compiti assegnati ai *curiosi* di *curae agenda* e *evectiones publici cursus inspiciendae* non siano, almeno sotto l'aspetto funzionale, del tutto ridisegnati e come, pertanto, l'intervento di Costanzo non debba intendersi innovativo, ma ispirato, piuttosto, alla continuità. (Testi principali: CTh. 6.29.1; CTh. 6.29.2; CTh. 6.29.3; CTh. 6.29.4; CTh. 6.29.5; Athan., *Apol. contra Ar.73*; Athan., *Apol. contra Ar.74*; Athan., *Ad mon.81*).

Alessandro BERNARDI - Samuel PAGANINI

LA REPRESSION DU FAUX MONNAYAGE EN ITALIE (*)

En Italie la monnaie nationale est protégée par les dispositions du titre VII du deuxième livre du code pénal qui traitent des délits contre la foi publique, et plus précisément, qui visent quatre typologies du faux: 1) le faux en monnaie, en cartes de crédit public et en timbres fiscaux; 2) le faux des sceaux, des instruments et des signes d'authentification, de certification ou de reconnaissance; 3) le faux en actes; 4) le faux personnel. La présente étude touche seulement les questions concernant le faux en monnaie et en cartes de crédit public.

L'élément qui unit ces différentes formes de faux est, selon le législateur, leur tendance à compromettre le même bien juridique, celui de la foi publique. Par foi publique on entend la foi que la société a sur certains signes, objets ou formes extérieures (monnaies, emblèmes, documents) qui ont la fonction de garantir la nature, la qualité de choses bien définies, ou bien qui fournissent la preuve objective de faits ou de situations juridiques ⁽¹⁾. Ces signes doivent être garantis dans "leur intégrité et leur authenticité afin de rendre certain et solliciter le trafic économique et/ou juridique" ⁽²⁾. La doctrine italienne a longuement écrit sur les notions de faux et de foi publique en objectant qu'elles sont assez vagues et présentent des contours peu définissables ⁽³⁾.

Sans affronter ici ce débat, nous nous limitons à rapporter que, pour ce qui concerne la technique législative utilisée en matière de faux, beaucoup

(*) Etude publiée sur la *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 1999, n.2, p. 229 suiv. Elle a été rédigée à partir de suggestions formulées par Juriscope, Centre d'Information et de Renseignements Juridiques Internationaux, Poitiers (F).

(1) Cour de Cassation, V, 19.1.1971, Vincenzi en *Massimario cassazione penale* 1971, p. 35; Relazione Ministeriale sul progetto del Codice penale, II, p. 242.

(2) FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, tome I, Bologna, 1997, p. 535.

(3) Voir à titre d'exemples CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1934, p. 37; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958, p. 27.

d'auteurs mettent en évidence des graves défauts (4). En effet les rédacteurs du code pénal italien ont abusé de la méthode analytique en multipliant à démesure, souvent sans raison, les différentes incriminations, sans pour autant réussir à fournir un *corpus* apte à couvrir toutes les formes de faux possibles (5).

Le faux monnayage, est sanctionné par les articles qui vont du 453 au 463 c.p. italien dans le but de protéger la "confiance sociale qui repose sur l'efficacité, l'intégralité et la substance, des signes, les éléments qui représentent leurs valeur réelle" (6). Il s'agit d'un intérêt vital de l'état, intérêt tellement fort que le code pénal, dans un de ses premiers articles (l'article 7 c.p., infractions commises à l'étranger), prévoit une dérogation au principe de territorialité de la loi pénale. En effet le citoyen ou l'étranger qui commet, en dehors du territoire national, des délits de faux sur les monnaies qui ont un cours légal sur le territoire national, doit être puni selon la loi italienne. L'exception au principe de territorialité prévoit donc une punition inconditionnée et une poursuite absolue. C'est le principe de défense de l'état contre les faits ou les actions qui lèsent des intérêts tellement essentiels, que la loi pénale italienne doit être appliquée partout et contre tous (7).

Les faux en matière de monnaies et de cartes de crédit public sont tous concentrés dans le chapitre I ("délits contre la foi publique") du Titre VII du code pénal.

Par *monnaie* on entend un disque métallique dont le poids, le titre et l'intégrité des signes qui le recouvrent sont garantis par l'état (8). Les monnaies prises en considération par le législateur ne sont pas seulement les monnaies nationales, mais aussi les monnaies étrangères reconnues sur la base d'accords internationaux (9). Les monnaies doivent aussi avoir un cours légal, c'est à dire qu'elles doivent être déclarées comme moyens légaux de paiement, avec efficacité libératoire (10), par l'Etat, national ou étranger, si celui-ci est reconnu par l'Italie. Au regard de la livre-sterling en or, la Cour de Cassation a affirmé que la protection pénale des monnaies ayant cours légal ne s'arrête pas, même si elles perdent leur fonction normale de paiement, à

(4) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, tome II, Milano, 1997, p. 579; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, tome I, précité, p. 537.

(5) Voir, par exemple, sur les problèmes liés au faux informatique PICOTTI, *Problemi penalistici in tema di falsificazione di dati informatici*, en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, 1985, p. 939.

(6) Ainsi FAIS, *Falsità in monete e carte di pubblico credito*, en *Enciclopedia del diritto*, XVI, 1967, p. 606.

(7) *Relazione Ministeriale sul progetto del Codice penale*, II, p. 36.

(8) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, tome II, précité, p. 581.

(9) Convention sur la répression du faux monnayage du 29 avril 1929, approuvée par Décret Royal du 30 juin 1935 n. 1518 et la Loi du 26 octobre 1964 n.1141.

(10) Cour de Cassation, V, 20.11.1968, en *Massimario Cassazione Penale*, 1970, p. 235.

condition qu'elles conservent toutefois une circulation réduite ou si la valeur du métal dont elles sont composées dépasse leur valeur nominale (1¹).

L'article 458 c.p. fait correspondre les *cartes de crédit public aux monnaies*. Par cartes de crédit public on entend expressément celles qui ont un cours légal comme monnaie (billets de banque nationaux ou étrangers), les cartes et les coupons au porteur émis par le gouvernement (rentes au porteur, bons du trésor, obligations au porteur) et toutes les autres cartes ayant un cours légal émises par des établissements autorisés (1²).

Plutôt qu'une analyse ponctuelle des articles du code pénal nous préférons suivre une approche plus systématique, qui nous portera dans un premier temps à faire une tripartition des incriminations prévues selon le moment où le délit se définit (I). Ensuite nous aborderons les sanctions prévues dans le code pénal italien (II), pour finir sur les questions concernant les formes de manifestation de ces délits, c'est à dire la notion d'accord-complicité, la tentative, les circonstances et le régime du repentir (III).

I. Les incriminations.

Nous pouvons déceler trois espèces d'activité délictueuse (1³): A) une activité de falsification au sens propre du terme, en ses deux formes, la contrefaçon et l'altération; B) une activité successive liée au recel (introduction sur le territoire national, détention, mise en circulation, achat, avec ou sans entente préalable, ou bien de bonne foi), avec une sanction différente selon le lien entre les receleurs et les auteurs de la falsification; C) une activité préparatoire dont la sanction anticipe et renforce la répression du faux monnayage (contrefaçon de papier-filigane utilisé pour les billets de banque ou autres valeurs publiques, fabrication ou détention de filigranes ou d'instruments destinés à la falsification de valeurs publiques).

A. Les incriminations typiques de faux monnayage: contrefaçon et altération.

La contrefaçon n'est ni définie ni décrite de manière analytique par la loi pénale, mais la doctrine et la jurisprudence l'ont longuement délimitée. Elle

(1¹) Cour de Cassation, V, 23.06.1965 en *Giustizia penale* 1966 II, c.352.

(1²) Voir le Décret du Président de la République 14 février 1963 n.1343. La Cour de Cassation, V, 16.02.1948 (en *Giustizia penale*, 1949, II, c.518) a nié cette qualification pour les chèques de banque. Pour un recensement complet de ces cartes voir FAIS, *Falsità in monete e carte di pubblico credito*, précité, p. 608.

(1³) Cf. CRISTIANI, *Falsità in monete e valori pubblici*, en *Digesto discipline penalistiche*, tome V, Torino, 1991, p. 71.

représente une espèce typique de falsification. Essentiellement la contrefaçon est "une *imitatio veri*, une création illégitime, de la part de personnes non autorisées, de monnaies qui ont une apparence d'authenticité" (14). Il s'agit donc d'une "formation ex novo d'une preuve apte à déterminer un faux jugement" (15). La contrefaçon au sens des articles 453, 458, 459 et 460 c.p. peut se faire par tout moyen et avec n'importe quelle matière, sans aucun regard à sa valeur. La lésion n'est pas de nature patrimoniale, mais touche l'authenticité et l'existence de l'instrument à cours légal que seuls les Etats peuvent produire et mettre en circulation. Paradoxalement une monnaie contrefaite pourrait être parfaite, de valeur égale ou même supérieure à celle qui est imitée, mais la falsification subsisterait quand même, car elle n'aurait pas été émise par l'organisme autorisé et son existence et son éventuelle circulation altérerait la réalité du cours légal. Le délit est puni au titre du dol, que la jurisprudence situe dans la conscience et la volonté de l'imitation du vrai (16). La plupart de la doctrine précise que la contrefaçon se réalise même si elle est seulement partielle, car même dans le cas où l'on transforme une vieille monnaie en une autre ayant cours légal, le résultat final est évidemment toujours l'obtention d'une fausse monnaie utilisable comme moyen de paiement (17).

L'altération est prévue dans deux différents types de conduite. Dans les deux cas l'action délictueuse présume l'existence d'une monnaie authentique, sur laquelle on opère une modification. Dans une première hypothèse, l'article 453 c.p. alinéa 2, l'altération produit une apparence de valeur supérieure. Ce cas, plus grave, est sanctionné de la même façon que la contrefaçon, car on considère que cette transformation touche l'identité de la chose au point de la supprimer: "il s'agirait d'un *quid medium* entre contrefaçon et suppression" (18). Dans une seconde hypothèse l'article 454 c.p. prévoit un traitement pénal autonome et moins sévère contre qui modifie une monnaie en diminuant sa valeur par une altération opérée sur le métal. Dans ce dernier cas il est facile de comprendre que l'objet matériel de ces délits est une pièce de monnaie au sens strict du terme.

La capacité de l'objet, qu'il soit contrefait ou altéré, de tromper trouve évidemment sa limite dans l'éventuelle grossièreté de la falsification. Cette question, qui touche en premier lieu un problème pénal d'ordre général (19) en matière *d'infraction* impossible, trouve des solutions assez rigoureuses

(14) CRISTIANI, *Falsità in monete e valori pubblici*, précité, p. 30; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, précité, tome II, p. 582.

(15) CARNELUTTI, *Teoria del falso*, précité, p. 45.

(16) Voir Cour de Cassation, V, 23.06.1965, en *Giustizia penale*, 1966, II, c.352.

(17) Sur ce problème cf, en particulier: FAIS, *Falsità in monete e carte di pubblico credito*, précité, p. 611; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, tome VI, Torino, 1983, p. 526.

(18) CRISTIANI, *Falsità in monete e valori pubblici*, précité, p. 71.

(19) Article 49, al.2 c.p.

dans la jurisprudence sur le faux monnayage. Tout en précisant qu'il s'agit d'une question essentiellement de fond, confiée à l'appréciation du juge, l'orientation est telle que, en cas de faux monnayage, on peut exclure la punition seulement quand le faux est reconnaissable immédiatement par une personne normale, sans que celle-ci soit pourvue ni de particulières capacités de connaissance ou de compétence, ni d'une attention extraordinaire. ⁽²⁰⁾

B. Les incriminations équivalentes et successives à la falsification. Introduction sur le territoire national et détention, achat et réception, dépense ou mise en circulation.

L'introduction sur le territoire national et la détention de fausse monnaie sont punies par l'art. 453 n.3 et 455 c.p.. *L'introduction* est liée à tout comportement apte à obtenir le transfert des monnaies d'une localité étrangère où elles ont été contrefaites ou altérés au territoire italien.

La détention se précise en tout moment lié à la disponibilité des fausses monnaies. Afin que ces deux délits soient punis il est nécessaire que le sujet agisse soit seul (art. 455 c.p.), soit en complicité avec l'auteur du faux ou avec un intermédiaire (art 453 c.p.) ⁽²¹⁾: en ce dernier cas, seulement avec l'objectif de la mise en circulation.

Le délit d'*achat* de monnaies falsifiées se vérifie même si l'acheteur n'entre pas en possession de ce qu'il a acheté. Le code fait encore une distinction selon que l'achat se perfectionne directement avec le faussaire ou son intermédiaire (hypothèse plus grave de l'article 453 c.p. n.4), ou bien avec un autre détenteur (cas moins grave prévu par l'article 455 c.p.). Une distinction ultérieure, qui se cumule avec la précédente, est liée au type d'altération de la monnaie: un achat de monnaie dont la valeur a été réduite, par exemple en diminuant sa composition d'or, est moins gravement puni que le cas où une monnaie a été contrefaite en lui donnant l'apparence d'une valeur supérieure, par exemple en ajoutant un zéro.

L'achat auprès du faussaire ou de son intermédiaire est une infraction autonome, donc n'est pas considéré comme une forme de complicité ⁽²²⁾.

La réception diffère de l'achat dans la mesure où une vente n'est pas nécessaire pour être le destinataire de monnaies falsifiées. Selon de l'article 453 c.p. al. 4 cette hypothèse est pénalement parifiée à l'achat si le receveur contacte directement le faussaire ou son intermédiaire. Si la réception est faite à partir de personnes différentes de ces dernières, s'avère de délit de détention moins gravement puni au sens de l'article 455 c.p.

⁽²⁰⁾ Cour de Cassation, V, 23.03.1981, en Cassazione penale, 1982, p. 1298.

⁽²¹⁾ L'intermédiaire n'est pas considéré comme complice: la Cour de Cassation, V, 10.05.1978, en Foro italiano, 1978, n.531) a précisé que l'intermédiaire est celui qui, en s'insérant dans la chaîne des échanges, permet d'arriver à la source de la falsification.

⁽²²⁾ Cour de Cassation, V, 10.05.1978, en Foro italiano, 1972.

Achat et réception ont une importance pénale seulement s'ils ont comme objectif la mise en circulation des monnaies falsifiées; donc les personnes qui collectionnent ces monnaies ne seront pas concernés par les articles 453 c.p. et suivants. De même, une certaine doctrine soutient que si l'achat ou la réception se font dans un but lucratif, mais sans l'intention de mettre en circulation les monnaies falsifiées, l'incrimination en l'espèce serait le recel ⁽²³⁾.

La *dépense* au sens strict du terme est une forme de mise en circulation ⁽²⁴⁾ et consiste dans l'utilisation de la monnaie (même en l'introduisant dans un appareil automatique) en échange d'une autre chose.

Enfin par *mise en circulation* il suffit que la monnaie falsifiée soit utilisée non pas seulement comme moyen de paiement ou d'échange, mais aussi, par exemple, dans le cas d'une donation ⁽²⁵⁾.

Pour ce qui concerne la dépense et la mise en circulation, le code pénal prévoit trois incriminations distinctes. Les deux premières sont liées encore une fois à la présence (art. 453 n.3 c.p.) ou à l'absence (art. 455 c.p.) d'un accord avec le faussaire ou son intermédiaire. La troisième incrimination concerne l'utilisateur qui a reçu de bonne foi les monnaies falsifiées, c'est à dire en ignorant la contrefaçon. Cette dernière hypothèse, contemplée par l'article 457 c.p., est l'incrimination la plus légère du faux monnayage, car le sujet agit, non pas comme pour le cas précédent, pour se procurer un bénéfice illicite, mais pour s'éviter un dommage pécuniaire, en le reversant sur quelqu'un autre. Naturellement il est nécessaire que le sujet se rende compte du faux avant de remettre en circulation la fausse monnaie. La jurisprudence s'est souvent demandée quels sont les effets de l'absence de preuve de la bonne foi initiale. Généralement la Cour de Cassation a affirmé que, par le principe du *favor rei*, le défaut de preuve doit aller en faveur de l'accusé, qui doit être sanctionné selon l'article 457 c.p. et non pas selon le plus sévère article 455 c.p. ⁽²⁶⁾. Toutefois la Cour a souvent limité l'absence de preuve de la bonne foi seulement quand il s'agit d'une dépense sporadique et non répétée ⁽²⁷⁾.

C. Les activités préparatoires sanctionnées: contrefaçon de papier filigrané, fabrication ou détention d'instruments destinés à la contrefaçon.

Les articles 460 et 461 c.p. italien, avec l'intention de fournir une plus forte protection des intérêts protégés par les normes sur le faux monnayage,

⁽²³⁾ FAIS, *Falsità in monete e carte di pubblico credito*, précité, p. 614.

⁽²⁴⁾ CRISTIANI, *Falsità in monete e valori pubblici*, précité, p. 31.

⁽²⁵⁾ NAPPI, *Falso nummario*, en *Enciclopedia del diritto*, tome XXVI, Milano, 1976, p. 3.

⁽²⁶⁾ Par exemple, Cour de Cassation 20.03.1968, en *Giustizia penale*, 1969, II, c.117.

⁽²⁷⁾ Cour de Cassation 28.03.1950, en *Giustizia penale*, 1951, II, c.55 et Cour de Cassation 06.06.1962, en *Massimario Cassazione Penale*, 1962, p. 1798.

sanctionnent comme incriminations distinctes, des comportements qui pourraient se rapporter à la notion de tentative ⁽²⁸⁾ concernant les incriminations précédemment examinées. On veut ici toucher d'une manière spécifique tout le processus productif de la contrefaçon dans son ensemble, en sanctionnant même les personnes qui, tout en étant distinctes du faussaire ou de ses complices, ont participé à des activités préparatoires ⁽²⁹⁾. L'article 460 c.p. concerne la contrefaçon, l'achat, la détention ou l'aliénation ⁽³⁰⁾ du papier filigrane ⁽³¹⁾, si cela n'est sanctionnable par les articles plus sévères 453 ou 459 c.p.

Pour l'existence de l'incrimination de l'article 461 c.p., article qui concerne la fabrication, l'achat, la détention et l'aliénation des instruments nécessaires à la contrefaçon-altération, il est nécessaire que l'instrument ait comme destination *exclusive* le faux monnayage. La jurisprudence a précisé que par exclusif on doit entendre la destination finale de l'instrument et non pas ses qualités propres ⁽³²⁾. A titre d'exemple les pellicules photographiques peuvent être concernées par les dispositions de l'article 461 c.p. dans le système de contrefaçon des billets de banque, en tant que moyen pour obtenir les clichés de zinc nécessaires à l'impression des faux billets ⁽³³⁾.

2. Les sanctions.

En Italie aussi l'emprisonnement et l'amende sont les peines principales prévues pour les infractions monétaires. La lecture c.p. italien nous démontre que globalement les sanctions italiennes sont moins sévères dans leur montant maximal que celles françaises. Par contre en Italie le montant minimal de la peine ne peut pas être dérogé, sauf en présence de circonstances atténuantes légalement prévues.

L'activité typique de contrefaçon, d'altération, introduction, détention, dépense et mise en circulation par le biais d'une association de malfaiteurs, ou bien l'activité d'achat, de réception pour la mise en circulation sont toutes punies au sens de l'article 453 c.p. par une réclusion de trois à douze ans et une amende de un million à six millions de liras, c'est à dire environ de 500 à 3000 euros ⁽³⁴⁾. L'orientation de politique pénale est clairement d'une égalisation du traitement punitif entre faussaires et receleurs. Selon le

⁽²⁸⁾ Article 56 c.p.

⁽²⁹⁾ Cour de Cassation 22.12.1953, en *Giustizia penale*, 1954, II, c.688.

⁽³⁰⁾ Par aliénation il faut entendre en ce cas, tout passage de propriété de la chose, à titre onéreux ou gratuit, MANZINI, *Trattato di diritto penale*, tome VI, précité, p. 590.

⁽³¹⁾ Le terme filigrane comprend aussi le simple papier, voir Cour de Cassation 13.04.1951, en *Giustizia penale*, 1951, II, c.1114.

⁽³²⁾ Cour de Cassation, V, 05.11.1934, en *Giustizia penale*, 1935, II, c.607.

⁽³³⁾ Cour de Cassation, V, 13.04.1951, en *Giustizia penale*, 1951, II, c.54.

⁽³⁴⁾ Au sens de l'article 51 du décret législatif du 24/06/1998 n.213 qui discipline l'introduction de l'euro dans le système italien, "à partir du 1/1/1999, toute sanction pecuniaire penale ou administrative en liras... s'entend exprimée même en euros..."

principe de spécialité ⁽³⁵⁾ du droit pénal italien la sanction relative au recel en matière de faux monnayage déroge implicitement les sanctions prévues par l'article 648 c.p ⁽³⁶⁾, article qui concerne l'infraction générale du recel.

La sanction est d'un à cinq ans de réclusion et de 200.000 à un million de liras (environ de 100 à 500 euros) pour le cas de falsification par diminution de la valeur effective de la monnaie authentique (art.454 c. p.).

Les peines précédentes sont réduites d'un tiers à la moitié si l'achat, la détention, la dépense, l'introduction sur le territoire national ou la mise en circulation, n'ont pas été commises dans le cadre d'une association avec les faussaires (art.455 c.p.).

La réclusion jusqu'à six mois et l'amende jusqu'à deux millions de lire (1000 euros) sont prévues pour qui délibérément dépense des monnaies falsifiées reçues en bonne foi (art. 467 c.p.).

Les peines peuvent être augmentées d'un tiers par la circonstance aggravante spéciale de l'article 456 c.p. (voir ci-après). Cette circonstance spéciale peut être compatible et donc se cumuler avec l'aggravante générale de l'article 61 n.7 c.p. qui prévoit, elle aussi, une augmentation de peine jusqu'à un tiers dans le cas où, en matière de délits contre le patrimoine ou à finalité lucrative, le dommage patrimonial soit important ⁽³⁷⁾.

Les sanctions pour les activités instrumentales et préparatoires sont punies au sens de l'article 460 c.p. par une réclusion de deux à six ans et une amende de 600.000 à deux millions de liras (de 300 à 1000 euros); au sens de l'article 461 (instruments destinés à la falsification) par une réclusion de un à cinq ans et une amende de 200,000 à un million de liras (de 100 à 500 euros).

Enfin nous pouvons faire référence à l'ancien article 694 c.p., qui concerne le refus de remettre à l'autorité des monnaies reçues de bonne foi et par la suite reconnues comme fausses. Par effet de l'article 33 de la loi générale du 241111981 n.689 (portant sur la modification du système pénal), cette violation a été dépenalisée et est punie par une amende administrative qui ne dépasse pas les 400.000 liras (200 euros).

3. *Formes de manifestations des délits.*

A. La notion de accord-complicité dans le cas du faux monnayage.

L'article 453 n.3 et n.4 c.p. prévoit, comme nous l'avons vu, la même sanction pour qui a participé à la contrefaçon ou à l'altération, ou pour qui, en

⁽³⁵⁾ Article 15 c.p.

⁽³⁶⁾ De quatre à douze ans de réclusion et de deux à trente millions de liras d'amende (de 1000 à 15.000 euros).

⁽³⁷⁾ Contrairement au système pénal français, l'italien prévoit un grand nombre de circonstances aggravantes ou atténuantes légalement prévues, dont les effets peuvent, selon les cas, se cumuler ou s'annuler entre elles.

accord avec le faussaire, introduit dans l'Etat, détient, achète, reçoit, dépense ou met en circulation les fausses monnaies. La sanction de cet article est bien plus sévère (voir *supra* II) que celle de l'article 455 c.p., article qui sanctionne l'auteur des ces mêmes comportements, mais cette fois sans accord avec le faussaire. Le concept d'accord-complicité dans le cas du faux monnayage a été discuté par la doctrine, qui le considère parfois une rencontre de plusieurs volontés dans un but commun ⁽³⁸⁾, parfois un simple accord ⁽³⁹⁾. Toutefois la jurisprudence a précisé qu'il peut s'agir d'une organisation ou d'une association spécifique, mais aussi d'un rapport quelconque entre faussaires et importateurs ou détenteurs, même sans accord entre eux ⁽⁴⁰⁾. En effet ce dernier peut se traduire dans une entente provisoire avec le faussaire, même par le biais d'une intermédiaire, car l'élément qui attribue au fait une gravité plus grande est la possibilité d'être en contact directement avec la source du faux monnayage ⁽⁴¹⁾.

B. La tentative.

La jurisprudence ⁽⁴²⁾ et la doctrine ⁽⁴³⁾ admettent sans réserves la configuration de la tentative dans la plupart des infractions en matière de faux monnayage ⁽⁴⁴⁾. Toutefois dans le cas de concours de personnes, le problème du choix entre l'application de la peine prévue pour la tentative et l'application de la peine prévue pour le délit consommé ⁽⁴⁵⁾ résulte souvent très difficile. En effet il se peut que le comportement délictueux (par exemple la contrefaçon) d'un certain complice peut être déjà accompli, alors que le comportement (par exemple la dépense des fausses monnaies) d'un autre complice peut être resté seulement dans la phase de la tentative. Se pose ici le problème si assujettir tous les complices à la même sanction ou si punir

⁽³⁸⁾ FAIS, Falsità in monete e carte di pubblico credito, précité, p. 613.

⁽³⁹⁾ ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, parte speciale, tome II, précité, p. 512.

⁽⁴⁰⁾ Cour de Cassation, V, 04.07.1984, en Rivista penale 1985, p. 590.

⁽⁴¹⁾ Cour de Cassation, II, 31.01.1985, en Rivista penale, 1986, p. 43.

⁽⁴²⁾ Par exemple Cour de Cassation, I, 30.01.1984, en *Massimario Cassazione Penale*, 1984, p. 538; Cour de Cassation, V, 22.06.1964, en *Giustizia penale*, 1965, II, p. 128.

⁽⁴³⁾ Par exemple CATELANI, I delitti di falso, Milano, 1978, p. 26; FAIS, Falsità in monete e carte di pubblico credito, précité, p. 621

⁽⁴⁴⁾ Cf. *amplius*, FAIS, Falsità in monete e carte di pubblico credito, précité, p. 612; MANZINI, Trattato di diritto penale, tome VI, précité, p. 530.

⁽⁴⁵⁾ Dans le système italien (dont les infractions pénales se distinguent selon leurs niveaux de gravité entre contraventions et délits) au sens de l'article 56 c.p. la tentative est prévue seulement pour les délits. En général, la peine appliquée en cas de délits tentés est celle prévue pour le délit consommé diminuée d'un tiers à deux tiers.

séparément ces personnes, en tant qu'auteurs l'une d'une infraction consommée et l'autre d'une infraction tentée ⁽⁴⁶⁾.

La tentative au sens de l'article 453 c.p. est reconnue même lorsque le papier filigrane ⁽⁴⁷⁾ a été utilisé pour une contrefaçon qui ne s'est pas consommée. En effet la sanction maximale prévue pour la tentative de contrefaçon ou d'altération est plus sévère que celle prévue pour le délit sanctionné par l'article 461 c.p.; article qui est expressément applicable seulement lorsque le fait ne constitue pas une infraction plus grave ⁽⁴⁸⁾.

C. Les circonstances aggravantes et atténuantes.

Une circonstance aggravante spéciale est prévue par l'article 456 c.p., qui précise que "les sanctions établies dans les articles 453 et 455 c.p. sont augmentées jusqu'à un tiers si à cause de faits prévus, une diminution de la valeur de la monnaie nationale ou des titres d'état en découle, ou bien le crédit dans les marchés internes ou étrangers soit compromis". Avec cette aggravante on a voulu protéger la monnaie nationale et les autres titres dans leur fonction d'intermédiation des échanges, en considérant que le faux monnayage puisse constituer un danger pour la fonction économique de la monnaie nationale. La dévalorisation, pour être établie, doit se rapporter à la valeur au moment de la dépense ou de la mise en circulation. La doctrine fait justement remarquer que l'alarme qui résulte de la découverte d'une forte quantité de monnaies falsifiées, même si elles ne sont pas en circulation, peut provoquer une perte de valeur de la monnaie nationale ⁽⁴⁹⁾. La doctrine plus récente considère que cette aggravante s'applique aussi au monnaies étrangères ⁽⁵⁰⁾. De toute façon, la circonstance aggravante en question vise des faits d'une ampleur exceptionnelle, difficilement réalisables.

L'application de circonstances prévues par l'article 61 n.7 c.p. ⁽⁵¹⁾ et l'article 62 n.4 c.p. ⁽⁵²⁾ est assez controversée aussi bien par la doctrine que

⁽⁴⁶⁾ Sur ces questions voir par exemple CRISTIANI, *Falsità in monete e valori pubblici*, précité, p. 75.

⁽⁴⁷⁾ Papier filigrane dont la détention est punie, comme nous l'avons précédemment vu, d'une façon autonome par l'article 461 c.p.

⁽⁴⁸⁾ FAIS, *Falsità in monete e carte di pubblico credito*, précité, p. 612.

⁽⁴⁹⁾ SALTELLI, ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico pratico del codice penale*, Roma, 1956, tome III, p. 603.

⁽⁵⁰⁾ CATELANI, *I delitti di falso*, Milano, 1978, p. 33.

⁽⁵¹⁾ Circonstance aggravante qui se réalise quand dans les délits contre le patrimoine ou à finalité lucrative on cause un dommage très fort au patrimoine de la victime.

⁽⁵²⁾ Circonstance atténuante qui se réalise quand dans les délits contre le patrimoine ou à finalité lucrative on cause un dommage très léger au patrimoine de la victime.

par la jurisprudence. Avant loi 19 du 7.2.1990, qui pour les délits à finalité lucrative a introduit dans ce dernier article une circonstance atténuante dans le cas où le dommage causé est léger, l'orientation principale était d'exclure l'application de la circonstance atténuante liées à la faiblesse du dommage patrimonial⁽⁵³⁾. Par contre on admettait l'application de la circonstance aggravante concernant un dommage patrimonial très important⁽⁵⁴⁾. Néanmoins depuis la modification de l'article 62 n.4 c.p. par la dite loi, il existe une jurisprudence plus récente qui considère applicable cet article aux délits de faux monnayage⁽⁵⁵⁾.

La circonstance atténuante de l'article 62 n.6 c.p.⁽⁵⁶⁾ est applicable aussi pour les délits contre la foi publique, et donc pour tous les délits de faux monnayage, car le coupable peut très bien éviter ou réduire les conséquences de l'action délictueuse⁽⁵⁷⁾. En effet dans l'hypothèse de dépense de monnaies contrefaites, on peut fort bien réparer le dommage causé.

D. Le repentir 'actif' dans la notion d'exemption de peine de l'article 463.

L'article 463 c.p. prévoit un cas d'exemption de peine: "Ne peut être puni qui, ayant commis un des faits prévus par les articles précédents, réussit, avant que l'autorité en soit informée, à empêcher la contrefaçon, l'altération, la fabrication ou la circulation des choses indiquées dans les mêmes articles". Il s'agit d'un cas spécifique de ravissement dont les effets vont au-delà des ceux établis par l'article 56 al.4 c.p.⁽⁵⁸⁾, car ils ne se traduisent pas dans une réduction de la peine, mais bien dans une exemption totale de cette dernière. Pour mieux saisir cet article il convient de se rapporter⁽⁵⁹⁾ aux les comportements typiques qui, dans l'article 453 c.p., déterminent la progression délictueuse du faux monnayage (contrefaçon, altération, fabrication, mise en circulation). L'empêchement doit donc se préciser dans l'interruption du processus délictueux dès le premier stade successif à l'apport personnel dans l'infraction. Plus précisément la personne qui a fabriqué, en violant l'article 461 c.p., des instruments aptes au

⁽⁵³⁾ Cour de Cassation, V, 01.10.1975, en *Giurisprudenza italiana*, 1976, p. 312.

⁽⁵⁴⁾ Cour de Cassation, V, 22.05.1967, en *Giurisprudenza italiana*, 1968, p. 54 et en ce sens CATELANI, *I delitti di falso*, Milano, 1978, p. 31.

⁽⁵⁵⁾ Cour de Cassation, V, 07.06.1990, en *Cassazione penale* 1991, I, 759. Avant 1990 voir un arrêt intéressant, Cour de Cassation, V, 04.12.1974, en *Giurisprudenza italiana*, 1975 et en ce sens FAIS, *Falsità in monete e carte di pubblico credito*, précité, p. 619.

⁽⁵⁶⁾ Circonstance atténuante qui se réalise en cas d'empêchement, réduction ou réparation, avant le jugement, du dommage causé.

⁽⁵⁷⁾ Cour de Cassation, Sections Unies, 29.10.1983, en *Giustizia penale*, 1984, II, c.131.

⁽⁵⁸⁾ Empêchement de la conclusion du délit par repentir actif.

⁽⁵⁹⁾ CRISTIANI, *Falsità in monete e valori pubblici*, précité, p. 73.

faux monnayage, pourra invoquer l'article 463 c.p. seulement s'il a empêché la contrefaçon. Egalement, si après que la contrefaçon a eu lieu, la personne qui ayant reçu, acheté ou importé de la fausse monnaie, empêchera sa mise en circulation, celle-ci ne pourra pas être punie ⁽⁶⁰⁾.

Conclusion.

L'étude de la conduite typique dans les différents cas de faux monnayage nous emmène à une double considération d'ordre technique et méthodologique: la variété des modalités d'exécution décrites dans les incriminations répond à une exigence évidente de politique législative, qui punit les actions délictueuses de faux monnayage au sens propre, mais aussi qui sanctionne les activités instrumentales pouvant réaliser un même danger que les premières. Il est toutefois évident que les auteurs du code pénal italien ont parfois multiplié à démesure les incriminations, en augmentant géométriquement les questions d'ordre conceptuel ⁽⁶¹⁾. De plus il apparaît que la discipline actuelle concernant le faux-monnayage, et plus en général la notion de faux, n'est pas en mesure de satisfaire les nouvelles exigences de protection réclamées par le développement technologique, comme par exemple les questions liées à la criminalité informatique, à la monnaie électronique ⁽⁶²⁾.

Certains auteurs, nous l'avons vu ⁽⁶³⁾, critiquent aussi l'hétérogénéité de la matière, au regard de la conception du faux au sens propre et du lien parfois un peu forcé entre ce dernier et les comportements sanctionnés par les articles 453 c.p. et suivants ⁽⁶⁴⁾. En effet l'analyse de ces conduites met en évidence comment le comportement matériel du sujet trouve son importance et sa spécificité dans des éléments qui touchent parfois des aspects d'ordre psychologique (comme l'accord-complicité ou la bonne foi), parfois des notions relatives à la potentialité de la méprise (le concept d'apparence du faux ou le faux grossier ⁽⁶⁵⁾).

Enfin en ce qui concerne les questions spécifiques liées à l'introduction de la monnaie unique européenne, il est vraisemblable que ce changement, bien

⁽⁶⁰⁾ Cour de Cassation, V, 21.06.1967, en *Giustizia penale*, 1968, II, c.205.

⁽⁶¹⁾ MALINVERNI, *Fede pubblica*, en *Enciclopedia del diritto*, tome XVII, Milano, 1968, p. 88.

⁽⁶²⁾ PICOTTI, *Problemi penalistici in tema di falsificazione di dati informatici*, précité, p. 939.

⁽⁶³⁾ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, tome II*, précité, p. 579; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, tome I*, précité, p. 537.

⁽⁶⁴⁾ CRISTIANI, *Falsità in monete e valori pubblici*, précité, p. 70.

⁽⁶⁵⁾ Pour de plus amples détails en la matière voir: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, tome I*, précité, p. 539 suiv.; BETTIOL, *Ancora in tema di falsità ideologica*, en *Scritti giuridici*, Padova, 1966, p. 959 suiv.

qu'il puisse présenter un certain nombre de problèmes d'ordre technique, ne comporte pas la nécessité d'une nouvelle approche de politique criminelle au regard du faux monnayage. D'une part le concept de monnaie qui est issu des articles 453 c.p. suivants, et qui découle aussi de la jurisprudence, nous permet une notion étendue. En effet comme nous l'avons vu, il n'y a pas de distinction substantielle entre monnaies nationales et monnaies étrangères. D'autre part l'article 453 c.p. affirme l'exigence du cours légal pour que une monnaie falsifiée tombe sous les dispositions du code pénal. Il est évident que l'Euro sera pleinement reconnu comme monnaie à cours légal et, en tant que tel, protégé par les dispositions objet de la présente étude. De plus les récentes normes émises par le législateur italien ⁽⁶⁶⁾ concernant l'Euro n'apportent pas de modifications au code pénal ⁽⁶⁷⁾.

Certes en Italie le faux monnayage reste et restera un problème important. En 1997 la Commission de la Banque d'Italie chargée de l'examen des billets suspectés de faux a reconnu 173.530 billets contrefaits ⁽⁶⁸⁾ (contre les 91.929 de 1996) et a fait 131 expertises pour le compte des autorités judiciaires. C'est clairement la démonstration que, au-delà des choix opérés par le législateur italien en matière de faux monnayage, la lutte contre ces infractions doit rester une priorité nationale et probablement nécessite d'un plus grand effort de la part des autorités publiques. Cela est d'autant plus vrai que la lutte de la part de ces dernières contre le faux monnayage ne peut pas s'appuyer sur un intérêt concret de la part du public qui, lui, est bien plus sensible à d'autres types de délits et donc risque de ne fournir aucune aide dans la poursuite des coupables. Même les banques italiennes, qui ont le devoir institutionnel de retirer de la circulation les billets suspectés de faux, de s'informer de leur provenance et de signaler le tout aux autorités de police, ne sont pas toujours à la hauteur de cette tâche. Tout cela nous ne pousse pas à l'optimisme, compte tenu du fait que dans la période immédiatement successive à la naissance de l'Euro, les risques de sa contrefaçon et de son recyclage sont particulièrement évidents. Certes on peut espérer que les récentes alarmes lancées par le trésorier de la Banque Centrale de Belgique ainsi que par certaines autorités de police ⁽⁶⁹⁾, et immédiatement reportées par la presse

⁽⁶⁶⁾ Loi 17.12.1997 n.433 "Delega al Governo per l'introduzione dell'Euro" J.O. 295 du 19.12.1997 et relatif Décret Législatif 24.06.1998 n.213 du J.O. 157 du 08.07.1998 supplément 116.

⁽⁶⁷⁾ Pour une étude plus approfondie des questions pénales liées à l'Euro voir BROSIO, CRISTAUDI, La tutela penale di banconote e monete in Euro, en *L'Euro. Aspetti giuridici ed economici*, Roma, 1997, p. 161.

⁽⁶⁸⁾ Voir Bancaforte (Revue de l'Association Bancaire Italienne) sur la sécurité et la technologie, n.6, 1998, p. 49.

⁽⁶⁹⁾ Voir notamment le dernier Rapport sur l'UEM du Sisde (un des organismes du service secret italien) et les récentes enquêtes des autorités du National Criminal Intelligence Service en Grande Bretagne sur les activités mafieuses de faux monnayage,

européenne ⁽⁷⁰⁾, seront l'occasion pour une sensibilisation des citoyens sur les infractions concernant le faux monnayage, tout en stimulant les pays membres à renforcer la collaboration entre leurs autorités chargées de prévenir et réprimer les faits en question.

ABSTRACT

The paper aims at giving an overview of the Italian legislation on forgery of banknotes. In order to achieve this objective, the Author analyses the different hypothesis geared to prevent and punish both the activities of forgery and alteration of banknotes, on the one hand, and some other illegal activities preceding, flanking or following the forgery, on the other hand. Finally, the paper goes into the principal forms taken by the relevant crimes.

Il lavoro è finalizzato a offrire un quadro sistematico della normativa italiana in tema di falso nummario. Al riguardo - dopo una analisi delle diverse fattispecie volte a prevenire e punire sia le vere e proprie attività di contraffazione e alterazione di monete, sia talune ulteriori attività illecite precedenti, concomitanti e susseguenti alla falsificazione - vengono passate in rassegna le principali forme di manifestazione dei reati in oggetto.

⁽⁷⁰⁾ Voir, par exemple, *Sunday Telegraph* du 31.01.1999; *La Repubblica* du 01.02.1999.

BALDASSARE PASTORE

DIRITTI UMANI E "LEGGE DEI POPOLI"

1. *Per una moralità dei diritti umani*

Nella nostra epoca — segnata, tra l'altro, dal trionfo della tecnica, da forme sempre più ampie di interdipendenza e dall'emersione di "particolarismi tribali" (che le vicende di questo scorcio di secolo, sulla soglia fra due millenni, mostrano nei loro aspetti più orrendi) — i diritti umani si caratterizzano come struttura portante di una moralità che implica l'assunzione di una logica universalistica. Per "moralità" qui si intende l'assetto generale del pensiero etico in connessione con gli ambiti della vita pratica, talché i diritti umani operano come elementi centrali di un'etica pubblica, veicolando i criteri essenziali della coesistenza nella dimensione dei rapporti intersoggettivi e partecipando costitutivamente alla legittimazione delle organizzazioni gius-politiche, sia a livello nazionale che a livello internazionale. La logica universalistica richiede che la rivendicazione di un diritto è possibile solo in quanto colui che la propone la riconosca come valida, in linea di principio, per chiunque venisse a trovarsi nella medesima situazione in cui egli si trova ⁽¹⁾.

I diritti umani rappresentano il più rilevante ed accomunante sistema di valori degli ultimi due secoli. Essi tratteggiano quegli aspetti della dignità degli esseri umani che rimandano alle dimensioni dello sviluppo della persona, nelle sue esigenze basilari e potenzialità. Tali esigenze e potenzialità convergono con i contenuti espressi nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10

⁽¹⁾ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione dei diritti dell'uomo*, in "Archivio giuridico", CCVIII, 1988, p. 103; F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 346 ss.

dicembre 1948, dalla quale prende avvio quella pratica dei diritti che ha segnato profondamente l'esperienza giuridica (nazionale e internazionale) del nostro tempo ⁽²⁾.

La pratica dei diritti è ufficialmente costituita da una serie complessa di accordi e di patti, la cui fonte originaria è, appunto, la Dichiarazione del 1948 ⁽³⁾, la quale funziona da criterio normativo di misura del grado di attuazione dei diritti. Possiamo parlare, in tal senso, di un potenziale critico che i diritti umani hanno nei confronti dei modi e delle forme della loro recezione e realizzazione ⁽⁴⁾.

Va ricordato, in proposito, che la Dichiarazione non ha una efficacia giuridica diretta, ma presenta una **valenza normativa** indiretta e tuttavia pervasiva, nel senso che i processi di positivizzazione ne esplicano la portata ⁽⁵⁾. Emerge, a questo livello, un elemento che contribuisce a definire la dimensione morale dei diritti umani e che si connette a quel senso di validità che li proietta al di là di tutti gli ordinamenti positivi.

I **diritti umani** sono pretese giustificate, riguardanti tutti gli esseri umani, che richiedono atti di rispetto e di tutela. Una siffatta validità universale si pone come proprietà che tali diritti condividono con le **nonne morali** ⁽⁶⁾, consentendo, inoltre, che il discorso ad essi relativo esibisca in anticipo "i criteri alla cui luce si possono scoprire e correggere le offese, anche latenti,

(2) In argomento, più estesamente, L. LOMBARDI VALLAURI, *La portata filosofica della religione civile dei diritti dell'uomo*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 195 ss., 201 ss.; B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 289-294.

(3) E non va dimenticato lo stretto legame che intercorre tra la Dichiarazione del 1948 e la Carta delle Nazioni Unite del giugno 1945. Si vedano, ad esempio, l'art. 55 della Carta ("Al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basati sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodeterminazione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno... il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione") e l'art. 28 della Dichiarazione universale ("Ogni individuo ha diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati").

(4) F. VIOLA, *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, in "Ragion pratica", 11, 1998, p. 45.

(5) C. ZANGHÌ, *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", XII, Utet, Torino, 1997, pp. 154-156. V. inoltre J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1989, pp. 23 ss., 28 ss., 205 ss., 250 ss.; D. ARCHIBUGI e D. BEETHAM, *La Dichiarazione universale dei diritti umani cinquant'anni dopo*, in D. ARCHIBUGI - D. BEETHAM, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Feltrinelli, Milano, 1998, in particolare pp. 10-13, 19-23.

(6) Cfr. J. HABERMAS, *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo* (1995), in *Id.*, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 202 ss.

alla propria pretesa' (7). I diritti umani, così, esprimono una sorta di universale etico, che presenta una tensione (irrisolta) tra irrinunciabilità e irrealizzazione (8). Una tensione che rende evidente un paradosso: alla ampia approvazione di cui essi godono nel panorama etico e politico odierno corrisponde una loro generalizzata violazione, che si nutre di violenze, distruzioni, crudeltà, morte, sfruttamento, sopraffazioni, abusi — e ciò rende quanto mai urgente il dovere di proteggerli — ma che si connette anche alle stnumentalizzazioni, alle interpretazioni tendenziose, alle applicazioni parziali che ne vengono compiute.

Va segnalato, comunque, che lo sviluppo dei diritti umani dipende dalle modalità storiche che assume la loro violazione (9), talché essi seguono un corso che si lega alle minacce alla sopravvivenza e alla realizzazione della vita umana e che implica la ricerca dei mezzi più efficaci per proteggerli.

2. La "legge dei popoli" come idea regolativa *nell'ambito* delle relazioni internazionali

Considerando la società internazionale, i diritti umani, in quanto diritti positivi riconosciuti ufficialmente dagli ordinamenti interni e dalla comunità planetaria mediante atti giuridici appositi, svolgenti la funzione di essere condizioni necessarie per la legittimità di un regime politico e per l'accettabilità del suo ordinamento (10), partecipano alla determinazione del criterio normativo di una legge dei popoli, che definisce i termini essenziali di una loro cooperazione equa (11).

La nozione di "legge dei popoli" è usata da John Rawls come idea regolativa, in connessione al concetto di giustizia, che deve informare i principi e le norme di diritto internazionale e le loro concrete applicazioni, in modo da garantire una base comune per la convivenza a livello planetario tra soggetti (Stati e individui) liberi ed eguali. In tal senso impone restrizioni alla sovranità degli Stati e al loro diritto di agire senza condizionamenti esterni nei confronti delle persone che vivono entro i loro confini e nei confronti delle altre organizzazioni statali.

(7) Così J. HABERMAS, *Legittimazione* tramite diritti umani (1997), in Id., *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 223. Cfr. anche M. J. PERRY, *The Idea of Human Rights. Four Inquiries*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1998, pp. 6, 43 ss.

(8) D'AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 98-102.

(9) Il punto è evidenziato da F. VIOLA, *Diritti dell'uomo*, diritto naturale, etica contemporanea, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 159, 171, 84-185.

(10) Cfr. L. HENKIN, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, pp. 31-41.

(11) J. RAWLS, *La legge dei popoli*, in S. SHUTE e S. HURLEY (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures 1993*, trad. it. di S. Lauzi, Garzanti, Milano, 1994, pp. 54-97,

Viene individuato, così, un modello di ordine internazionale, che riguarda l'insieme dei principi organizzativi e delle condizioni che assicurano la convivenza regolata tra diversi soggetti, e un certo grado di prevedibilità dei loro comportamenti, attraverso la realizzazione di modalità di interazione rispettose di un insieme di regole, la condivisione di certi valori e interessi e la collaborazione al funzionamento di certe istituzioni comuni ⁽¹²⁾. Assume una particolare rilevanza, in questa direzione, l'istituzione di una Corte penale internazionale, permanente e indipendente, avente competenza nei confronti dei crimini più gravi che concernono l'insieme della comunità planetaria, la pace e la sicurezza del genere umano ⁽¹³⁾.

Rawls "costruisce" la legge dei popoli come estensione dei concetti fondamentali della sua concezione della giustizia come equità ⁽¹⁴⁾ all'ambito della società internazionale, intesa come società politica. La "legge dei popoli", infatti, identifica una famiglia di concetti politici informati a principi di giustizia e di bene comune che specificano il contenuto di una concezione del giusto, che opera come argomento normativo intorno alla giustificazione

⁽¹²⁾ Cfr. F. CARASSINI, L'ordine internazionale: modelli a confronto, in "Quaderni di scienza politica", VI, n. 1, 1999, pp. 160, 164-166, 169. Si veda inoltre L. BONANATE, I doveri degli Stati, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 178 ss., 197 ss., nonché A. M. WEISBURD, *Implications of International Relations Theory for the International Law of Human Rights*, in "Columbia Journal of Transnational Law", 39, n. 1, 1999, spec. pp. 48 ss., 86 ss., 101-112.

⁽¹³⁾ Si tratta, come recita l'art. 5 dello Statuto della Corte, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998, del crimine di genocidio, dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra e del crimine di aggressione. Lo Statuto, che entrerà in vigore quando sarà ratificato da (almeno) sessanta Stati, può essere letto, nella versione originale inglese, sulla "Rivista di diritto internazionale", LXXXII, 1999, p. 229 ss. Una versione non ufficiale in lingua italiana si trova nella "Rivista di studi politici internazionali", LXVI, 1999, p. 25 ss. Per una sintetica ed efficace analisi del testo dello Statuto v. G. VASSALLI, Statuto di Roma. Note sull'istituzione di una Corte penale internazionale, in "Rivista di studi politici internazionali", LXVI, 1999, pp. 9-24. Cfr. anche i contributi pubblicati in F. LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998.

⁽¹⁴⁾ Il riferimento va qui a *A Theory of Justice* del 1971 (Una teoria della giustizia, a cura di S. Maffettone, trad. it. di U. Santini, Feltrinelli, Milano, 1982, 1997⁶). Di Rawls si veda anche *Liberalismo politico* (1993), a cura di S. Veca, trad. it. di G. Rigamonti, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, in particolare pp. 23 ss., 89 ss., 123 ss. Rawls adotta una procedura costruttivista di formulazione dei principi di giustizia. Essa ha a che fare con la capacità della teoria (morale e politica) di elaborare una struttura di deliberazione basata sulle facoltà di riflessione e di giudizio sviluppate entro una cultura pubblica condivisa. Il costruttivismo riguarda, pertanto, "la possibilità di convenire razionalmente su una procedura di costruzione dei principi di giustizia, per cui non esistono ragioni di giustizia indipendentemente dai principi che risultino dalla procedura di costruzione". Cfr. F. MUCCI, *Liberalismo politico e diritti fondamentali. Una ricostruzione del pensiero politico di John Rawls*, in "Democrazia e diritto", XXXVI, n. 2-3, 1996, p. 85.

e valutazione della sfera pubblica a partire da premesse universalistiche, formulata in modo tale da poter essere applicata al sistema delle relazioni internazionali ⁽¹⁵⁾.

A questo riguardo, nella misura in cui l'ambito politico è concepito in termini di interazione tra soggetti (Stati e persone) liberi ed eguali ⁽¹⁶⁾, emerge una tematica rilevante, non sempre, invero, esplicitamente affrontata. Mi riferisco al ruolo della fiducia nel modellare le forme della vita collettiva ⁽¹⁷⁾. La questione rinvia, anche nell'ambito dei rapporti internazionali, al complesso agire cooperativo che vincola una molteplicità di agenti, i quali non possono conoscere le future azioni gli uni degli altri, laddove, però, tutti devono fare in certa misura reciproco affidamento sulle future azioni altrui. Si tratta, in sostanza, di riconoscere il ruolo centrale, seppure ambiguo perché in esso è insito il rischio del fallimento, dell'impegno e dell'intesa per rendere possibile la cooperazione sociale. Ciò implica l'obbligo di osservare gli impegni reciproci e la virtù di assolvere coerentemente tale obbligo in base alla presenza di aspettative circa la condotta degli altri: aspettative che, nel quadro di un reticolo condizionale dell'interazione, costituiscono la premessa per una condotta cooperativa.

In questo senso, l'evoluzione della comunità mondiale, che i crescenti livelli di interscambio economico, culturale e sociale favoriscono, mette in evidenza la difficoltà di continuare a concettualizzare la vita internazionale come una mera giustapposizione di entità separate e spesso reciprocamente

⁽¹⁵⁾ RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., p. 64. Rawls (art. cit., pp. 68-69) include tra gli elementi costitutivi della legge dei popoli i seguenti principi: "1. I popoli (in quanto organizzati dai loro governi) sono liberi e indipendenti, e la loro libertà e indipendenza devono essere rispettate dagli altri popoli. 2. I popoli sono eguali e parimenti responsabili degli accordi politici tra loro stipulati. 3. I popoli hanno diritto all'autodifesa ma non alla guerra. 4. I popoli sono tenuti all'osservanza del principio di non intervento. 5. I popoli sono tenuti all'osservanza dei trattati e degli impegni comuni assunti. 6. I popoli sono tenuti all'osservanza di alcune restrizioni specifiche in materia di condotta in guerra (che si postula sia guerra di autodifesa). 7. I popoli sono tenuti al rispetto dei diritti umani".

⁽¹⁶⁾ La teoria neocontrattualista di Rawls parte dall'idea intuitiva di accordo per affermare che la cooperazione deve essere fondata sul consenso dei soggetti ed essere rivolta al loro reciproco beneficio. Tale cooperazione non dipende solo dal vantaggio razionale dei soggetti coinvolti, ma anche da un elemento morale indipendente. Esso è caratterizzato, per Rawls, dalla nozione di termini equi della cooperazione, che intende offrire un punto di osservazione indipendente dagli interessi di tutte le parti coinvolte. Tale punto di osservazione, comunque, si connette, per molti versi, con il perseguimento del loro interesse a lungo termine. Cfr. M. MANGINI, *La giustizia e gli ideali. Una critica della giustizia liberale*, Editori Riuniti, Roma, 1994, pp. 11 ss., 20 ss.; G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 25.

⁽¹⁷⁾ Sul tema, per una prima riflessione, cfr. J. DUNN, *Fiducia e agire politico*, in D. GAMBETTA (a cura di), *Le strategie della fiducia. Indagini sulla razionalità della cooperazione* (1988), trad. it. di D. Panzieri, Einaudi, Torino, 1989, pp. 95 ss., in particolare pp. 104-108.

ostili, facendo emergere la consapevolezza che le condizioni di vita sul pianeta vanno protette e salvaguardate consensualmente e globalmente disvelando che anche gli Stati sono portatori di valori (o disvalori) morali, specialmente nella forma di responsabilità e doveri (18).

La "legge dei popoli" è il portato dell'accordo tra società bene ordinate, caratterizzate da diverse concezioni dell'ordine politico (si tratta di società — liberali e non liberali — le cui popolazioni hanno origini, culture, confessioni religiose diverse) ma che, in quanto bene ordinate, siano società pacifiche e prive di mire espansionistiche, il cui sistema giuridico soddisfi determinate condizioni che funzionino come requisito di legittimità agli occhi del popolo, tra le quali rientrano il principio di legalità e il rispetto dei diritti umani fondamentali (19). L'impegno nella procedura di costruzione della "legge dei popoli" implica che si esplori con *altri* lo spazio del 'possibile politico', assumendo, in tal modo, responsabilità comuni e individuando, attraverso una considerazione riflessiva degli elementi presenti nel contesto politico-giuridico, i criteri di valutazione delle relazioni tra soggetti della comunità planetaria e delle forme istituzionali storicamente realizzate (20). Viene assunta, pertanto, l'idea kantiana del dovere politico di uscire dallo stato di

(18) L. BONANATE, *Etica internazionale*, in *Società internazionale. Vocabolario* a cura di F. Armao e V. E. Parsi, Jaca Book, Milano, 1996, p. 140.

(19) RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., p. 55. La costruzione di Rawls implica l'estensione del contratto sociale in ambito internazionale. La posizione originaria, configurata come artificio espositivo, prima assunta come relativa alle singole persone, viene riproposta ad un livello in cui le parti rappresentano popoli le cui istituzioni fondamentali soddisfano latamente i principi della giustizia. Il filosofo statunitense afferma che i rappresentanti dei popoli, in una posizione originaria nella quale ignorassero territorio, popolazione, sviluppo e risorse naturali dello Stato che rappresentano, pattuirebbero una legge dei popoli che comporta il rispetto dei diritti umani fondamentali, l'indipendenza dei popoli, nonché il diritto all'autodifesa (ma non alla guerra). Ivi, pp. 60, 68-69. Sull'argomento rinvio a M. C. PIEVATOLO, *La giustizia degli invisibili. L'identificazione del soggetto morale*, a ripartire da Kant, Carocci, Roma, 1999, pp. 190-192, ed a L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999, pp. 113-114. Un abbozzo della costruzione rawlsiana si ha in *Una teoria della giustizia*, cit., § 58, in particolare pp. 313-315. Una critica al modello della posizione originaria è avanzata da J. HABERMAS, *Conciliazione tramite uso pubblico della ragione* (1995), in *Id.*, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 65 ss.

(20) La pretesa di Rawls è quella di prendere in considerazione una concezione pubblica della giustizia per quanto possibile indipendente da dottrine filosofiche e religiose controverse. La domanda da cui parte la sua riflessione, estesa con *La legge dei popoli* dall'ambito interno (di una società politica nazionale) a quello internazionale, è la seguente: "come è possibile che esista e duri nel tempo una società stabile e giusta di cittadini liberi e uguali profondamente divisi da dottrine religiose, filosofiche e morali incompatibili, benché ragionate?" **Cfr.** RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., pp. 6-7.

natura (presente per molti versi ancora in ambito internazionale), sottomettendosi, insieme agli altri, al governo di una legge ragionevole e giusta ⁽²¹⁾.

Ciò richiede un mutamento delle modalità che hanno finora ispirato i rapporti tra i popoli al fine di definire uno schema mutuamente accettabile e ragionevolmente non rifiutabile che regoli la cooperazione tra società. In questa prospettiva, l'elaborazione di una legge dei popoli si lega alla maturazione di un comune senso del giusto e dell'ingiusto politico e richiede il modellamento di istituzioni e trattamenti che minimizzino la sofferenza socialmente evitabile (con il portato di crudeltà, persecuzione, degradazione, umiliazione, esclusione che ad essa si lega), massimizzando la tutela dei diritti ⁽²²⁾.

Si tratta, allora, in questa direzione, anche di pensare l'impossibilità della guerra, operando per la realizzazione dell'ideale cosmopolitico della pace.

3. Fini e mezzi

Da un punto di vista antropologico ed etico quello della guerra e della pace non è che un aspetto del problema più generale e radicale, nonché estremamente articolato e difficile, della violenza, dell'aggressività, della distruttività umane e della possibilità di contenerle e di inibirle ⁽²³⁾. L'etica, pertanto, è chiamata a interrogarsi al fine di fornire gli strumenti idonei a operare una scelta per la pace, rifiutando la violenza. Si tratta, infatti, di porsi la questione della lotta contro la violenza evitando la violenza.

⁽²¹⁾ Cfr. RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., p. 88. Si veda al riguardo I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. e note a cura di G. Vidari, rev. a cura di N. Merker, Laterza, Roma-Bari, 1996⁴, pp. 187-188 (Parte Prima. Principi metafisici della dottrina del diritto, § 61). Sul punto rinvio a C. COVELL, *Kant and the Law of Peace. A Study in the Philosophy of International Law and International Relations*, MacMillan Press, London - St. Martin's Press, New York, 1998, pp. 51 ss., 93 ss., 141 ss., ed agli interventi su "Kant e l'ordine mondiale" di F. CERUTTI, P. P. PORTINARO, L. BONANATE, A. LORETONI, G. MARINI, in "Iride", IX, n. 17, 1996, p. 85 ss.

⁽²²⁾ Cfr. S. VECA, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 235-236, 245-247.

⁽²³⁾ Cfr. F. BONSIGNORI, *Diritto, valori, responsabilità*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 17 ss. Sulla rilevanza decisiva del problema della violenza per la cultura giuridica e politica e sulla necessità che essa si misuri con le "radici" della violenza insiste P. BARCELLONA, *Il ritorno del legame sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, p. 80 ss. Sulla guerra come negazione del diritto rinvio alle riflessioni di L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 238 ss. V., inoltre, R. FALK, *Per un governo umano. Verso una nuova politica globale* (1995), trad. it. di M. T. Musacchio, Asterios Editore, Trieste, 1999, pp. 320-323, e M. KALDOR, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale* (1999), trad. it. di G. Foglia, Carocci, Roma, 1999, p. 131 ss.

Nell'età della tecnica, poi, la (complessa e caotica) peculiarità dei fattori della guerra deve spingerci a concepire la pace come processo mirante non solo a prevenire l'uso delle armi, ma anche a implementare i presupposti reali di una rilassata convivenza tra popoli e gruppi ⁽²⁴⁾, nella direzione di un impegno a sviluppare forme di comunicazione fra esseri umani che condividono un mondo. I diritti umani, da questo punto di vista, rappresentano delle risorse normative indispensabili.

Oggi assistiamo alla trasformazione della tecnica da "mezzo" a "fine" ⁽²⁵⁾. La tecnica aumenta quantitativamente al punto da rendersi disponibile per la realizzazione di qualsiasi fine e ciò determina un mutamento dello scenario. Non è più il fine a condizionare la ricerca e l'uso dei mezzi tecnici, ma sarà la cresciuta disponibilità dei mezzi tecnici a dispiegare il ventaglio di qualsivoglia fine che tramite loro può essere raggiunto. La tecnica tende a caratterizzarsi come un universo di mezzi che non ha in vista alcuna finalità che non sia il suo semplice autopotenziamento. Ma, se il mezzo tecnico è la condizione necessaria per la realizzazione di qualsiasi fine, che non può essere raggiunto prescindendo dal mezzo tecnico, il conseguimento del mezzo diventa il "vero fine" che tutto subordina a sé. L'esito di tale processo è la assoluta subordinazione dell'agire al fare. All'agire, come scelta dei fini su cui tutte le etiche dall'inizio della storia si sono costruite, subentra il fare, come mera produzione di risultati che procedono come esecuzione (più o meno riuscita!) di operazioni tecniche. L'autonomizzazione dei mezzi, pertanto, conduce al cambiamento della natura stessa dei fini. D'altra parte, è proprio della tecnica dischiudere quello che potremmo definire lo "scenario dell'imprevedibile" ⁽²⁶⁾, che va imputato ad un eccesso del potere di fare

⁽²⁴⁾ HABERMAS, L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo, cit., p. 198. In generale, sul tema, cfr. N. BOBBIO, Il problema della guerra e le vie della pace, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 75 ss., 159 ss., 171 ss.

⁽²⁵⁾ Per quanto segue utilizzo, in parte, le riflessioni svolte da U. GALIMBERTI, Psiche e techne, L'uomo nell'età della tecnica, Feltrinelli, Milano, 1999, in particolare pp. 37, 39, 339-342, 457 ss. È d'obbligo, in proposito, il rinvio a H. JONAS, Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica (1979), a cura di P. P. Portinaro, trad. it. di P. Rinaudo, Einaudi, Torino, 1990. Jonas propone un discorso critico sulla modernità, che investe la scienza e la tecnica in tutte le loro implicazioni. Sono, infatti, i caratteri stessi dell'impresa tecnico-scientifica moderna, con il suo dinamismo totalizzante, l'irresistibilità dei suoi imperativi, la globalità delle sue conseguenze, insieme alla loro ambivalenza, che impongono l'esigenza di una nuova riflessione etica.

⁽²⁶⁾ Così GALIMBERTI, Psiche e techne, cit., p. 467. Come sottolinea O. HÖFFE, La sfida della civiltà globale, Dodici tesi, in "Iride", IX, n. 17, 1996, pp. 11-12, a causa del grande potenziale tecnico-scientifico (senza il quale, invero, non esisterebbe l'apparato militare di cui disponiamo attualmente) si sviluppano dei deliri di onnipotenza contro i quali è necessario un contrappunto di carattere morale. È tesi di Hoffe che la tendenza verso una civiltà globale, che appunto vede uno dei suoi fondamenti nella scienza e nella tecnica, abbisogna di una forma giuridica (una morale giuridica valida interculturalmente) che la renda legittima a livello mondiale.

enormemente maggiore del potere di prevedere e quindi di valutare e giudicare gli effetti diretti e quelli collaterali (27). Tutto ciò non può non incidere pesantemente in ogni riflessione sulla guerra.

Nell'età della tecnica, allora, non è ammissibile pensare ad un uso giustificato della guerra, compreso quello che la vede come strumento di riparazione dei diritti violati. Poiché la guerra annulla ogni iniziativa umana, altre sono le vie da percorrere.

Qui gioca un ruolo fondamentale la presa di posizione etica per la giustizia contro la violenza, per il diritto (come modalità volta a risolvere i conflitti e a creare contesti d'ordine e di sicurezza in cui la pace possa attuarsi) contro il torto.

4. Quale ingerenza nell'età dei diritti?

Torniamo alle coordinate teoriche fornite da Rawls. La costruzione dell'autore statunitense si configura come teoria ideale che, nell'elaborare una concezione della giustizia, riprende i fondamenti morali e filosofici di un modello di società formata da popoli "bene ordinati" con principi che si applicano alle sue strutture non native e alle sue attuazioni pratiche. Secondo Rawls, a questo modello, che include costitutivamente la tutela dei diritti umani (28), "si impronta la condotta dei popoli nelle loro relazioni reciproche, nonché la definizione di istituzioni comuni aventi per fine il mutuo vantaggio dei popoli" (29). Tuttavia si tratta di misurare la validità di tale costruzione prendendo in considerazione i problemi e gli interrogativi derivanti dalle condizioni concrete ("decisamente non ideali") del mondo in cui viviamo, "caratterizzato da grandi ingiustizie e da un diffuso malessere sociale". La teoria non ideale, pertanto, si interroga sul modo in cui la concezione ideale di una società di popoli bene ordinati può trovare attuazione pratica. La

(27) A questo proposito va sottolineato il carattere ormai antieconomico di ogni guerra.

(28) RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., pp. 82-85. Dall'argomentazione di Rawls emerge che per accreditare una dottrina etico-politica e un assetto istituzionale è necessario che essi rendano ragione dei diritti umani. Ciò riguarda anche le concezioni diverse da quella liberale, che pure - è superfluo ricordarlo - ha contribuito enormemente alla loro affermazione. Sull'indipendenza dei diritti dalle dottrine etico-politiche, nonché dalla volontà degli Stati, e sulla "logica propria" secondo la quale essi si articolano e si sviluppano cfr. F. VIOLA, Una moralità basata sui diritti, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione*. Per una rilettura della Dottrina Sociale della Chiesa, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 385-388. Per una critica al modo rawlsiano di concepire l'universalità dei diritti umani (nel senso della loro non totale e non necessaria inscrivibilità nella tradizione politica occidentale) v. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti*, cit., pp. 114-115.

(29) RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., p. 86.

questione riguarda sia le condizioni sfavorevoli (storiche, sociali ed economiche) che rendono difficile, se non impossibile, l'instaurazione di regimi bene ordinati, sia le condizioni di non osservanza, vale a dire le condizioni in cui certi regimi rifiutano di riconoscere una ragionevole "legge dei popoli" ⁽³⁰⁾.

Il primo aspetto rinvia a quelle condizioni in cui si trovano le società cui fanno difetto le tradizioni politiche e culturali, il capitale umano, il *know-how*, le risorse materiali e tecnologiche che rendono possibile l'esistenza di società bene ordinate. In ragione di queste circostanze, "tutte le società svantaggiate a causa di condizioni sfavorevoli dovrebbero essere via via condotte a quelle condizioni che rendono possibile l'esistenza di una società bene ordinata, o quanto meno assistite in questo processo" ⁽³¹⁾. È da notare, a tale proposito, che il filosofo statunitense esclude che per risolvere il problema generale delle condizioni sfavorevoli entro un gruppo di società (ossia in ambito internazionale) sia utilizzabile il principio di differenza ⁽³²⁾. Infatti, nel modello rawlsiano, questo principio fa parte della teoria ideale formulata per le società democratiche e mostra la sua ragionevolezza per quanto concerne la giustizia *all'interno* di tali società, non essendo strutturato in modo da adattarsi al caso in discussione. Inoltre, l'esistenza di diversi tipi di società a livello planetario impedisce di assumere un unico principio di giustizia distributiva valido dappertutto. Si tratta, invece, di adottare principi differenti in ragione dei rispettivi contesti interni. Ciò, tuttavia, non implica il fatto che le società bene ordinate e più ricche non abbiano doveri nei confronti delle società svantaggiate da tali condizioni. È la stessa concezione ideale della società dei popoli a imporre che tutte le società pervengano, o siano aiutate a pervenire, alle condizioni che rendono possibile l'esistenza di società bene ordinate. E ciò richiede *ovunque* il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti umani ed il soddisfacimento dei bisogni umani

⁽³⁰⁾ RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., p. 87.

⁽³¹⁾ Cfr. RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., pp. 89-92. Traggio la citazione da p. 90. Sul tema, con specifico riferimento alla teoria rawlsiana della giustizia tra Stati appena abbozzata nel paragrafo 58 di *A Theory of Justice*, v. B. BARRY, *La teoria liberale della giustizia* (1973), a cura di M. Sallusti, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 165-170, e G. PONTARA, *Filosofia pratica*, Il Saggiatore, Milano, 1988, pp. 136-146.

⁽³²⁾ Secondo il principio di differenza, le disuguaglianze sociali ed economiche devono essere per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati. Esso, propriamente, costituisce la prima parte del secondo principio di giustizia (la seconda parte di tale principio è quella detta della "equa opportunità" e precede il principio di differenza). Il primo principio è quello di libertà, che è sovraordinato rispetto all'altro. Cfr. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 66-68, 255-256. L'idea di fondo è che i beni sociali principali (ossia i diritti e le libertà, le opportunità e i poteri, il reddito e la ricchezza, le basi sociali e istituzionali che assicurano il rispetto di sé e il senso della propria dignità) devono essere distribuiti in modo eguale, a meno che una distribuzione diseguale di uno o più questi beni non vada a vantaggio dei meno avvantaggiati.

primari. In questo senso, il problema vero consiste di solito nella natura della cultura politica radicata in una società, oltre che nelle tradizioni filosofiche e religiose sottostanti alle sue istituzioni (33).

L'altro aspetto — quello relativo alle condizioni di non osservanza — riguarda, in buona misura, la presenza di "regimi fuorilegge" (34), ossia di Stati, retti da élites tiranniche e criminali, che usano l'oppressione e il terrore. Che fare in questi casi?

Sicuramente il fatto di avere di fronte despoti responsabili di delitti atroci contro l'umanità non può portare a languire nella non-resistenza al male e nell'inazione. Ma ciò non autorizza all'uso di qualsiasi mezzo e all'indifferenza per le regole del diritto.

L'accento sempre più forte sui diritti umani e sulla impossibilità di considerare le frontiere nazionali come un ostacolo alla loro protezione è all'origine di alcuni tra i più significativi mutamenti che stanno caratterizzando il sistema delle relazioni internazionali. In discussione è il divieto di ingerenza, corollario del principio di sovranità (35). Però il diritto d'ingeren-

(33) A questo proposito, con riferimento a un'altra prospettiva teorica, si vedano le considerazioni svolte da Amartya Sen nei saggi *La libertà individuale come impegno sociale* (1990), trad. it. di C. Scarpa, rev. di V. Zamagni, in A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 4-36, e *Oltre la liberalizzazione: opportunità sociali e capacità umane* (1995), in A. SEN, *Laicismo indiano*, a cura di A. Massarenti, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 91-112. Sen affronta le implicazioni derivanti da una concezione dello sviluppo come processo di espansione delle libertà degli esseri umani. Tali libertà - che comprendono, da un lato, tutte quelle caratteristiche positive e funzionali che ci mettono in grado di vivere da individui responsabili e attivi (dall'assistenza sanitaria all'istruzione, alla liberazione dalla fame e dalla miseria), dall'altro lato, i diritti riguardanti la possibilità di partecipare ai processi politici e sociali che influenzano le nostre vite - sono tra le componenti costitutive dello sviluppo, essendo inoltre di grande efficacia nel contribuire al progresso economico. Ne deriva che la negazione dei diritti è essa stessa parte della condizione di sottosviluppo. Cfr. anche A. SEN, *Sviluppo, benessere e libertà*, trad. it. di E. Pariotti, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 3, 1998, pp. 213-218. Sulla interdipendenza e indivisibilità dei diritti umani (civili, politici, economici, sociali) v. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, cit., pp. 28-45, nonché A. GEWIRTH, *The Community of Rights*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1996, in particolare pp. 4, 318 ss., 348-349.

(34) RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., pp. 86-89, 93 ss.

(35) Sulle vicende parallele ed opposte della sovranità, almeno a partire dalla rivoluzione francese (quella di una sua progressiva limitazione interna, sul piano del diritto statale, e quella di una sua progressiva assolutizzazione esterna, sul piano del diritto internazionale), nonché sulla crisi odierna della sovranità, la cui fine è sanzionata, sul piano del diritto internazionale, dalla Carta dell'Onu del 1945 e poi dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 29 ss., 39 ss.

za⁽³⁶⁾, al fine di proteggere esseri umani, i cui diritti fondamentali vengono orrendamente violati, non può essere considerato una licenza indiscriminata di intervento. Si tratta, allora, di identificare, il più chiaramente possibile, le fattispecie che autorizzano una siffatta ingerenza. Una tipizzazione ragionevole richiede di prendere in considerazione il nucleo di diritti riguardanti l'integrità e la sicurezza fisica delle persone. Il riferimento va ai casi di violazione dei diritti umani basilari, illustrati, ad esempio, negli articoli 3 ("Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona"), 4 ("Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù") e 5 ("Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani e degradanti") della Dichiarazione universale del 1948⁽³⁷⁾. A queste violazioni deve appartenere una caratteristica di sistematicità (devono essere cioè qualcosa di pianificato e di continuo nel tempo) e di selettività diretta verso una collettività identificata attraverso tratti etnici, religiosi o politici. È necessario anche che la responsabilità della violazione abbia un carattere istituzionale (sia imputabile alle

(36) Per una approfondita analisi delle varie questioni legate alla configurazione e all'esercizio del diritto di ingerenza rinvio a M. BETTATI, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Editions Odile Jacob, Paris, 1996. Cfr. anche G. MEGGLE, *Questa guerra è buona? Un commento etico*, trad. it. di T. Mazzaresse, in "Ragion pratica", 13, 1999, spec. pp. 70-79; P. DE SENA, *Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, ivi, spec. pp. 147-155.

(37) Citando gli articoli 3 e 5 della Dichiarazione del 1948, Rawls (*La legge dei popoli*, cit., p. 243 nt. 46) parla di "diritti umani propriamente detti". L'art. 4 è invece classificato tra i diritti umani "propriamente detti, pur rimanendo in sospenso alcune questioni di interpretazione". Tra questi diritti rientrano anche quelli enunciati negli articoli dal 6 al 18 (diritto al riconoscimento della personalità giuridica, ad un'eguale tutela da parte della legge, a ricorrere ai tribunali nazionali - indipendenti e imparziali - contro atti che violano i diritti riconosciuti, a non essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato, alla presunzione di innocenza, alla protezione della propria sfera privata, alla libertà di movimento e di residenza, di asilo, alla cittadinanza, ad un matrimonio libero, alla proprietà, alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione).

Si noti, al riguardo, che Bobbio considera il diritto a non essere tenuti in stato di schiavitù o di servitù (insieme al diritto a non essere torturati) come valevole in ogni situazione e per tutti gli esseri umani indistintamente e non soggetto alla sospensione della tutela. Si tratta infatti di diritti che si chiede non vengano limitati né per il verificarsi di casi eccezionali né con riguardo a una qualsivoglia categoria di appartenenti al genere umano. Sono, pertanto, diritti privilegiati, perché non vengono posti in concorrenza con altri diritti pur essi fondamentali, e assoluti, perché l'azione che viene considerata illecita in conseguenza della loro istituzione e protezione è universalmente condannata. Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992², pp. 11, 39.

Per Rawls, dopo i diritti umani propriamente detti e quelli propriamente detti ma su cui esistono divergenze interpretative, vengono "i diritti umani che sono naturale conseguenza di questi diritti. Si tratta dei casi estremi trattati dalle convenzioni specifiche sul genocidio (1948) e sull'apartheid (1973)". Altri diritti (quello alla sicurezza sociale, di cui all'art. 22 e quello ad un'eguale retribuzione per eguale lavoro, di cui all'art. 23) "paiono invece presupporre l'esistenza di istituzioni a carattere specifico".

istituzioni statali)⁽³⁸⁾. Il proclamare un diritto d'ingerenza, d'altra parte, pone il problema di chi ne sia il titolare, di chi lo possa esercitare legittimamente⁽³⁹⁾, dopo aver messo in opera procedure di accertamento dei fatti e dei colpevoli.

Viene in rilievo, a questo proposito, la questione delle forme organizzative di un mondo che prenda sul serio, superando la retorica della mera proclamazione, la moralità e la pratica dei diritti⁽⁴⁰⁾, prestando particolare attenzione agli strumenti istituzionali idonei ad arginare la violenza, le sopraffazioni, le prepotenze, sicché, nell'evitare l'oscillazione tra bellicismo e ignavia, sia data nuova consistenza alla pace, alla sicurezza, alla dissuasione.

⁽³⁸⁾ Per questa tipizzazione delle condizioni che autorizzano un'ingerenza umanitaria v. A. FERRARA, *Le frontiere etiche della guerra senza frontiere: esiste un punto di vista dell'umanità?*, in "Teoria politica", XV, n. 2-3, 1999, pp. 379-381. Tali fattispecie, peraltro, rimandano in buona misura al crimine di genocidio e ai crimini contro l'umanità di cui agli articoli 6 e 7 dello Statuto della Corte penale internazionale.

⁽³⁹⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo, nuova edizione interamente riveduta*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 76-77, 79, 81-82. Si vedano anche le riflessioni di J. DUNN, *Guerra giusta? Il potere esecutivo del diritto naturale, dopo Dio*, trad. it. di B. Pastore, in "Ragion pratica", 2, 1994, pp. 200 ss., 211-214.

⁽⁴⁰⁾ L'importanza della crescente responsabilità degli Stati di fronte al diritto internazionale dei diritti umani e la novità consistente nel fatto che, basandosi su questo corpo normativo, individui e attori non statali possano oggi avanzare rivendicazioni nei confronti degli Stati sono sottolineati da S. SASSEN, *Fuori controllo* (1996), trad. it. di G. Ballarino, Il Saggiatore, Milano, 1998, pp. 123, 125, la quale evidenzia come questo processo contribuisca a una ridefinizione delle basi stesse della legittimità degli Stati di diritto e della nozione di nazionalità. La prospettiva è quella di un costituzionalismo mondiale che, abbozzato nella Carta dell'ONU, nella Dichiarazione universale del 1948 e nei Patti sui diritti umani - civili, politici, economici, sociali e culturali - del 1966, risulta comunque ancora privo di garanzie. Su questa estensione, sia pure embrionale, del paradigma costituzionalistico al diritto internazionale, che assume i diritti umani come diritti ascritti a tutti in quanto persone non più solo all'interno delle organizzazioni statali nelle cui costituzioni sono formulati, ma sovrastatali cui gli Stati sono vincolati e subordinati, si veda FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., pp. 41-42; ID., *Diritti fondamentali*, in "Teoria politica", XIV, n. 2, 1998, pp. 17-21. In argomento cfr. anche R. FALK, *L'ordine mondiale tra diritto interstatale e diritto dell'umanità: il ruolo delle istituzioni di società civile*, in "Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli", VI, n. 2, 1992, pp. 14-16; P. DE STEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani. Il diritto internazionale nella comunità mondiale*, Cedam, Padova, 1994, pp. 61 ss., 73 ss., 134 ss.; A. PAPISCA, *Riflessioni sul diritto internazionale dei diritti umani, diritto panumano*, in "Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli", VI, n. 2, 1992, p. 19 ss.; PERRY, *The Idea of Human Rights*, cit., pp. 44-45, 50-51.

Per una valutazione critica, da un punto di vista realistico che unisce cautela teorica e scetticismo pratico, del progetto "cosmopolitico" implicito nella dottrina dei diritti umani, con il suo duplice corollario dell'"interventismo umanitario" e del "costituzionalismo globale", cfr. D. ZOLO, *Cosmopolis*. La prospettiva del governo mondiale, Feltrinelli, Milano, 1995, spec. pp. 138-147. In argomento vedi anche E. GARZÓN VALDÉS, *Guerra e diritti umani*, in "Ragion pratica", 13, 1999, pp. 25-49, e G. PONTARA, *Guerra etica, etica della guerra e tutela globale dei diritti*, ivi, pp. 51-68.

Riconosciuto che le forme di garanzia internazionale dei diritti oggi più progredite operano là dove sono più progredite le garanzie nazionali (ossia negli Stati di diritto): là dove, cioè, a rigore ce ne sarebbe meno bisogno; e che i soggetti che avrebbero più bisogno della protezione internazionale sono i cittadini degli Stati non di diritto, contrari ad accettare quelle trasformazioni della comunità internazionale che dovrebbero consentire il funzionamento di una piena garanzia giuridica dei diritti umani ⁽⁴¹⁾, l'obiettivo è quello di porre in essere politiche pubbliche ad *hoc*, affermando il collegamento tra diritti umani, democrazia e pace ⁽⁴²⁾.

Il riconoscimento e la tutela dei diritti, infatti, stanno alla base degli Stati costituzionali democratici e la pace è il presupposto necessario per l'effettiva protezione di tali diritti dentro le organizzazioni statali e nel sistema internazionale ⁽⁴³⁾. Senza diritti riconosciuti e protetti non c'è democrazia. Essi sono, così, "il presupposto necessario per il corretto funzionamento degli stessi meccanismi prevalentemente procedurali che caratterizzano un regime democratico" ⁽⁴⁴⁾. Senza democrazia, d'altra parte, non ci sono le con-

⁽⁴¹⁾ È quanto sottolinea BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 38. Sull'istituzionalizzazione di un ordinamento cosmopolitico al fine di proteggere efficacemente i diritti umani, sicché le violazioni ad essi relative vengano giudicate e avversate nel quadro di una situazione giuridica di legalità, cfr. HABERMAS, *L'idea kantiana della pace perpetua*, due secoli dopo, cit., p. 205 ss. Scrive L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in "Teoria politica", XV, n. 1, 1999, p. 75: "riconoscere il carattere normativo e perciò vincolante della subordinazione degli Stati, perciò non più sovrani, a quell'embrione di costituzione del mondo che sono le diverse convenzioni sui diritti umani, vuol dire leggere la desolante assenza di garanzie che nel diritto internazionale è responsabile della loro ineffettività come un'indebita lacuna, che è dovere degli Stati medesimi e della comunità internazionale colmare: nella consapevolezza che al diritto, quale strumento di pace e di garanzia dei diritti, non esistono alternative".

⁽⁴²⁾ V., sul punto, F. ARMAO, *Pace*, in *Società internazionale*, cit., pp. 367-374; A. PAPISCA - M. MASCIÀ, *Le relazioni internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei diritti umani*, Cedam, Padova, 1991, pp. 64-71, 236 ss., 252 ss., 314-315.

⁽⁴³⁾ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., pp. VII-VIII, 258-259.

⁽⁴⁴⁾ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984, p. 6. Sul nesso democrazia/diritti cfr. anche GEWIRTH, *The Community of Rights*, cit., spec. pp. 316-317. Habermas (*Legittimazione* tramite diritti umani, cit., pp. 220-221) parla di un nesso interno di "democrazia" e "stato di diritto", consistente "nel fatto che, per un verso, i cittadini possono esercitare adeguatamente la loro autonomia pubblica solo quando siano sufficientemente indipendenti in virtù di una autonomia privata loro paritariamente concessa; ma che, per l'altro verso, essi possono godere paritariamente della loro autonomia privata solo quando facciano uso adeguato, come cittadini dello stato, della loro autonomia politica". In questo senso, autonomia privata e autonomia pubblica si presuppongono a vicenda e risulta essenziale la cooriginarietà dei "diritti di libertà" e dei "diritti dei cittadini", nonché l'intreccio tra "diritti umani" e "sovranità popolare", posto che "i diritti umani istituzionalizzano i presupposti comunicativi che sono indispensabili a una ragionevole formazione della volontà politica", ossia alla partecipazione alla prassi di autodeterminazione. Sull'idea che "il principio formale della democrazia politica, relativo al chi decide e al come si decide - in altre parole il principio della sovranità popolare e

dizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti che sorgono tra individui, tra gruppi e tra quelle grandi collettività tradizionalmente indocili e tendenzialmente autocratiche che sono gli Stati, anche se sono democratiche coi propri cittadini)⁽⁴⁵⁾.

Il problema riguarda la *transizione internazionale* alla democrazia, nella consapevolezza che quella democratica è la forma di Stato che rappresenta, appunto, la condizione necessaria, benché non sufficiente, per l'affermazione dei diritti umani, risultando ovvio che l'ambiente nel quale essi possono estrinsecarsi debba essere *pacifico*⁽⁴⁶⁾. Si tratta, allora, di far funzionare le tecniche di condizionamento, di pressione e di intervento non violento al fine di modificare la situazione interna degli Stati "fuorilegge", in una direzione che incrementi la partecipazione democratica, l'indipendenza economica, il rispetto dei diritti, la tolleranza culturale. Ciò è possibile anche perché queste strategie poggiano sul fatto che le reti della globalizzazione rendono ormai dipendenti dall'ambiente esterno tutti gli Stati, assoggettandoli al potere "soft" delle influenze dirette e indirette⁽⁴⁷⁾ (attraverso l'applicazione di sanzioni e/o l'attuazione di forme di assistenza socioeconomica, che esigono

la regola della maggioranza - si subordina ai principi sostanziali espressi dai diritti fondamentali e relativi a ciò che non è lecito decidere e a ciò che non è lecito non decidere" v. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 14-17. Traggio la citazione da p. 16. Per Ferrajoli (ivi, pp. 3-7, 10-12) sono fondamentali quei diritti universali e indisponibili ascriviti a tutti in quanto persone o cittadini o capaci di agire.

⁽⁴⁵⁾ Così BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., pp. 258-259.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. L. BONANATE, *Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani*, in "Teoria politica", XIV, n. 2, 1998, p. 50 ss.; R. FALK, *The Promise of World Order. Essays in Normative International Relations*, Wheatsheaf Books, Brighton, 1987, pp. 117-134; Id., *Per un governo umano*, cit., pp. 165-171, 179-180, 328-332. Sulla democrazia come struttura transnazionale di azione politica e sul modello cosmopolitico ad essa legato v. D. HELD, *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmopolitico* (1995), trad. it. di A. De Leonibus, Asterios Editore, Trieste, 1999, pp. 223 ss., 233 ss., 267 ss. La tesi di Held (p. 239) è che la realizzazione di un modello cosmopolitico di democrazia ("un nuovo complesso istituzionale di portata globale, che riceve la sua forma da un diritto democratico fondamentale e che assume le caratteristiche di governo solo nella misura in cui promulga, applica e fa rispettare tale diritto") costituisce un valido sostegno al fine di rafforzare l'esperienza democratica all'interno di ciascun Stato nazionale. In tal modo la democrazia entro una singola comunità e i rapporti democratici tra comunità diverse risultano strettamente interconnessi. Non va dimenticato, comunque, che "la democrazia interna - e una lotta interna per la difesa dello Stato di diritto e dei diritti soggettivi - è la premessa indispensabile perché la democrazia si possa affermare sul piano internazionale". Così D. Zolo, nella Prefazione all'edizione italiana del libro di Held, p. XV, con il quale concordo. Zolo parla, a questo proposito, di un primato della dimensione locale rispetto a quella internazionale. Sulla priorità dell'azione interna (nazionale) a tutela dei diritti umani insiste DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, cit., pp. 250 ss., 266-269.

⁽⁴⁷⁾ HABERMAS, *L'idea kantiana della pace perpetua*, due secoli dopo, cit., p. 198; RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., pp. 88-89; FALK, *Per un governo umano*, cit., pp. 327-328.

come contropartita controlli sull'utilizzazione delle risorse e sul funzionamento delle agenzie incaricate della loro gestione: controlli esercitati anche da organizzazioni non governative). Va sottolineato, al riguardo, che l'interdipendenza tesse una fitta rete di rapporti che legano popoli e culture tra loro. In questa prospettiva assumono rilievo la società civile e l'opinione pubblica internazionale. Ed anche nel rafforzamento di questa società civile planetaria sono riposte le speranze di un superamento della logica della sovranità statale, nel senso di un ripensamento profondo dell'assetto tradizionale del diritto internazionale e del rapporto tra società e politica⁽⁴⁸⁾. In questo quadro, i processi di globalizzazione interessano i diritti umani e richiedono un agire cooperativo, che dà un precipuo significato alla formulazione kantiana secondo cui "la violazione del diritto avvenuta in un punto della terra è avvertita in tutti i punti"⁽⁴⁹⁾.

Invero, una siffatta strategia, che implica il dovere di difesa delle persone innocenti soggette ai regimi fuorilegge e di salvaguardia delle loro vite e della loro sicurezza messe in grave pericolo, non può escludere il ricorso alla forza. Esso, però, richiede un uso della forza, compiuto da forze armate neutrali di pronto intervento e ispirate a motivazioni imparziali, di tipo "poliziesco", cioè misurato e proporzionato⁽⁵⁰⁾; interventi posti in essere con misura, operando in maniera equilibrata e precisa, secondo misura, in base a regole obiettive e prefissate; a fini di misura, per introdurre un ordine precedentemente carente. La mancanza di una sola di queste dimensioni rende, infatti, l'atto di forza aperto alla violenza⁽⁵¹⁾. Si tratta, perciò, di essere coscienti dei *limiti* che tali interventi non devono oltrepassare, distinguendo tra i governanti e i funzionari dello Stato "fuorilegge", responsabili dei comportamenti criminali, e la popolazione civile, spesso mantenuta nell'ignoranza e influenzata dalla propaganda di Stato⁽⁵²⁾.

Un intervento "poliziesco", inoltre, deve rispettare i diritti umani dei membri della parte avversa, sia civili che militari. In nome dei diritti non

⁽⁴⁸⁾ FALK, *L'ordine mondiale tra diritto interstatale e diritto dell'umanità: il ruolo delle istituzioni di società civile*, cit., pp. 9-10, 12-44; ID., *Per un governo umano*, cit., p. 310 ss.; VIOLA, *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, cit., pp. 56-57.

⁽⁴⁹⁾ I. KANT, *Per la pace perpetua (1795)*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tradotti da G. Solari e G. Vidari, edizione postuma a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Utet, Torino, 1956, p. 305.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Dopo l'utopia*. Intervista raccolta da M. Haller (1991), edizione italiana a cura di W. Privitera, Marsilio, Venezia, 1992, pp. 12-14, 22; KALDOR, *Le nuove guerre*, cit., p. 141 ss.

⁽⁵¹⁾ Si veda, in generale, S. COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, Japadre Editore, L'Aquila, 1978, p. 75 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. J. RAWLS, *Hiroshima cinquant'anni dopo. Perché non dovevamo (1995)*, in J. RAWLS (ET AL.), *Hiroshima, non dovevamo*, a cura di N. Urbinati, I libri di Reset, Donzelli, Roma, 1995, pp. 20-21.

vanno calpestati altri diritti e ciò per (almeno) due motivi: perché tutti sono titolari di tali diritti in quanto esseri umani e perché il contenuto di questi diritti va insegnato ai militari e ai civili dello Stato contro cui si interviene tramite l'esempio dato con il proprio comportamento. È questo il modo migliore per far comprendere il significato dei diritti e per adombrare, anche durante le azioni militari, la pace ⁽⁵³⁾. I modi di operare nel corso di interventi armati, infatti, rimangono nella memoria storica dei popoli e possono porre le premesse per conflitti futuri.

5. Comunità umana e responsabilità

Ai diritti umani è ragionevole guardare come all'ultima manifestazione di un'etica universale, che fa emergere, in modo emblematico, l'esigenza della responsabilità degli individui in quanto membri di una comunità di linguaggio e di cooperazione di estensione mondiale. Questa si pone come condizione di pensabilità di tutte le istituzioni e i sistemi sociali, costituendo qualcosa come una sorta di metaistituzione primaria, che sta alla base di tutte le istituzioni ipotizzabili ⁽⁵⁴⁾ e che, per molti versi, trova espressione normativa nella "legge dei popoli", in quanto schema dei principi giustificativi dell'ordine internazionale che specificano i termini equi dei rapporti tra soggetti individuali e collettivi, governando gli atteggiamenti reciproci e i comportamenti concreti. Ciò, d'altra parte, implica la disponibilità delle diverse culture, contrassegnate da profonde differenze, al dialogo, che ha di mira l'intesa intersoggettiva, al fine di scoprire quel terreno comune su cui è possibile ritrovare un senso reciproco legato alla loro sottostante valenza unitaria ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ RAWLS, *Hiroshima cinquant'anni dopo*. Perché non dovevamo, cit., pp. 21-22. Si veda, in proposito, il volume, curato dalla sezione italiana di Amnesty International, *Diritti senza pace. Difendere la dignità umana nei conflitti armati*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole (FI), 1998.

⁽⁵⁴⁾ In tal senso, K.-O. APEL, *La crisi ecologica quale problema dell'etica del discorso* (1990), in S. DELLAVALLE (a cura di), *Per un agire ecologico. Percorso di lettura attraverso le proposte dell'etica ambientalista*, Baldini & Castoldi, Milano, 1998, p. 348.

⁽⁵⁵⁾ Cfr., sul tema, ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, cit., pp. 47, 53-54, 59; B. PASTORE, *Storicità delle culture e riconoscimento intersoggettivo*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 342-345, 348-351, 355-356. V., inoltre, B. K. MATILAL, *Pluralism, Relativism, and Interaction between Cultures*, in E. DEUTSCH (ed.), *Culture and Modernity. East-West Philosophic Perspectives*, University of Hawaii Press, Honolulu, 1991, spec. pp. 151, 153-159; PERRY, *The Idea of Human Rights*, cit., pp. 64 ss., 70 ss., 82-86; H. JONAS, *Mutamento e stabilità. Il fondamento della comprensibilità della storia* (1970), in G. ANDERS, H. ARENDT, H. JONAS, K. LÖWITH, L. STRAUSS, *Su Heidegger. Cinque voci ebraiche*, intr. di F. Volpi, trad. it. di N. Curcio, Donzelli, Roma, 1998, pp. 90 ss., 96 ss., 104-111.

Uno dei fenomeni che nelle odierne società — a livello nazionale e internazionale — può essere considerato manifestazione della ricerca di una siffatta *metaistituzione* è la pratica dei diritti umani.

Tale pratica, nella sua irrinunciabilità, si sviluppa attraverso forme di positivizzazione e concretizzazione giuridica articolate, che si basano sul metodo del bilanciamento dei valori, giustificate dall'esigenza di connettere l'istanza universalistica propria dei diritti con le peculiari situazioni e gli specifici contesti istituzionali. Ma essa è di continuo messa in discussione e si mostra largamente irrealizzata in un processo non lineare, interrotto da imbarbarimenti, ristagni, silenzi, sconfitte. Richiede, dunque, impegno, vigilanza, capacità progettuale, iniziativa, nella consapevolezza che entro questo orizzonte vanno cercate le risposte relative al modo di vivere vite umane nello spazio che il nostro pianeta ci concede.

ABSTRACT

Nowadays human rights are sustaining structure of a morality that implies the assumption of a universalistic approach. Their basis, their articulation and developing are act to endure that they work as constructive elements which legitimize legal and political systems, whether for what concern national level or the international one.

In this direction, human rights, as positive rights, officially recognized by domestic institutions and international community through appropriate legal norms, contribute to the determination of Rawls's notion of "law of peoples".

The law of peoples is a family of political concepts that specify the content of a conception of justice worked up to extend to and to apply to international law. It restricts a state's sovereignty, its right to do as it likes to people within its borders and to other states, specifying the fair terms of cooperation between societies.

It is just at this level that emerges the connection between human rights, democracy and peace. The recognition and protection of rights, in fact, are at the basis of constitutional democracies and peace constitutes the necessary condition for an effective protection of such rights.

Nel mondo odierno i diritti umani si caratterizzano come struttura portante di una moralità che implica l'assunzione di una logica universalistica. Il loro fondamento, la loro articolazione ed il loro sviluppo fanno sì che essi operino come elementi costitutivi della legittimazione delle organizzazioni gius-politiche, sia a livello nazionale che a livello internazionale.

In questa direzione i diritti umani, in quanto diritti positivi riconosciuti ufficialmente dagli ordinamenti interni e dalla comunità internazionale mediante atti giuridici appositi, partecipano alla determinazione dell'idea di "legge dei popoli" elaborata da Rawls.

La legge dei popoli è una famiglia di concetti politici che specificano il contenuto di una concezione della giustizia formulata in modo tale da poter essere estesa ed applicata al diritto internazionale. Essa impone restrizioni alla sovranità degli Stati, ovvero al loro diritto di agire senza condizionamenti esterni nei confronti delle

persone che vivono entro i loro confini e nei confronti delle altre organizzazioni statali, definendo i termini equi di una cooperazione tra società.

Emerge a questo livello il nesso tra diritti umani, democrazia e pace. Il riconoscimento e la tutela dei diritti, infatti, stanno alla base delle democrazie costituzionali e la pace costituisce il presupposto necessario per l'effettiva protezione di tali diritti.

PAOLO FERRETTI

DIRITTO ROMANO E DIRITTO EUROPEO: ALCUNE CONSIDERAZIONI IN TEMA DI *QUI IN UTERO SUNT*

1. - Di recentesi è ribadito ⁽¹⁾ l'importante ruolo del diritto romano non solo come strumento ermeneutico del diritto vigente, ma anche come strumento utile nel processo di formazione ⁽²⁾ di un diritto privato

⁽¹⁾ J.M. RAINER, Tradizione romanistica tra *storia* e contemporaneità, lezione svolta presso la Facoltà di Giurisprudenza di Padova il 17 novembre 1999, nel corso di Istituzioni di diritto romano tenuto dal prof. U. Vincenti; G. NEGRI, *L'insegnamento del diritto romano: la situazione attuale, nell'ambito del convegno 'Il ruolo delle discipline storico-giuridiche nelle Università italiane'*, Milano 10-11 dicembre 1999; sempre nell'ambito del medesimo convegno, l'intervento nella giornata conclusiva di O. DILIBERTO; C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi Impallomeni*, Milano 1999, 41 ss., favorevole alla costruzione in Europa di una scienza giuridica comune.

⁽²⁾ Su questi aspetti, cfr., tra gli altri, V. GIUFFRÉ, *Studio comparato e studio storico del diritto*, in *Labeo* 9 (1963), 361 ss.; G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, prolusione tenuta a Mogadiscio il 3 settembre 1970 nell'Aula Magna dell'Università Nazionale della Somalia, in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 1970-1971, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 369 ss., ora in IDEM, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, 287 ss.; C.A. CANNATA, *Storia del diritto e comparazione come metodologia della scienza giuridica*, in *SDHI* 53 (1987), 386 ss.; C.A. CANNATA, *Il diritto europeo e le codificazioni moderne*, in *SDHI* 56 (1990), 309 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, IX s.; G. IMPALLOMENI, *Il regime del gioco nel «Corpus Iuris» in relazione con alcune codificazioni europee*, in *Europa im Aufbruch. Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, Wien 1993, 165 ss., ora in IDEM, *Scritti*, cit., 643 ss.; F. CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo*, in *Labeo* 40 (1994), 161 ss.; P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in *AUPA* 43 (1995), 203 ss.; L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 629 ss. e, in particolare, 650 ss.; V. GIUFFRÉ, *Storia del diritto e scienza del diritto europea*, in *Labeo* 43 (1997), 312 ss.; C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi*, cit., 41 ss.; P. FERRETTI, *Doni a causa di promessa di matrimonio*, in *Labeo* 45 (1999), 76 ss.

europeo ⁽³⁾. Non infrequentemente si può verificare anche il caso di norme internazionali che stentano a trovare attuazione nei singoli ordinamenti, perché non in linea con la disciplina di settore vigente negli Stati che le hanno ratificate. Basterebbe in molti di questi casi una riflessione storica per trovare alle radici la *ratio* dell'adeguamento, nonché un suggerimento circa il modo di procedere. E per radice intendiamo il diritto romano.

In questa prospettiva, infatti, è a tutti noto che il diritto romano, o meglio il diritto della codificazione giustiniana, ha costituito per secoli, grazie all'opera dei glossatori e dei commentatori, il *ius commune* dell'intera Europa e che questo stesso diritto è stato poi riversato, a partire dalla fine del XVIII secolo, all'interno dei Codici ⁽⁴⁾. E altrettanto noto che i codici di derivazione romanistica sono stati esportati oltre oceano ⁽⁵⁾. Per genesi storica, pertanto, il diritto romano non si pone come un diritto tra i diritti, ma come un diritto sopra i diritti. Si capisce così che nel processo volto al superamento del particolarismo giuridico dei diritti nazionali, il diritto romano può costituire la base di un dialogo teso alla comprensione e alla soluzione di difformità e contrasti.

Il valore di questo percorso — dai diritti nazionali ad un diritto privato europeo, e oltre, attraverso il diritto romano — trova conferma in materia di riconoscimento internazionale dei diritti dell'embrione.

2. - Il punto di partenza, come detto, è la compilazione giustiniana ⁽⁶⁾ ed è rispetto a questa che occorre chiedersi quale sia la posizione dei concepiti.

⁽³⁾ Cfr., sul termine diritto privato europeo, per tutti, A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmodernismo*, in *Mélanges Sturm*, II, Liège 1999, 1311 ss.

⁽⁴⁾ Cfr., per tutti, P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it., Firenze 1962, 101 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano 1979, 381 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I e II, trad. it., Milano 1980; A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, trad. it., Bologna 1999, 69 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., ad esempio, P. CATALANO, *Il diritto romano attuale dell'America latina*, in *Index* 6 (1976), 87 ss., ora in IDEM, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, 121 ss.; IDEM, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Juridica et Politica*, T. 33, fasc. 8, *Studia in honorem Elemér Pólay septuagenarii*, Szeged 1985, 167 ss., ora in IDEM, *Diritto e persone*, cit., 89 ss., con altra bibliografia.

⁽⁶⁾ Per questa ragione, cioè in quanto estraneo alla ricerca, tralasciamo il percorso attraverso il quale si è giunti alla disciplina della compilazione giustiniana.

Diciamo subito che, a nostro avviso, i concepiti sono considerati *personae* o *homines* (7). È noto (8) che queste espressioni sono impiegate nelle fonti giuridiche per indicare in generale l'essere umano esistente, senza implicazioni, per usare concetti moderni, di soggettività giuridica o capacità giuridica (9). Al riguardo, pertanto, dobbiamo pensare che D. 1,5 e Inst. 1,3, le cui rubriche recitano, rispettivamente, *de statu hominum* e *de iure personarum*, contengano semplicemente la visione giustiniana dell'«uomo» (10).

Vediamo, anzitutto, il titolo 5, del libro 1 del Digesto (*de statu hominum*). Il titolo si compone di 27 frammenti; i primi due ne costituiscono la premessa; si elencano in essi le partizioni del diritto (11) e la ragione per cui è opportuno iniziare la trattazione del diritto dalle *personae* (12); di queste ultime, il terzo passo contiene la principale divisione tra liberi e servi (13); si passa, quindi, a definire la libertà e la schiavitù (14), le cause della schiavitù (15), l'ulteriore partizione dei liberi in ingenui e in libertini (16). A questo punto, il settimo frammento:

(7) Sembrano, invece, negare al concepito la qualifica di persona, tra gli altri, C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910, 16 ss.; G.G. ARCHI, s.v. *Concepimento (diritto romano)*, in ED 8 (1961), 354 ss.; E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, 605 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 11; E. NARDI, *Aborto e omicidio nella civiltà classica*, in ANRW II,13 (Berlin-NewYork 1980), 378; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, rist. corretta della X edizione*, Milano 1987, 34 s.; J. PLESCIA, *The development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in RIDA 34 (1987), 293 s.; G. IMPALLOMENI, s.v. *Persona fisica (dirittoromano)*, in NNDI 12 (1965), 1015, ora in IDEM, *Scritti*, cit., 134.

(8) Cfr., per tutti, G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino 1974, 6 s.; F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in AA. VV. *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 331 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 7 ss.; B. ALBANESE, s.v. *Persona (diritto romano)*, in ED 33 (1983), 169 ss.; R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in Iura 37 (1986), 1 ss.; P. CATALANO, *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, in Rassegna di diritto civile, 1983, 4, 941 ss., ora in IDEM, *Diritto e persone*, cit., 167 ss.; J. GAUDEMET, *Membrum, persona, status*, in SDHI 61 (1995), 1 ss.

(9) Cfr., sulla capacità giuridica, per tutti, P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova 1975, 1 ss.; P. CAPPELLINI, «Status» *accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e Sistema del diritto romano attuale*, in AUFÉ, *Scienze Giuridiche*, sez. V, 1 (1987), 29 ss.; P. CATALANO, *Alle radici del problema delle persone*, cit., 169 ss.; G. ALPA, *Status e capacità*, Bari 1993, 63 ss.; A. MANTELLO, *Lezioni di diritto romano*, Torino 1998, 57 ss.

(10) Significativo al riguardo Inst. 1,2,12: *Omne autern ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. ac prius de personis videamus. nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur.*

(11) D. 1,5,1.

(12) D. 1,5,2.

(13) D. 1,5,3.

(14) D. 1,5,4.

(15) D. 1,5,5,1.

(16) D. 1,5,5 pr. Cfr. anche D. 1,5,5,2; D. 1,5,6.

D. 1,5,7 (Paul. l. *sing.* de port., quae lib. damn. conc.): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequam prosit.

Dunque, qui in utero est è riguardato come in rebus humanis, cioè come già nato, tutte le volte in cui si tratta del suo commodum⁽¹⁷⁾. Tale affermazione in D. 1,5, de *statu hominum*, altro non vuol dire che in presenza di questi presupposti il concepito è ritenuto persona⁽¹⁸⁾. Infatti, per quale ragione, se non per stabilire una equazione tra concepito e persona, i giustiniani avrebbero estrapolato il passo di Paolo dal suo contesto di origine⁽¹⁹⁾ e lo avrebbero inserito proprio in D. 1,5, de *statu hominum*?

A questo punto si rende necessaria una breve precisazione. Infatti, la proposizione perinde ac si in rebus humanis esset custoditur⁽²⁰⁾ è stata da alcuni richiamata per sostenere che in questo caso ci troveremmo di fronte ad una creazione giuridica senza alcun rapporto con la realtà sottostante⁽²¹⁾ e da altri per affermare che per il diritto romano il concepito "non è ancora uomo"⁽²²⁾.

(17) Non si sarebbe riguardato come *persona*, invece, se il vantaggio fosse stato altrui (cfr., ad esempio, D. 27,1,2,6).

(18) Un ulteriore argomento si può forse trarre da D. 1,5,14 (Paul. 4 *sent.*): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosus aliquid aut prodigiosus enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.* Se è vera l'opinione di coloro (cfr., per tutti, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 14 n.34) che vedono in questo passo l'esclusione del procreato con sembianze mostruose o prodigiose dal novero delle persone, è anche vero che i giustiniani, per raggiungere il medesimo risultato, avrebbero potuto non inserire questo frammento all'interno del titolo. Essi, invece, hanno optato per una soluzione diversa, ovvero estromettere dal novero dei *liberi* chi fosse nato nelle sopra viste condizioni, riportando la fonte che lo affermava. Questa operazione ci sembra possa ragionevolmente significare che tutti gli altri soggetti accolti nel titolo, e rispetto ai quali non si fosse proceduto ad una espressa esclusione, si sarebbero ritenuti *personae*. Tra queste ultime, pertanto, vi dovevano essere anche i concepiti.

(19) *De portionibus quae liberis damnatorum conceduntur, Liber singularis.* Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, 1179 s.; F. STELLA MARANCA, *Intorno al fr. 7 Dig. 1,5, De statu hominum*, in *BIDR* 42 (1934), 238 ss.

(20) La medesima argomentazione, esposta nel testo, è stata sostenuta con riferimento a D. 1,5,26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse...*

(21) Cfr., per tutti, E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* (*Linee di una ricerca storico-domatica*), in *BIDR* 33 (1923), 1 ss., riprodotto, in versione riveduta e integrata da una *Postilla* [IDEM, *Conceptus pro iam nato habetur* (*Postilla*)], in *AG* 99 (1928), 151 ss.], in IDEM, *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, 6 ss.; F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli 1966, 52 ss.

(22) F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. Scialoja, II, Torino 1888, 11.

A noi non sembra così. È noto, infatti, che le espressioni *in rebus humanis* ⁽²³⁾ - *in rerum natura* ⁽²⁴⁾ indicano l'esistenza autonoma di un uomo o di una cosa nella realtà materiale, visibile ⁽²⁵⁾. Si capisce, pertanto, che il concepito, in quanto interno ad un corpo altrui, non può essere detto *in rerum natura*. Ma ciò non significa che il diritto romano non abbia constatato un suo effettivo esserci. Al riguardo, è significativo che colui il quale è morto lasciando la moglie incinta *non videtur sine liberis decessisse* ⁽²⁶⁾. Inoltre, il fatto stesso che l'embrione sia definito *qui in utero est*, è segno che egli è pensato come soggetto che già c'è, che già vive, sebbene di vita riflessa, ragione, quest'ultima, che impedisce di dirlo *in rebus humanis* - *in rerum natura*, una volta conferita a questi ultimi termini l'accezione sopra vista.

Da qui, pertanto, sarebbe sorta l'esigenza di trovare opportuni accorgimenti al fine di estendere al nascituro la tutela accordata a colui che è già stato partorito. In altri termini, l'equiparazione a colui che è nato, non sarebbe il frutto di un procedimento astratto, del tutto slegato da una valutazione della realtà; al contrario essa si fonderebbe su una constatazione oggettiva: proprio perché ci si accorge che esiste, che ha una sua individualità, che non è soltanto una parte delle viscere materne, il concepito, attraverso gli strumenti peculiari della sfera del diritto ⁽²⁷⁾, è assimilato al

(23) Cfr. ad esempio, D. 4,2,14,5; D. 5,2,17 pr.; D. 10,2,24 pr.; D. 13,1,8 pr.; D. 13,3,3; D. 28,3,6,1; D. 28,6,10,1; D. 33,1,20,1; D. 37,5,10,2; D. 37,9,1 pr.; D. 38,16,1,8; D. 40,5,24,4; D. 46,3,107; C. 5,16,20; C. 5,28,2; C. 6,49,4; C. 6,55,3; C. 8,38 (39),3,1; C. 8,50 (51),3.

(24) Cfr. ad esempio, D. 3,5,48 (49); D. 5,3,21; D. 7,7,1; D. 12,2,30,1; D. 12,6,32 pr.; D. 15,2,3; D. 15,3,19; D. 18,1,15 pr.; D. 23,3,14; D. 24,1,50,1; D. 28,5,60 (59),6; D. 30,24 pr.; D. 30,48,1; D. 30,69,5; D. 40,5,54; D. 42,2,3; D. 42,2,8; C. 5,18,6,3; C. 6,51,1,2a.

(25) Cfr., sulle espressioni in *rerum natura*, in *rebus humanis*, tra gli altri, C.A. MASCHI, La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani, Milano 1937, 2 ss.; T. MAYER-MALY, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sollen und Sein*, in Studi Volterra, II, Milano 1971, 113 ss.; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW II,15 (Berlin-New York 1976), 3 ss.; G.G. ARCHI, «Lex» e «natura» nelle Istituzioni di Gaio, in *Fs. Flume*, I, Köln 1978, 3 ss., ora in IDEM, *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1981, 139 ss.; P. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles*, in SDHI 47 (1981), 195 ss.; W. WALDSTEIN, *Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen*, in *Gedachtnisschr. Marcic*, Berlin 1983, 239 ss.; F. CUENA BOY, La idea de «*rerum natura*» como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación, in RIDA 40 (1993), 227 ss.; H. WAGNER, «*Rerum natura*» nel periodo postclassico, in AAC 10 (1995), 335 ss.; F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., 35 ss.

(26) D. 50,17,187 (Cels. 16 dig.). Cfr. anche D. 50,16,153 (Ter. Clem. 11 ad leg. Iul. et Pap.).

(27) Su questo aspetto, da ultimo e con ampia bibliografia, E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 422 ss. e, in particolare, 429 n.613.

nato. In conclusione, la definizione del concepito come persona sarebbe dovuta al riconoscimento della sua 'esistenza' ⁽²⁸⁾.

E veniamo ai presupposti, cioè al *commodum*, sussistendo il quale il concepito è persona: qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* ⁽²⁹⁾. I compilatori non hanno voluto far dire al testo ⁽³⁰⁾ quello che verosimilmente diceva nell'originale, ovvero che quando ad un embrione è riconosciuto un vantaggio patrimoniale egli è da ritenersi già nato: dunque, una sorta di giustificazione ex post compiuta dal giurista sul singolo e specifico *commodum* concesso dal diritto al nascituro, ad esempio l'eredità.

Qui, cioè collocato in Digesto 1,5, de *statu hominum*, al passo di Paolo si affida un principio generale, secondo cui chi è nell'utero è riguardato come già nato, e quindi come persona, tutte le volte in cui si tratta del suo *commodum*. Il *commodum*, quindi, cessa di indicare solo la singola utilità, per lo più patrimoniale, già concessa dall'ordinamento, e assurge a concetto generale, al tempo stesso definizione del presente e principio guida per il futuro. Esso fonda una sorta di diritto del concepito ad essere considerato persona in tutti i casi in cui nel presente, come nel futuro, si tratta di un suo vantaggio.

Questa diversa prospettiva giustiniana si evidenzia mettendo in relazione D. 1,5,7 con D. 1,5,26:

D. 1,5,26 (Iul. 69 dig.): Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.

Nel frammento si dice che in quasi tutto il diritto civile ⁽³¹⁾ il concepito è

⁽²⁸⁾ Sul punto, cfr., P. CATALANO, Osservazioni sulla "Persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a *Teixeira De Freitas*), in *Rass. dir. civ.* 1988, 1, 45 ss., ora in *IDEM, Diritto e persone*, cit., 203 ss., che ritiene trattarsi della «constatazione di una realtà da parte dell'interprete» e richiama A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço* (7 volumi, 1860-1865), ed. Ministério da Justiça in 2 volumi, Brasília 1983, I, 83 ss.

⁽²⁹⁾ D. 1,5,7.

⁽³⁰⁾ D. 1,5,7.

⁽³¹⁾ Cfr. per il diritto pretorio, ad esempio, D. 37,9,7 pr. (Ulp. 47 ad edict.): *Ubi cumque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset: ut*

considerato in *rerum* natura: ad esso, infatti, si deferiscono eredità legittime; il figlio nato da una donna fatta prigioniera, mentre attende di partorire, ha anch'esso il diritto di postliminio; il figlio che nasce segue, a seconda delle situazioni, la condizione del padre o della madre; il parto di una schiava, sottratta al padrone al tempo della gravidanza, non può essere usucapito nemmeno da un acquirente di buona fede; il liberto, fino al momento in cui vi è la possibilità che al patrono defunto nasca un figlio, è assoggettato alla medesima disciplina di coloro i quali hanno un patrono vivente ⁽³²⁾.

Detto questo, è opportuno confrontare i due testi:

D. 1,5,7 (Paul. l. *sing.* de port., quae **Zb** damn. conc.): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequam prosit.

D. 1,5,26 (Iul. 69 dig.): Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patrono habent.

In entrambi i passi si afferma che il concepito si considera già nato e, quindi, in entrambi si viene ad ammettere l'equiparazione tra il concepito e colui che è stato partorito. Tuttavia, l'ambito di applicazione di tale enunciato è nei due frammenti profondamente diverso: circoscritto al diritto vigente, di cui è parziale ricognizione, quello di D. 1,5,26; aperto anche al diritto futuro, di cui vuole essere principio guida, quello di D. 1,5,7, in cui, ricordiamolo, si afferma, in modo programmatico, che qui in utero est si riguarda come già nato tutte le volte in cui si tratta del suo *commodum*.

in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is qui in utero est. D. 37,9,10 (Paul. 7 quaest.): Postumus natus quocumque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem: nam et ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.

⁽³²⁾ Queste aspettative, poi, erano subordinate al verificarsi della nascita. Cfr., ad esempio, D. 1,9,7,1; D. 5,4,3; D. 38,8,1,8; D. 38,16,3,9.

In questo senso, è indicativa la riproposizione, sebbene in termini diversi, del medesimo principio nell'ultimo libro del Digesto, nel titolo de *verborum significatione*:

D. 50,16,231 (Paul. l. *sing.* ad sen. Tert.): Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstitute esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus ⁽³³⁾.

3. – Ricapitolando, proponiamo di interpretare il passo di D. 1,5,7 come esprimente, nell'intendimento giustiniano, un principio generale: il concepito deve intendersi come già nato, e pertanto persona, quando si tratta del suo *commodum*. Principio guida de iure condito e de iure condendo.

Nella prospettiva del diritto positivo è significativo elencare alcune delle più importanti norme ⁽³⁴⁾ dettate per il *commodum* del nascituro, talvolta espressamente giustificate, come abbiamo visto, facendo ricorso all'*intelligere in rerum natura esse* ⁽³⁵⁾ e in ogni caso, crediamo, ispirate all'idea del concepito come persona.

Anzitutto, vediamo

D. 38,16,6 (Iul. 59 dig.): Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit,

D. 38,16,7 (Cels. 28 dig.): vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.

D. 38,16,8 pr. (Iul. 59 Dig.): Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore

⁽³³⁾ Sul testo, per tutti, M MEINHART, D. 50,16,231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes, in ZSS 82 (1965), 188 ss.

⁽³⁴⁾ Accanto a quelle citate nel testo, molte altre si potrebbero elencare. Cfr., ad esempio, D. 25,5,1-2; D. 25,6,1; D. 26,5,20 pr.; D. 27,10,8; D. 28,2,4; D. 28,3,6; D. 37,9,1,17-18; D. 37,9,1,21; D. 37,9,1,24; D. 40,4,13,3; D. 42,5,24 pr.; Inst. 2,14,2; Inst. 2,20,28; C. 3,28,34 pr.; C. 6,20,11.

⁽³⁵⁾ D. 1,5,26.

cognati fuerint. nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς accidit.

Come si può notare, i compilatori hanno diviso il testo di Giuliano in due parti ⁽³⁶⁾ e, tra queste, hanno introdotto un frammento di Celso. Limitiamo il nostro esame ai primi due passi ⁽³⁷⁾: nel primo si domanda se al nipote, concepito dopo la morte dell'avo, spetti l'eredità legittima. La risposta di Giuliano è chiara ⁽³⁸⁾: chi è concepito dopo la morte dell'avo non ha diritto né alla legittima *hereditas* né alla *bonorum* possessio ~in quanto la legge delle XII Tavole chiama all'eredità soltanto chi esiste — in *rerum* natura fuerit — al tempo della morte dell'ereditando ⁽³⁹⁾. Tuttavia, su questo punto i giustinianeî hanno sentito l'esigenza di inserire una precisazione ⁽⁴⁰⁾ (il frammento di Celso), da cui apprendiamo che in *rerum* natura si sarebbe propriamente ritenuto chi fosse già nato, mentre quodammodo in *rerum* natura colui che fosse stato soltanto concepito. A nostro avviso, il quodammodo celsino-giustiniano sarebbe l'espressione di quanto sopra detto, cioè del fatto che, in quanto si tratta del *commodum*, il concepito è parificato al nato e, come tale, deve essere disciplinato.

Poi

D. 11,8,2 (Marc. 28 dig.): Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.

Se, da una parte, non possiamo escludere connotazioni di carattere religioso nello scopo originario della disposizione ⁽⁴¹⁾, che vieta l'inumazione di una donna incinta prima che le sia estratto il feto, dall'altra è difficile

⁽³⁶⁾ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 465.

⁽³⁷⁾ Su questi passi, si veda, per tutti, C. ARNÒ, *Partus nondum editus*, in Atti del IV Congresso nazionale di Studi romani, IV, Roma 1938, 87 s.; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen*, cit., 34 n.113; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, 128 ss.

⁽³⁸⁾ V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., 128, secondo cui «Il parere di Giuliano, almeno nella forma in cui è pervenuto, aveva l'aspetto di una regola».

⁽³⁹⁾ Da ciò discende che il concepito sarebbe stato in *rerum* natura.

⁽⁴⁰⁾ Precisazione che verosimilmente non doveva mancare nemmeno nel pensiero giuliano (del resto cfr. D. 1,5,26, già visto), ma che forse, come sostiene F. LAMBERTI, Studi sui «*postumi*», cit., 71 s., «doveva essere... troppo ampia e articolata, per cui preferirono sostituirci il laconico dictum di Celso».

⁽⁴¹⁾ In questo senso, si veda, ad esempio, E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants, larvae, lemures, d'après les droits et les croyances populaires des Romains*, in RHD, 4° serie, 2 (1923), 554 ss.; F. LANFRANCHI, s.v. *Nascituri* (diritto romano), in

pensare che le medesime connotazioni si rinvergono ancora in età giustiniana. Con ogni verosimiglianza, venendo in rilievo il *commodum* del concepito ⁽⁴²⁾ — il suo interesse a nascere ⁽⁴³⁾ —, costui si considera persona ai sensi di D. 1,5,7, e per questa ragione si continua a proibire di seppellire una donna prima che le sia asportato il feto.

I medesimi rilievi possono farsi con riferimento ad altri due frammenti

D. 1,5,18 (Ulp. 27 *ad Sab.*): Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae pregnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse sewari eam, dum partum ederet. sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris.

D. 48,19,3 (Ulp. 14 *ad Sab.*): Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est.

Apprendiamo che la tortura, la pena di morte o altra pena, non possono essere applicate nei confronti delle donne gravide, ma devono essere sospese fino al momento del parto ⁽⁴⁴⁾, al fine di impedire la soppressione del nascituro e per consentirne la nascita. Ebbene, anche queste disposizioni, forse inizialmente suggerite da "ragioni supreme di umanità" ⁽⁴⁵⁾, sembrano

NNDI 11 (1965), 14 n.6; G. GANDOLFI, s.v. *Nascituro* (storia), in ED 27 (1977), 534. Cfr., inoltre, M. VOIGT, *Über die «leges regiae»*, in *Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften* 7 (1876), 627 s., che collega al divieto di D. 11,8,2 la sacertà comminata da una legge di Numa [FEST., s.v. *Occisum* (L. 190)]. In argomento, cfr., per tutti, S. TONDO, *Il «sacramentum militiae» nell'ambiente culturale romano-italico*, in SDHI 29 (1963), 36 s.; B. SANTALUCIA, *Alle origini del processo penale romano*, in *Iura* 35 (1984), 49 e 49 n.8; L. GAROFALO, *Sulla condizione di «homo sacer» in età arcaica*, in SDHI 56 (1990), 230 n.34.

⁽⁴²⁾ Cfr., per una ipotesi parzialmente diversa, F. LANFRANCHI, s.v. *Nascituro*, cit., 14 n. 6, che parla non solo di interesse del nascituro, ma anche del padre «o, forse, di questo secondo soltanto». Non condivisibile il pensiero di M. BALESTRI FUMAGALLI, *«Spes vitae»*, in SDHI 49 (1983), 353 s., la quale, a commento di numerosi passi sulla speranza, afferma: «Così, pur riferita al nascituro, essa rende concreta ai nostri occhi l'immagine della madre, portatrice di quel principio vitale che, al di fuori della sua persona, non potrebbe neppure esistere. La donna è il vero soggetto cui la perifrasi allude: privo di autonomia, il feto si incarna in lei, responsabile e garante dello sviluppo della nuova creatura».

⁽⁴³⁾ Cfr., sempre in questa prospettiva, seppur più genericamente, anche D. 5,4,3; D. 29,2,30,1; D. 37,4,1,5; D. 37,9,1,8; D. 38,7,5,1; D. 38,8,1,8; D. 38,16,2 *pr.*; D. 38,17,2,7; D. 40,4,7.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. anche P.S. 1,12,4 (5): Praegnantis neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.

⁽⁴⁵⁾ C. FADDA, *Diritto delle persone*, cit., 18.

giustificate, nell'ottica giustiniana, dal *commodum* (la vita) del concepito e dal suo conseguente riconoscimento quale persona.

Ancora

D. 37,9,1 pr. (Ulp. 41 ad edict.): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit.*

Da questo passo si apprende che a causa della speranza di vivere ⁽⁴⁶⁾ il pretore non lasciò senza tutela coloro che non erano nati. Anche questa volta il riferimento è al *commodum* primario del concepito, quello di nascere.

La 'speranza di nascere', infatti, pare assumere in questo frammento una posizione determinante: dire che il pretore non omise di occuparsi dei nascituri *propter spem nascendi* significa ammettere che qualsiasi diritto riservato al concepito finisce per dipendere da questa speranza, da questa aspettativa a nascere ⁽⁴⁷⁾. Tale affermazione ci conferma che i *commoda* del concepito non si identificano esclusivamente con i vantaggi di natura patrimoniale, ma forse anche che ogni utilità è in un certo senso subordinata ad un primigenio *commodum* del nascituro, la *spes nascendi*.

A questo riguardo, importanti indicazioni si traggono da un frammento attribuito ad Ulpiano:

D. 37,9,1,15 (Ulp. 41 ad edict.): *Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

Nel passo si nota un'indicazione di carattere generale, sebbene espressa come commento all'estensione al concepito della *bonorum* possessio, normalmente accordata all'impubere in forza di una clausola edittale ⁽⁴⁸⁾. I compilatori, tramite Ulpiano, esprimerebbero la necessità che l'embrione e

⁽⁴⁶⁾ Sull'espressione *spes animantis*, cfr., per tutti, M. BARTOSEK, *La spes en droit romain*, in RIDA 2 (1949), 23 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, '*Spes vitae*', cit., 349 ss.; P. CAPONE, rec. a D. Nörr, *Causa mortis*, München 1986, in *Index* 16 (1988), 385.

⁽⁴⁷⁾ M. BARTOSEK, *La spes en droit romain*, cit., 31: «La spes nascendi constitue alors la propre raison de tous les avantages de la condition juridique du conceptus».

⁽⁴⁸⁾ Cfr., per tutti, B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano 1955², 114 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967², 188 ss.; R. QUADRATO, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio Carboniana*, in *BIDR* 77 (1974), 61 ss.

il fanciullo ricevano dall'ordinamento un certo favore, volto a consentire al primo di venire alla luce e al secondo di essere accolto nella famiglia. A ciò sembrerebbe sotteso, pertanto, non solo il riconoscimento di un interesse all'educazione da parte del fanciullo, ma anche di un interesse alla vita da parte del concepito, interesse che in questo luogo pare intrinsecamente legato alla persona dei genitori e dello Stato.

Ma se, da una parte, è innegabile — in ogni epoca, in particolare in quella augustea — la teorizzazione che la prosperità dello Stato si identifichi con la moltitudine delle nascite e dei cittadini ⁽⁴⁹⁾, dall'altra, non possiamo negare, soprattutto nella prospettiva compilatoria, che tra i *commoda* del concepito rientri la vita ⁽⁵⁰⁾.

4. - È ora opportuno leggere due passi in tema di procurato aborto:

D. 48,19,39 (Tryph. 10 disp.): Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.

D. 47,11,4 (Marc. 1 reg.): Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.

Con ogni verosimiglianza, Trifonino e Marciano ricordano, seppur con alcune divergenze, il medesimo rescritto, con cui Severo e Antonino stabilivano la pena dell'esilio temporaneo per la moglie che avesse abortito contro la volontà del marito o dell'ex marito, essendo intervenuto il divorzio.

Da ciò si può desumere che il procurato aborto non rientrasse tra i reati e di conseguenza, non fosse sanzionato. Pare, infatti, che l'atto fosse punito non in quanto tale, ma se compiuto senza o contro la volontà del marito. Trifonino lo dice espressamente: la donna ha fatto violenza alle proprie viscere per impedire di dare un figlio all'inimicus *maritus*; Marciano lo fa

⁽⁴⁹⁾ Cfr., ad esempio, CIC., *Off.* 1,54; DION. 9,22,2; VAL. MAX. 2,9,1; PLUT., *Cat. min.* 25, 4-5; PLIN., *Paneg.* 26,6; SVET., *Caes.* 52; GELL. 1,6,6; DIO, 56,6,4; MAIOR. *Nov.* 6; IUST. *Nov.* 22,43. Al riguardo, si veda, per tutti e con ampia bibliografia, A.D. MANFREDINI, *Natalità e legislazione tardoimperiale*, in AAC 8 (1990), 517 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., al riguardo, P. CATALANO, *Vigenza dei principi del diritto romano riguardo ai «diritti dei nascituri»*, in AA. VV., *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Milano 1996, 135, che parla di interesse pubblico e vantaggio del nascituro.

intuire quando sostiene, nel commentare il provvedimento, che non deve restare impunita la donna che abbia defraudato il marito dei figli. Tutto ciò fa pensare che l'assenso del coniuge all'interruzione della gravidanza impedisse il sorgere stesso del reato.

A questo punto

D. 48,8,8 (Ulp. 33 *ad edict.*): Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.

Balza agli occhi che si tratta del medesimo rescritto riferito da Trifonino e Marciano. La collocazione nel libro 33 *ad edictum*, in cui si parla di scioglimento del matrimonio⁽⁵¹⁾, la costruzione del periodo in chiave ipotetica⁽⁵²⁾, le espressioni *visceribus suis*⁽⁵³⁾, *vim intulisse*⁽⁵⁴⁾, *praeses provinciae*⁽⁵⁵⁾, non sembrano lasciare dubbi. Tuttavia, il frammento, in seguito all'intervento interpolatorio — scomparsi Severo e Antonino, evitata ogni menzione del divorzio intervenuto tra i coniugi, persa ogni traccia del mancato assenso del marito, eliminata la temporaneità dell'esilio — pare acquistare il carattere di norma generale⁽⁵⁶⁾, volta a sanzionare il comportamento della donna che volontariamente abortisca⁽⁵⁷⁾.

Inoltre, non può passare inosservato che la fonte è stata inserita nel titolo 8 del libro 48 del Digesto, *ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*. Con ogni

⁽⁵¹⁾ O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 645.

⁽⁵²⁾ Cfr. D. 48,19,39.

⁽⁵³⁾ Cfr. D. 48,19,39.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. D. 48,19,39.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. D. 47,11,4.

⁽⁵⁶⁾ *Contra*, per tutti, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 609 s., che sostiene l'apparente generalità di D. 48,8,8, disposizione che non potrebbe non venire integrata con il richiamo agli altri due passi; deporrebbe a favore di questa tesi, sempre a parere dello studioso, anche il fatto che D. 48,19,38,5, in tema di *poculum abortionis*, sarebbe stato dai giustinianeî inserito nel titolo *de poenis*, mentre nelle *Pauli Sententiae* (5,23,14) era sotto il titolo *ad legem Corneliam*. Sui rapporti tra le due norme, cfr., per tutti, U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sulla evoluzione dell'omicidio*, in *SDHI* 42 (1976), 260: «Difronte alla drastica norma di D. 48,8,8, vi è, ancora nel diritto giustiniano, questa più tenue derivante dalle *Sententiae*. Ma la collocazione in sede *materiae* conferma quanto sopra si è detto», ovvero «Esso è stato collocato nel titolo relativo all'omicidio. Se non viene quindi considerato proprio come un caso di omicidio, è stato per altro collegato all'omicidio... il procurato aborto non è certo compreso dalla *lex Cornelia*: è un caso nuovo, punito con pena diversa e meno grave di quella della *lex Cornelia*, ma un caso che i compilatori ritengono di dover includere nel concetto più largo dell'omicidio».

⁽⁵⁷⁾ Pertanto, rispetto a D. 48,8,8 gli altri due passi (D. 47,11,4 e D. 48,19,39) degraderebbero a norme speciali.

probabilità, i giustinianeî (⁵⁸), dopo aver stabilito in D. 1,5,7 che il concepito è persona quando si tratta del suo *commodum*, hanno dovuto compiere un'opera di adeguamento rispetto a tutte le norme in contrasto; essi, cioè, avrebbero interpolato il passo e lo avrebbero inserito in D. 48,8,8, perché consideravano la soppressione del nascituro, in quanto lesiva dell'interesse a nascere, un omicidio, cioè un crimine contro la persona, di cui il procurato aborto avrebbe costituito una ipotesi particolare (⁵⁹).

5. – Non sono di ostacolo a questa interpretazione altri frammenti — peraltro collocati al di fuori del titolo in materia di persone —, su cui alcuni autori (⁶⁰) si sono basati per affermare che ancora nel diritto giustiniano l'embrione non sarebbe considerato homo, ma più precisamente *mulieris portio*.

Leggiamo

D. 25,4,1,1 (Ulp. 24 ad edict.): Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnantem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.

Ulpiano, interpretando un rescripto dei divi *fratres*, esclude l'applicazione dei senatoconsulti in materia di riconoscimento dei figli, nel caso in cui la moglie abbia dissimulato o negato la gravidanza, in quanto il parto — così la motivazione del giurista —, prima di venire alla luce, è parte della madre o delle viscere della medesima.

È opportuno domandarsi quale sia l'esatto significato di questo inciso. I *senatusconsulta de liberis agnoscendis* consentono alla donna, che pensa di

(⁵⁸) Ciò non esclude che già in epoca pregiustiniana si sia affermata questa disciplina.

(⁵⁹) In questo senso, cfr., tra gli altri, G.P. FALCHI, *Diritto penale romano* (i singoli reati), Padova 1932, 157 s.; A. MARONGIU, s.v. *Aborto* (*Diritto romano e intermedio*), in ED I (1958), 126; C.A. MASCHI, *Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*, in *Jus* 22 (1975), 391 n.11; C. FERRINI, *Diritto penale romano*, ed anast., Roma 1976, 387, che richiama, al riguardo, TERT., apol. 9,8: *homo est et qui est futurus*; U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano*, cit., 259.

(⁶⁰) Così, ad esempio, F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11 n. a; C. FADDA, *Diritto delle persone*, cit., 17; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 34 n.8; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², 272 n.17; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 11 ss.; J. PLESCIA, *The development of the Doctrine*, cit., 293. Le cita semplicemente, senza prendere una decisa posizione, J. GAUDEMET, *Membrum, persona, status*, cit., 3 n. 4.

avere in grembo un figlio, di farne denuncia al marito, per costringerlo a riconoscere il parto e ad alimentarlo ⁽⁶¹⁾. Nel *principium* di D. 25,4,1 ⁽⁶²⁾, invece, viene esposta la situazione contraria: è, infatti, il marito a sostenere lo stato di gravidanza della moglie contro il parere della medesima. Si tratta di *nova res* che necessita, secondo i *divi fratres*, di un 'nuovo consiglio e rimedio'. Da ciò Ulpiano desume l'impossibilità di estendere la disciplina dei senatoconsulti a tutti i casi in cui la donna nasconda o neghi di essere incinta e questo a ragione, in quanto, secondo il giurista severiano, l'embrione è *mulieris portio vel viscerum*.

A nostro avviso, questa definizione non inficia in alcun modo la considerazione giustiniana del concepito. A ben vedere, infatti, i compilatori, per bocca di Ulpiano, sembrano semplicemente dire che l'ambito di applicazione dei senatoconsulti è quello in cui la moglie sostenga di attendere un figlio e che così è — e non può essere altrimenti — perché il figlio medesimo è parte delle sue viscere. Ne consegue che le espressioni sopra riferite sarebbero dettate soltanto da ragioni argomentative o giustificatrici ⁽⁶³⁾ e non, come si vorrebbe, per esprimere un giudizio di carattere tecnico-giuridico sullo *status* del concepito.

Detto questo, passiamo a

D. 35,2,9 (Pap. 19 *quaest.*): In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior. I Circa ventrem ancillae nulla temporis admessa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

⁽⁶¹⁾ Ciò poteva accadere sia in caso di divorzio sia nel corso del matrimonio. Cfr., per tutti, F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I, L' «*agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*», Modena 1953, 1 ss.; K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der vaterlichen Gewalt*, in ZSS 90 (1973), 105 ss.

⁽⁶²⁾ D. 25,4,1 *pr.*: *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatam mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: 'Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverteret et se non esse praegnatam profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatam videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit'*.

⁽⁶³⁾ P. CATALANO, *Osservazioni*, cit., 206, ritiene che la definizione del concepito sia dovuta all'esigenza di protezione della donna divorziata e del nascituro nei confronti del marito.

Come è noto, la legge Falcidia ⁽⁶⁴⁾ impone al testatore di non disporre legati per una quota superiore ai tre quarti dell'asse ereditario, affinché all'erede spetti sempre un quarto dell'asse medesimo. Per il computo della quarta *Falcidia* occorre, pertanto, accertare il valore del patrimonio ereditario al netto dei debiti e ciò viene fatto al momento della morte dell'ereditando. Nel calcolo, secondo il parere di Papiniano, rientrerebbero anche i frutti maturi al momento del decesso, ma non ancora percepiti. Tuttavia, ciò non riguarderebbe il venter ancillae, rispetto al quale non si dovrebbe operare alcuna distinzione di tempo, in quanto il concepito non si potrebbe definire rettamente uomo.

A nostro avviso, nella sistematica della compilazione, quest'ultima affermazione, anziché contenere un principio diverso da quello enunciato in D. 1,5 — il concepito è homo —, lo confermerebbe. All'interno del titolo *de statu hominum*, infatti, l'embrione, come abbiamo visto, è equiparato al nato, ma la diversità tra i due soggetti impone di limitare la parificazione ai casi in cui venga in essere il vantaggio dell'embrione e non quello di un terzo. Per questa ragione non ci stupisce rinvenire nel passo in esame che *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. Homo non recte*, in quanto l'utilità non sarebbe del futuro figlio della schiava ⁽⁶⁵⁾.

6. — La completezza dell'impianto classificatorio del Digesto in tema di *personae* non viene ripetuta nelle Istituzioni e nel Codice. Ciò non toglie che pure da queste ultime opere si possano trarre argomenti a favore della concezione giustiniana del concepito quale persona.

Il titolo 3 del libro 1 delle *Institutiones* recita *de iure personarum*. In esso non si rinviene alcun accenno ai nascituri. Il medesimo titolo, infatti, si apre — e si chiude — con la principale suddivisione degli uomini in liberi e servi ⁽⁶⁶⁾.

Tuttavia, che il concepito, benché non espressamente contemplato nel titolo *de iure personarum*, sia considerato persona, risulta da un altro passaggio dell'opera:

Inst. 2,13,5: *Sed haec vetustas introducebat. nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio*

⁽⁶⁴⁾ Cfr., per tutti, F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis*, Napoli 1948, 1 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino 1962², 339 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963², 755 ss.; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore*, Napoli 1989, 1 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., tra gli altri, C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica*, cit., 68, che parla di concepito come oggetto di diritti; P. CATALANO, *Osservazioni*, cit., 206, il quale riferisce tale precisazione «alla valutazione (non solo economica) del parto della serva».

⁽⁶⁶⁾ Cfr., inoltre, i titoli successivi del medesimo libro.

fungitur et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod' et praetores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile ius et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis non solum natis, sed etiam postumis introduxit, ut omnes, sive sui sive emancipati sunt, et nominatim exheredentur et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmenda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive iam nati sunt sive adhuc in utero constituti postea nati sunt. circa adoptivos autem certam induximus divisionem, quae constitutioni nostrae, quam super adoptivis tulimus, continetur.

Siamo in tema di diseredazione. Ciò che colpisce non è tanto il fatto che Giustiniano, ricordando una sua costituzione⁽⁶⁷⁾, non esiti a chiamare figli coloro che *adhuc in utero constituti* ⁽⁶⁸⁾, quanto la circostanza che essi siano definiti *personae*. E ciò starebbe a significare che i concepiti, seppure implicitamente, sono compresi nella rubrica di Inst. 1,3, *de iure personarum*.

Anche nel Codice, in cui manca un titolo corrispondente a quello incontrato nel Digesto e nelle Istituzioni, i concepiti sono chiamati *personae* ⁽⁶⁹⁾:

C. 3,28,30,1. Imp. Iustinianus A. Menae pp. Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgatione novationem vel permutacionem acceptura... D. k. Iun. Constantinopoli Iustiniano A II cons. (a. 528).

⁽⁶⁷⁾ C. 6,28,4.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., al riguardo, anche D. 50,16,153; D. 50,16,164 *pr.*

⁽⁶⁹⁾ Non decisivo ci sembra il richiamo a C. 7,4,14, proposto da E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 605 ss., per sostenere che il nascituro era considerato soltanto una *spes hominis*. Leggiamo: C. 7,4,14 *pr.* Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. *Cum inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo, qui adhuc in ventre portaretur et homo fieri speraretur, nos vetus iurgium decedentes libertatis favore censemus et fideicommissariam nec non directam libertatem suam firmitatem habere sive in masculino sive in femina, quae adhuc in ventre vehatur materno, ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum vel eam ediderit.* D. k. Oct. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (530). Anche in questo caso, tuttavia, ci sembra che le parole di Giustiniano debbano essere lette in relazione a quanto si afferma nel Digesto (D. 1,5,7 e D. 1,5,26), ovvero che l'embrione si reputa *persona* in relazione al suo vantaggio (cfr. quanto detto sopra a commento di D. 35,2,9,1). Non ci sembra decisivo nemmeno C. 6,29,3, in quanto inerente ad altra problematica (la validità di un testamento paterno).

Si tratta di una costituzione del 528. Come è noto, Giustiniano impone ai più stretti congiunti il ricorso *all'actio ad implendam legitimam* al fine di integrare quanto loro dovuto ⁽⁷⁰⁾. Soltanto-nel caso in cui ai medesimi non sia lasciato alcunché, essi potrebbero intentare la *querela inofficiosi testamenti*, siano *personae iam natae* o *personae conceptae*.

7. - Il diritto della compilazione giustiniana, affiancato e sommerso dalla "congerie di legge barbariche" ⁽⁷¹⁾, rinasce nel basso medioevo grazie all'opera dei glossatori e dei commentatori e, con esso, il principio romano sopra visto: *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* ⁽⁷²⁾.

In estrema sintesi, scegliamo il pensiero soltanto di alcuni giuristi ⁽⁷³⁾, per giungere a ciò che più interessa, ovvero la disciplina dei primi codici. Anzitutto Accursio il quale, oltre a ripetere che il concepito si sarebbe considerato come nato in relazione al suo vantaggio ⁽⁷⁴⁾, pensa, nel commentare i passi in materia di procurato aborto, che la donna risponda di omicidio, sulla base di D. 48,8,8, quando "dans operam ad suffocandum filium quem habet in utero iam per XL. dies" ⁽⁷⁵⁾, mentre prima dei 40 giorni, poiché "non erat homo" ⁽⁷⁶⁾, che venga punita con il temporaneo esilio, secondo D. 47,11,4 e D. 48,19,39.

⁽⁷⁰⁾ C. 3,28,30. Cfr., per tutti, A. SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano 1996, 104 ss.

⁽⁷¹⁾ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., 15.

⁽⁷²⁾ D. 1,5,7.

⁽⁷³⁾ Per ulteriori approfondimenti, rimandiamo, tra gli altri, a F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, I. *Le persone*, Città di Castello 1907; E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova 1931; P.S. LEICHT, *Il diritto privato preimeriano*, Bologna 1933; M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Milano 1928, 65 ss.; S. MOCHI ONORY, *Personam habere*, in *Studi Besta*, 3, Milano 1939, 415 ss.; I. PALAZZINI, *Ius fetus ad vitam eiusque tutela in fontibus ac doctrina canonica usque ad saeculum XVI*, Urbanae 1943, 140 ss.; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato. Le persone*, Milano 1946, 15 ss.; U. GUALAZZINI, *s.v. Concepimento (diritto intermedio)*, in *ED* 8 (1961), 356 s.; G. BARNI, *s.v. Persona fisica (Diritto intermedio)*, in *NNDI* 12 (1965), 1016 ss.; G. GARANCINI, *Materiali per la storia del procurato aborto nel diritto intermedio*, in *Jus* 22 (1975), 395 ss.; R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna 1978, 191 ss.; A. CAMPITELLI, *s.v. Persona (diritto intermedio)*, in *ED* 33 (1983), 181 ss. e bibliografia riportata.

⁽⁷⁴⁾ ACCURSIUS, *Glossa in Digestum Vetus*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, a cura di M. Viora, VII, Torino 1969, 18, ad D. 1,5,7; 20, ad D. 1,5,26.

⁽⁷⁵⁾ ACCURSIUS, *Glossa in Digestum Novum*, in *Corpus Glossatorum*, cit., IX, 216, ad D. 47,11,4.

⁽⁷⁶⁾ ACCURSIUS, *Glossa in Digestum Novum*, cit., 216, ad D. 47,11,4.

Odofredo ⁽⁷⁷⁾ e Bartolo ripetono il principio di origine romana: "Qui est in utero pro nato habetur, quo ad sui commudum", e ancora "... pro nato, ut sibi prosit, non autem, ut aliis prosit" ⁽⁷⁸⁾. Bartolo, inoltre, pur riproponendo la differenziazione tra parto animato e parto non animato ⁽⁷⁹⁾, ritiene che all'uccisore del primo si applichi la disciplina della *lex Pompeia de parricidiis* ⁽⁸⁰⁾, mentre all'uccisore del secondo quella della *lex Cornelia de sicariis et veneficis* ⁽⁸¹⁾.

Non si allontanano da queste posizioni Baldo ⁽⁸²⁾, Alciato ⁽⁸³⁾ e Cujacio ⁽⁸⁴⁾. Quest'ultimo, in tema di procurato aborto, viene a separare il parto che è già "animal" da quello che "nondum animal fuerit" ⁽⁸⁵⁾, prevedendo pene diverse per i rispettivi uccisori ⁽⁸⁶⁾. Anche Gotofredo distingue tra il "partum iam formatum et animatum" e il parto "non animatum" ⁽⁸⁷⁾, salvo poi riferire varie connotazioni temporali ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ ODOFREDUS, *Lectura Super Digesto Veteri*, I, in *Opera iuridica rariora* II,1, Bologna 1967, 19, ad D. 1,5,7.

⁽⁷⁸⁾ BARTOLUS, *Commentaria In Primam Digesti Veteris Partem*, I, Venetiis 1590, 22, ad D. 1,5,7.

⁽⁷⁹⁾ BARTOLUS, *Commentaria In Secundam Digesti Novi Partem*, VI, Venetiis 1590, 133, ad D. 47,11,4, riferisce di due opinioni: il parto sarebbe animato al quarantesimo oppure al sessantesimo giorno.

⁽⁸⁰⁾ BARTOLUS, *Commentaria In Secundam Digesti*, cit., VI, 133, ad D. 47,11,4.

⁽⁸¹⁾ BARTOLUS, *Commentaria In Secundam Digesti*, cit., VI, 133, ad D. 47,11,4, distingue, a proposito del parto non animato, a seconda che la donna avesse preso del denaro per abortire (D. 48,19,39) oppure non avesse ricevuto alcun compenso (D. 47,11,4 e D. 48,8,8).

⁽⁸²⁾ Così BALDUS, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis 1577, 29, ad D. 1,5,7.

⁽⁸³⁾ A. ALCIATUS, *De verborum significatione*, Lugduni 1548, 389 s., ad D. 50,16,231; cfr., inoltre, IDEM, *De verborum significatione*, cit., 299 s., ad D. 50,16,153.

⁽⁸⁴⁾ J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes, ad Titulum XVI. Lib. I Digesti. De verborum significatione*, ad L. CCXXXI, in *Opera*, Par. Fabrot. edit., IV, Prati 1838, 1823: «Et quod dicitur, eum qui est in utero, haberi pro nato, tum verum esse, cum de eius commodis quaeritur, non cum de alterius commodis quaeritur. Is enim, qui in utero est, alii non prodest nisi natus: ne patri quidem, aut matri, quod exposui latius in l. 2. de excusat. tut.».

⁽⁸⁵⁾ J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum liber XIX. Cap. IX. Poena abacti partus*, in *Opera*, cit., I, 848 s.

⁽⁸⁶⁾ Secondo J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum liber XIX*, cit., in *Opera*, cit., I, 849, si sarebbe trattato della pena capitale, sancita nella prima parte di D. 48,19,39, per l'uccisore del parto già animato; della pena dell'esilio, stabilita nella seconda parte di D. 48,19,39, nonché in D. 47,11,4 e D. 48,8,8, per l'uccisore del parto non ancora animato.

⁽⁸⁷⁾ D. GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris Civilis*, I, Lugd. Batavomm 1663, 745, ad D. 48,19,39, riferisce questa distinzione alle due ipotesi di D. 48,19,39, per poi affermare che alcuni interpreti la applicano anche per separare D. 48,8,8 e D. 47,11,4.

⁽⁸⁸⁾ D. GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris Civilis*, cit., I, 745, ad D. 48,19,39: «Quando animatus censeatur... diversae fuerunt sententiae: alii formando partui 35, alii 45, alii 50, movendo alii 70, alii 76, alii centum: perficiendo 210, alii 300 die dederunt: alii discretioni 40, transmutationi 80, perfectioni 240...».

8. – Arriviamo così alla soglia delle codificazioni. Ma prima di queste è opportuno considerare il pensiero di coloro che le hanno precedute e le cui opere tanto hanno contribuito alla loro stesura. Per il Code Napoléon, tra gli altri, Domat e Pothier.

Domat, nel libro preliminare delle *Les lois civiles dans leur ordre naturel* ⁽⁸⁹⁾, divide il titolo 2 sulle persone ⁽⁹⁰⁾ in due sezioni: 'Dello stato delle persone per la natura' (sez. 1) e 'Dello stato delle persone per le leggi civili' (sez. 2). Del concepito si occupa nella prima sezione ⁽⁹¹⁾ e qui, riprendendo le fonti romane, riproduce sostanzialmente l'antica concezione ⁽⁹²⁾. Anche Pothier, *père du code civil* ⁽⁹³⁾, riferisce nella sezione 6 ⁽⁹⁴⁾ del titolo 5 ⁽⁹⁵⁾ del libro 1 delle *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae* ⁽⁹⁶⁾ la disciplina della codificazione: "Dicemmo che colui ch'è nell'utero materno, considerarlo si deve come esistente e come già nato; ma ciò si deve intendere condizionatamente, cioè, purchè nasca vivo... E benché poscia nasca vivo il figlio, tuttavia non sempre indistintamente deve riguardarsi come già nato quando è nell'utero materno. Awegnachè così dice Paolo: Il figlio ch'è nell'utero di sua madre si ritiene come nato qualora si tratti del suo vantaggio; quantunque non possa essere utile ad alcuno prima della sua nascita" ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁸⁹⁾ J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, trad. it., I, Venezia 1805³.

⁽⁹⁰⁾ Libro preliminare, Titolo 2: 'Delle persone'.

⁽⁹¹⁾ Libro preliminare, Titolo 2, Sezione 1, par. 1: 'Distinzioni delle persone pel sesso'; par. 2: 'Distinzione per la nascita, e del potere paterno'; par. 3: 'Legittimi e bastardi'; par. 4: 'Morti nati'; par. 5: 'Aborti'; par. 6: 'Bambini non nati'; par. 7: 'Postumi'; par. 8: 'Que' che nascono dopo la morte della loro madre'; par. 9: 'Ermafroditi'; par. 10: 'Eunuchi'; par. 11: 'Insensati'; par. 12: 'Sordi e muti, ed altri che hanno simili infermità'; par. 13: 'Come la demenza e l'imbecillità non cambiano lo stato'; par. 14: 'Mostri'; par. 15: 'Casi in cui i mostri sono noverati tra' figli'; par. 16: 'Distinzioni per l'età'.

⁽⁹²⁾ J. DOMAT, *Le leggi civili*, cit., I, 192 s.: «I bambini che sono nel seno delle loro madri non hanno uno stato determinato, il quale non può esserlo se non dalla nascita... ma la speranza ch'essi nascano vivi fa, che sian considerati, in ciò che riguarda loro medesimi, come se fossero nati. Quindi lor si conservano le successioni ricadute prima della lor nascita e che lor si appartengono: e lor si nominano i curatori, per prender pensiero di queste successioni. Così è punita d'infanticidio la madre che procura l'aborto»).

⁽⁹³⁾ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., 365.

⁽⁹⁴⁾ Libro 1, Titolo 5, Sez. 6: 'Di coloro che sono nell'utero'.

⁽⁹⁵⁾ Libro 1, Titolo 5: 'Dello stato degli uomini'. Sez. 1: 'Della più generale divisione del genere umano in Maschi e Femmine'; sez. 2: 'Della grande divisione degli uomini in riguardo alla condizione, in Liberi e Servi; ed anche degli Ascrittizi'; sez. 3: 'Della suddivisione degli uomini Liberi in Ingenui e in Libertini'; sez. 4: 'Dell'altra suddivisione dei Liberi, in Cittadini ed in Peregrini'; sez. 5: 'Se il parto segua la condizione del padre o della madre'; sez. 6: 'Di coloro che sono nell'utero'.

⁽⁹⁶⁾ R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, trad. it., I, Venezia 1833.

⁽⁹⁷⁾ R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, cit., I, 46 e 46 n. 6.

Detto questo, veniamo al libro primo ⁽⁹⁸⁾ del Code Napoléon, il quale non si mostra fedele a queste premesse. Quel che colpisce è l'assenza di una definizione di persona o di un elenco, come era nel Digesto, di chi avrebbe potuto ritenersi tale. Dal libro primo, titolo 1, capo 1 ⁽⁹⁹⁾, leggiamo:

art. 8. Tout Français jouira des droits civils.

Dunque, il codice riconosce il godimento dei diritti civili ai francesi ⁽¹⁰⁰⁾. Tuttavia, la mancanza di una esplicita norma che menzioni il concepito tra le persone, ci fa chiedere se nella generica formulazione dell'art. 8 siano compresi anche coloro che *in utero sunt* oppure se per beneficiare des droits civils sarebbe necessaria la nascita.

Possono forse essere di aiuto a questo intemogativo due articoli del Code (art. 725 ⁽¹⁰¹⁾ e art. 906 ⁽¹⁰²⁾), da cui sembra ricavarsi che il concepito è considerato persona. Infatti, egli non risulta menzionato tra gli incapaci a succedere, ovvero tra coloro che all'apertura della successione non sono reputati esistere (i non concepiti, il bambino nato morto e colui che è civilmente deceduto). Analogamente, per essere capaci di ricevere tra vivi, l'art. 906 richiede almeno il concepimento.

Proprio su queste disposizioni il relatore del Tribunato ⁽¹⁰³⁾ e parte della dottrina ⁽¹⁰⁴⁾ si sono basati per affermare la sopravvivenza dell'antico

⁽⁹⁸⁾ Livre premier: 'Des Personnes'.

⁽⁹⁹⁾ Livre premier: 'Des Personnes'; Titre premier: 'De la jouissance et de la privation des Droits civils'; Chapitre premier: 'De la Jouissance des Droits civils'.

⁽¹⁰⁰⁾ Per quanto riguarda gli stranieri, si legga l'art. 11 del Code: 'L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra'.

⁽¹⁰¹⁾ Art. 725. Puor succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession,

Ainsi, sont incapables de succéder,

1. Celui qui n'est pas encore conçu;
2. L'enfant qui n'est pas né viable;
3. Celui qui est mort civilement.

⁽¹⁰²⁾ Art. 906. Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

⁽¹⁰³⁾ CHABOT, Relazione, n. 14, in F. LAURENT, Principii di diritto civile, 2^a traduzione italiana riveduta e migliorata, VIII, Milano 1900², 494: «non è necessario che il fanciullo sia nato per essere abile a succedere, basta che sia concepito, poiché il fanciullo esiste realmente fin dall'istante del suo concepimento e si reputa nato quoties de ejus commodo agitur, a norma delle leggi romane».

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., per tutti, C.S. ZACHARIAE, Corso di diritto civile, trad. it., Milano 1877, 216. Inoltre, sulla base di queste disposizioni alcuni autori (cfr., tra gli altri, V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique* du Code Napoléon, I, Paris 1852⁵, 85 s.; F. LAURENT, Principii di diritto civile, 1^a traduzione italiana dell'aw. G. Trono, I, Napoli 1879, 368 s.), pur considerando 'persona' soltanto il soggetto già nato — il nascituro, pertanto,

principio. Ad esempio, il giurista tedesco Zachariae ⁽¹⁰⁵⁾ così si esprime: "Gli uomini sono nati o semplicemente concepiti... Il fanciullo semplicemente concepito, debb'essere considerato come di già nato, in quanto il suo interesse lo esiga: nasciturus pro nato habetur" ⁽¹⁰⁶⁾. Può suffragare questa interpretazione anche il fatto che il procurato aborto avrebbe continuato ad essere sanzionato nel codice penale francese del 1810 e, non a caso, inserito nel capo 1 del titolo 2, ovvero nei crimini e delitti contro la persona ⁽¹⁰⁷⁾.

La sistematica del Code Napoléon, entrato in vigore per il Regno d'Italia nel 1806, è seguita anche da altri codici ⁽¹⁰⁸⁾, di poco successivi ⁽¹⁰⁹⁾, quali, ad esempio, il Codice per il Regno delle Due Sicilie ⁽¹¹⁰⁾, il Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla ⁽¹¹⁾, il Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino ⁽¹¹²⁾ e, infine, dal Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna ⁽¹¹³⁾. A ciò si aggiunga che anche i codici penali dei suddetti Stati continuano a punire il procurato aborto come delitto contro la persona ⁽¹¹⁴⁾, ad eccezione del Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna, che prevede il medesimo crimine nei reati contro l'ordine delle famiglie ⁽¹¹⁵⁾.

sarebbe parte delle viscere materne — hanno ammesso l'esistenza del principio generale dell'equiparazione tra concepito e nato, richiamando il concetto di finzione. Altri giuristi, successivi a quelli ora citati (cfr., per tutti, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, Paris 1911⁶, 142; M. PLANIOL – G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, Paris 1925, 10), invece, sembrano limitarne l'applicazione soltanto alle ipotesi previste dalla legge.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., sul testo di Zachariae e sul suo ambito di efficacia, per tutti, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato*, cit., I, 528.

⁽¹⁰⁶⁾ C.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., 216 e 216 n.1, in cui, citando D. 1,5,26 e C. 6,28,3, continua: «Un terzo non può dunque reclamare per se stesso un diritto che fosse fondato sull'esistenza di un fanciullo non ancora nato».

⁽¹⁰⁷⁾ Art. 317 Codice penale francese del 1810.

⁽¹⁰⁸⁾ Sull'influenza del Code Napoléon sulle codificazioni successive, si veda, per tutti, G. ASTUTI, *Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Atti del convegno "Napoleone e l'Italia"* (8–13 ottobre 1969), Accademia Nazionale dei Lincei: Problemi attuali di scienza e di cultura, Roma 1973, ora in G. ASTUTI, *Tradizione romanistica*, cit., II, 711 ss.; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino 1996, 371 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Per quanto riguarda le codificazioni citate, rimandiamo, per tutti, alla Collezione completa dei *moderni* Codici civili degli Stati *d'Italia*, Torino 1845, 1 ss.; inoltre, con ampia bibliografia, G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, 90 ss.; M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'unità*, Torino 1999, 145 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. artt. 9 e 822 Codice per il Regno delle Due Sicilie.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. artt. 11 e 623 Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.

⁽¹¹²⁾ Cfr. art. 323 Codice civile della repubblica e Cantone del Ticino.

⁽¹¹³⁾ Cfr. artt. 18 e 705 Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. artt. 395–399 Codice per lo Regno delle Due Sicilie, parte seconda, *Leggi penali*; artt. 328–330 Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.

⁽¹¹⁵⁾ Artt. 543–547 Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna.

9. – Dalla sistematica del Code Napoléon e dei codici di derivazione francese prendono le distanze i codici di area germanica. Infatti, sia L'ALR (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) del 1794 sia l'ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) del 1811 sia il Sächsisches BGB del 1865 menzionano espressamente, nel luogo dedicato alle persone ⁽¹¹⁶⁾, il concepito.

Leggiamo:

ALR I, 1 § 10. Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.

Orbene, il codice prussiano, nel libro I ('Von Personen und deren Rechten überhaupt') della prima parte, contiene il deciso riconoscimento dei diritti generali, spettanti a tutti gli uomini, ai bambini non ancora nati ma concepiti.

Ancor più fedeli all'antica concezione sono poi il codice civile austriaco e quello sassone, che richiamano il principio del *commodum*:

§ 22 ABGB ⁽¹¹⁷⁾. Anche la prole non nata ha, dal momento ch'è concepita, un titolo alla protezione delle leggi. In quanto si tratta dei propri suoi diritti e non di quelli del terzo, essa si considererà come nata... ⁽¹¹⁸⁾

§ 32 Sächsisches BGB. Die Rechtsfähigkeit einer Person beginnt mit deren Geburt. Ungeborene werden von der Zeit ihrer Empfängniß an vorläufig den Geborenen gleich geachtet, soweit es sich um ihren rechtlichen Bortheil handelt (...)

Da questa rapida indagine ricaviamo con certezza che i tre codici sopra menzionati hanno recepito al loro interno il principio romano, secondo cui *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* ⁽¹¹⁹⁾ e, quindi, incluso i concepiti nella categoria delle persone.

Non altrettanto possiamo dire del BGB del 1900. Tuttavia, prima di questo, è opportuno considerare, seppur brevemente, il pensiero di alcuni autorevoli studiosi che precedettero il codice tedesco, quali ad esempio

⁽¹¹⁶⁾ ALR. Ester Theil. Erster Titel. Von Personen und deren Rechten überhaupt. ABGB. Capitolo primo. Del diritto delle persone. Sächsisches BGB. Erster Theil. Zweite Utheilung. Von den Personen. I. Physische Personen.

⁽¹¹⁷⁾ Codice civile generale austriaco, Edizione II e sola ufficiale, Milano 1815, dalla Cesarea Regia Stamperia.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. anche §§ 144–148 del Codice penale austriaco del 1852, in cui si sanzionava il procurato aborto.

⁽¹¹⁹⁾ D. 1,5,7.

Gluck, Savigny e Windscheid. Dalla lettura delle loro opere si desume che anch'essi, al pari di Domat e Pothier, si sono formati sulle fonti romane. Tuttavia, a differenza dei giuristi francesi, colpisce il fatto che essi non attribuiscono alle medesime fonti lo stesso significato. Al contrario, essi sembrano pervenire ad opposte conclusioni. Gluck, infatti, si spinge ad affermare che "i Romani non reputavano uomo chi non fosse nato ed anco il feto già concepito (embrione) si considerava secondo la dottrina stoica semplicemente come una parte del ventre materno" ⁽¹²⁰⁾. Savigny, pur riconoscendo che "ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto" ⁽¹²¹⁾, viene a chiedersi quale ruolo giuridico sia da attribuire alla vita prenatale e, al riguardo, osserva che molti testi del diritto romano conterrebbero la regola secondo cui il concepito non è ancora uomo ⁽¹²²⁾, mentre in altri si riscontrerebbe la sua equiparazione al nato ⁽¹²³⁾; in realtà, "la prima regola esprime propriamente il vero stato attuale della cosa" ⁽¹²⁴⁾. Infine, anche Windscheid si domanda se l'esistenza dell'uomo abbia inizio con la nascita oppure con il concepimento, per poi concludere: "il concetto del diritto romano è il seguente. Il feto nell'utero materno non è ancora uomo" ⁽¹²⁵⁾.

Dunque, secondo gli studiosi tedeschi, sopra citati, il concepito non è uomo. Due sono gli aspetti da sottolineare: anzitutto, sebbene si continui a sostenere, da parte di questi giuristi, la necessità di provvedimenti di natura penale per impedire la soppressione della "vita prima della nascita" ⁽¹²⁶⁾, la negazione al nascituro della qualifica di persona viene a spezzare l'equazione giustiniana secondo cui qui in utero est, perinde ac si in rebus *humanis* esset custoditur, quotiens *de commodis ipsius partus* quaeritur ⁽¹²⁷⁾; poi, il fatto che

⁽¹²⁰⁾ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it. a cura di C. Ferrini, I, Milano 1888, 480 e in nota 71 cita le seguenti fonti: D. 25,4,1,1; D. 35,2,9,1; D. 38,8,1,8. Tuttavia, a p. 482 non può non riconoscere che «In generale le leggi s'occupano del nascituro, come se già fosse nato, qualora almeno si tratti di cosa pertinente al suo vantaggio».

⁽¹²¹⁾ F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 2.

⁽¹²²⁾ F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11, richiamando D. 25,4,1,1 e D. 35,2,9,1, afferma: «Moltissimi del diritto romano dicono precisamente, che l'infante in questo stato non è ancora uomo, che esso non ha ancora esistenza a sè, ma deve essere considerato solo come parte del corpo materno».

⁽¹²³⁾ F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11, citando D. 1,5,26 e D. 50,16,231.

⁽¹²⁴⁾ F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 12. L'A. afferma poi che la finzione è costruita in modo da tutelare in due modi la vita dell'infante: «in parte con provvedimenti per i quali questa vita sia fin da ora protetta da distruzione; in parte con l'assegnare diritti, che il nascituro potrà subito acquistare al momento della sua nascita... I provvedimenti presi per difesa della vita sono parte di diritto penale, parte di polizia».

⁽¹²⁵⁾ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di E. Fadda e P.E. Bensa, I, Torino 1925, 153, richiama anch'esso D. 25,4,1,1 e D. 35,2,9,1.

⁽¹²⁶⁾ F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 12.

⁽¹²⁷⁾ D. 1,5,7.

questa classificazione non appare il frutto di una elaborazione autonoma e indipendente, bensì il risultato di una errata interpretazione del pensiero antico, ai sensi del quale, come abbiamo visto, il concepito era *persona*. Ciononostante, su questa 'erronea' concezione è incentrato il § 1 del BGB:

§ 1 BGB. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.

Orbene, il § 1 nega al concepito la capacità giuridica. In questo, infatti, si afferma esplicitamente che l'attitudine ad essere titolari di diritti e doveri ha inizio soltanto con la nascita. Questa risoluta negazione si accompagna alla totale mancanza all'interno del libro 1, sezione 1 ('Personen'), titolo 1 ('Natürliche Personen'), di ogni possibile ed ulteriore riferimento al principio generale romano. Ciò non toglie che la legge riconosca in determinate ipotesi alcune aspettative al concepito, disponendo, limitatamente a queste situazioni, che esso si reputi nato (¹²⁸).

10. - Il codice civile del Regno d'Italia del 1865 sembra allinearsi alla sistematica del Code Napoléon. Infatti, nel titolo 1 del libro 1 (¹²⁹) non si fa menzione dei concepiti, ma si prevede genericamente il godimento dei diritti civili in capo ad ogni cittadino:

art. 1. Ogni cittadino (¹³⁰) gode dei diritti civili, purché non ne sia decaduto per condanna penale.

Si ripropone la questione sopra vista, ovvero se per essere cittadino basti il concepimento oppure sia necessaria la nascita. Di certo, alcuni articoli espressamente attribuiscono diritti all'embrione; così, ad esempio, in base all'art. 724 (¹³¹) e all'art. 1053 (¹³²), il concepito può succedere

(¹²⁸) Cfr. ad esempio § 1923 BGB. Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren. Sui rapporti tra il § 1 BGB e il § 1923 BGB, cfr., per tutti, H. EICHLER, *Personenrecht*, Wien - New York, 107 s.

(¹²⁹) Libro 1: 'Delle persone'; Titolo 1: 'Della cittadinanza e del godimento dei diritti civili'.

(¹³⁰) Cfr. anche art. 4 Codice civile 1865: È cittadino il figlio di padre cittadino.

(¹³¹) Art. 724. Sono incapaci di succedere:

1. Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti;
2. Coloro che non sono nati vitali. Nel dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi.

(¹³²) Art. 1053. Non possono ricevere per donazione, neppure sotto il nome di interposte persone, gli incapaci di ricevere per testamento nei casi e nei modi stabiliti nel capo Delle successioni testamentarie.

e ricevere per donazione, analogamente a quanto disposto dal Code Napoléon ⁽¹³³⁾.

Ma ciò è sufficiente per ritenerlo compreso nella dizione 'ogni cittadino', di cui all'art. 1, cioè per considerarlo persona e, come tale, idoneo a godere dei diritti civili, seppur con le dovute differenziazioni inerenti al suo stato? La dottrina oscilla tra la posizione di coloro i quali non reputano sufficiente il concepimento per aversi persona ⁽¹³⁴⁾, salvo riconoscere che in determinate situazioni l'embrione viene assimilato "con benigna finzione ad un infante nato" ⁽¹³⁵⁾, e di coloro che, al contrario, sembrano riproporre l'antico principio, sulla constatazione che il concepito "ha già un principio di esistenza quantunque non ancora perfezionata né resa indipendente" ⁽¹³⁶⁾.

Un elemento che può, forse, avvalorare questo secondo indirizzo è il codice penale del Regno d'Italia del 1889 ⁽¹³⁷⁾ il quale, agli articoli 381 ⁽¹³⁸⁾ e seguenti, sanziona il procurato aborto come reato contro la persona ⁽¹³⁹⁾.

(133) Cfr. supra artt. 725 e 906 Code Napoléon.

Art. 725. ... Ainsi, sont incapables de succéder,

1. Celui qui n'est pas encore conçu;

2. L'enfant qui n'est pas né viable;

3. Celui qui est mort civilement.

Art. 906. Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

⁽¹³⁴⁾ Cfr., tra gli altri, E. PACIFICI-MAZZONI, Codice civile italiano commentato, I, Firenze 1876, 129, che, citando le fonti antiche, afferma: «il feto prima di essere partorito non è ancora uomo, non ha esistenza propria, e deve essere considerato piuttosto come parte delle viscere materne».

⁽¹³⁵⁾ E. PACIFICI-MAZZONI, Codice civile italiano, cit., 130. Cfr. anche F. RICCI, Corso teorico-pratico di diritto civile, I, Torino 1886, 246: «Il feto uscito vivo e vitale dal seno materno è una persona; il che vuol dire essere capace di diritti»; IDEM, Corso teorico-pratico, cit., III, 18 s.; V. VITALI, Delle successioni legittime e testamentarie, I, Napoli 1891, 634, che parla di «benignafinzione giuridica»).

⁽¹³⁶⁾ Cfr., per tutti, F. BIANCHI, Corso elementare di Codice civile italiano, I, Parma 1869, 343; G. LOMONACO, Istituzioni di diritto civile italiano, I, Napoli 1894, 151.

⁽¹³⁷⁾ Cfr., sui codici penali preunitari e sul codice del 1889, per tutti, AA. VV., I codici preunitari e il codice Zanardelli, in Casi, fonti e studi per il diritto penale, serie III, studi coordinati da S. Vinciguerra, Padova 1993, 1 ss.

⁽¹³⁸⁾ Art. 381 c.p. 1889: La donna che, con qualunque mezzo, adoperato da lei o da altri col suo consenso, si procura l'aborto è punita con la detenzione da uno a quattro anni.

⁽¹³⁹⁾ Gli articoli 381 e seguenti sono infatti inseriti nel capo 4 ('Del procurato aborto') del titolo 9 ('Dei delitti contro la persona'). Cfr., per tutti, G. CRIVELLARI, Il codice penale per il Regno d'Italia, VII, Torino 1896, 1010. Per una panoramica comparatistica sulle coeve legislazioni europee in materia di procurato aborto, si veda P. COGLIOLO, Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia, II, 2, Milano 1889, 427 ss.

La diretta esclusione del concepito dal novero delle persone si rinviene, invece, nel codice civile del 1942. Infatti, il titolo I del libro I ⁽¹⁴⁰⁾ si apre con la seguente affermazione:

Art. 1. La capacità giuridica si acquista al momento della nascita.

I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.

Si tratta di una norma che, facendo acquistare la capacità giuridica soltanto al momento della nascita ⁽¹⁴¹⁾, esclude i concepiti dalla categoria delle persone ⁽¹⁴²⁾. Analogamente al BGB, pertanto, il codice civile italiano tradisce l'antica concezione: il riconoscimento all'embrione della qualifica di persona nei casi in cui si tratta del suo vantaggio. Da qui dovremmo attenderci la negazione di ogni altro diritto. Invece, continuano ad essergli attribuite certe aspettative, come ad esempio la capacità di succedere ⁽¹⁴³⁾ e di ricevere per donazione ⁽¹⁴⁴⁾.

11. – Riassumendo, abbiamo visto che nella compilazione giustiniana il concepito è *persona* tutte le volte in cui si tratta del suo *commodum*. Abbiamo altresì visto che i moderni codici sovvertono questo principio, in uno con l'introduzione del concetto astratto di capacità giuridica: il concepito non è 'persona', ma, ciononostante, la legge continua a concedergli determinati diritti ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Libro I ('Delle persone e della famiglia'), Titolo I ('Delle persone fisiche').

⁽¹⁴¹⁾ Cfr., sulla problematica, tra gli altri, A. DE CUPIS, s.v. *Persona fisica* (Diritto vigente), NNDI 12 (1965), 1019 s.; B. LIGUORI, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, I, t. 1, a cura di Liguori - Distaso - Santosuosso, Torino 1966, 119 ss.; C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale dell'aborto*, in *Giurisprudenza costituzionale* 20 (1975), I, 1098 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano 1978, 201 ss.; C.E. TRAVERSO, *Il diritto del nascituro*, in *Rivista italiana di previdenza sociale* 32 (1979), 996 ss.; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II, t. 1, Torino 1982, 20 s.; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.* 1982, I, 499 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1989⁹, 26 s.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1999³⁹, 70 s.

⁽¹⁴²⁾ Non divisibile, pertanto, il pensiero di M. BALESTRI FUMAGALLI, 'Spes vitae', cit., 343 n.28, secondo cui «È istruttivo, ad esempio, l'esame degli artt. 1, 231 s., 250 s., 462 s., 715 s., 784 del Codice civile italiano vigente, che a distanza di oltre quindici secoli muovono da una concezione analoga».

⁽¹⁴³⁾ Art. 462, 1 comma, c.c. Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione.

⁽¹⁴⁴⁾ Art. 784, 1 comma, c.c. La donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benché non ancora concepiti.

⁽¹⁴⁵⁾ Ciò ha portato parte della dottrina a riconoscere al concepito una certa soggettività. Cfr., tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., I, 202: «Prescindendo da preconcetti assunti sulla capacità giuridica, la questione deve essere risolta sulla base

Terminata questa ricognizione, tanto indispensabile quanto non esaustiva, occorre tornare al punto di partenza e vedere in che modo oggi possa essere utile il diritto romano. È noto che da più parti ⁽¹⁴⁶⁾ si domanda l'emanazione di una legislazione comune sui diritti dei concepiti. Diverse sono le motivazioni sulle quali si fonda questa richiesta. Anzitutto, nelle Convenzioni internazionali per i diritti umani è stabilito che ogni essere umano ha diritto alla vita ⁽¹⁴⁷⁾. In particolare, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 a più riprese riconosce all'embrione il diritto alla vita, del resto già sancito dalla Convenzione americana per i diritti dell'uomo ⁽¹⁴⁸⁾. Poi, il fatto che all'art. 6 par. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 ⁽¹⁴⁹⁾ è stabilito che una sentenza capitale non possa essere eseguita nei confronti di una donna incinta. Ancora, molti Stati ⁽¹⁵⁰⁾ ammet-

di quanto dispone la legge. Ora, la legge non solamente riconosce espressamente al concepito la capacità successoria, ma ne attribuisce ai genitori la rappresentanza e l'amministrazione dei beni nel normale espletamento della loro potestà (320¹ cc.). Ciò significa che i diritti attribuiti al concepito non sono solamente accantonati ma che essi sono invece esercitati dal suo rappresentante legale in nome e per conto del concepito stesso»; S. GRASSI, *I nascituri concepiti e i concepiti artificiali*, Torino 1995, 65 ss., secondo cui al ((concepito la soggettività va riconosciuta».

⁽¹⁴⁶⁾ Bozza per una dichiarazione dei diritti del nascituro, in AA. VV., *Per una dichiarazione*, cit., 205 ss.; M.R. SAULLE, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo e la tutela del nascituro*, in AA. VV., *Per una dichiarazione*, cit., 181 ss.; L. PALAZZANI, *L'inizio della soggettività giuridica*, in *La Società* 7 (1997), 413 s.; J.I. IBEGBU, *I diritti del nascituro nel diritto internazionale: verso una convenzione?*, in *Apollinaris* 71 (1998), 250 ss.; F.P. ROSSI, *Il diritto alla vita come imperdibile diritto della "famiglia-persona" e della "Persona-comunità"*, relazione tenuta al Convegno Europeo svoltosi a Venezia il 5 ottobre 1998 sul tema: "Il diritto della persona al diritto alla famiglia a 50 anni dalla Dichiarazione *Universale dei Diritti dell'Uomo*", ora in *Iustitia* 52 (1999), 27 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 70 n.2.

⁽¹⁴⁷⁾ Art. 3 *Universal Declaration of Human Rights*: Everyone has the right to life, liberty and security of person.

Art. 2,1 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*: Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

Art. 6,1 *International Covenant on Civil and Political Rights*: Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

⁽¹⁴⁸⁾ Art. 4, 1 *American Convention on Human Rights*: Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

⁽¹⁴⁹⁾ Art. 6,5 *International Covenant on Civil and Political Rights*: Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr., ad esempio, art. 462 codice civile italiano; § 1923 BGB; art. 725 codice civile francese; art. 29 codice civile spagnolo.

tono diritti in capo al concepito, quali ad esempio il diritto di ereditare e di ricevere donazioni. Infine, in vari paesi il procurato aborto è punito o permesso solo in presenza di determinate condizioni, alcune delle quali particolarmente rigide ⁽¹⁵¹⁾.

Nel leggere le norme internazionali, già oggetto di ratifica da parte dell'Italia ⁽¹⁵²⁾, si osserva una divergenza rispetto a quelle dei codici ⁽¹⁵³⁾. Di fronte a questa situazione, dunque, quale ruolo può rivestire il diritto romano?

A nostro avviso, in esso possiamo rinvenire anzitutto l'indicazione di un modo di procedere al fine di eliminare l'antinomia presente. Abbiamo visto, infatti, che l'ordinamento giuridico romano, pur constatando l'esistenza del concepito, si trovava nell'impossibilità di riconoscerla a causa del significato attribuito alle espressioni *in rebus humanis - in rerum natura*. Da qui l'accorgimento dell'equiparazione tra concepito e partorito sul criterio del *commodum*, accorgimento esteso a tutti i casi, previsti o non ancora previsti, in cui si sarebbe trattato del vantaggio dell'embrione, che veniva così considerato definitivamente *persona*,

Oggi, la situazione non appare tanto diversa. Da un lato, il concepito è

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. § 218, Abs. 1, StGB. Wer eine Schwangerschaft abbricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes. Cfr., per tutti, M. D'AMICO, Donna e aborto nella Germania riunificata, Milano 1994, 1 ss.; A. LOIODICE, Le incoerenze degli ordinamenti giuridici in tema di aborto: profili costituzionali, in AA. VV., Per una dichiarazione, cit., 189 ss. Inoltre, si legga l'art. 40,3 della Costituzione irlandese, di cui riportiamo la traduzione italiana tratta da Le costituzioni dei paesi dell'Unione Europea, a cura di E. Palici di Suni Prat - F. Cassella - M. Comba, Padova 1998, 446: 'Lo Stato riconosce il diritto alla vita del nascituro e, con debito riguardo al pari diritto alla vita della madre, garantisce con le sue leggi il rispetto e, per quanto possibile, la tutela e l'azionabilità di tale diritto'.

⁽¹⁵²⁾ Prowedimento di esecuzione italiano della Convenzione sui diritti del fanciullo: 1.27 maggio 1991, in G.U. n. 135 S.O. dell' 11 giugno 1991; la Convenzione medesima è entrata in vigore per l'Italia il 5 ottobre 1991. Prowedimento di esecuzione italiano del Patto internazionale sui diritti civili e politici: 1. 25 ottobre 1977 n. 881, in G.U. n. 333 S.O. del 7 dicembre 1977; il Patto medesimo è entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978.

⁽¹⁵³⁾ Cfr., sul punto, A. TRABUCCHI, Istituzioni di diritto civile, cit., 71 n.1, che fa notare la divergenza delle norme del codice anche rispetto alla «modernarealistica visione del biologo che vede unitariamente la formazione dell'uomo nuovo dal concepimento al raggiungimento di una tal quale indipendenza di vita che il nato può conseguire dopo qualche tempo. La nascita rappresenterebbe una fase, pure molto importante, ma non essenziale, di tale maturazione: infatti il feto non è qualitativamente diverso dal piccolo nato, mentre neppure a quest'ultimo si potrebbe attribuire la qualifica di persona se alla stessa si volesse far corrispondere un'individualità, oltre che definita, autonoma».

riconosciuto esistere e partecipare della natura umana, ma, dall'altro, gli si nega la qualifica di persona a causa del concetto astratto di capacità giuridica. Si potrebbe, pertanto, proporre la via percorsa dagli antichi⁽¹⁵⁴⁾ e la riformulazione dell'art. 1 c.c. in questi termini: 'la capacità giuridica si acquista al momento della nascita. Il concepito si considera già nato in relazione al suo *commodum*'⁽¹⁵⁵⁾; oppure, seguendo il codice civile⁽¹⁵⁶⁾: 'la capacità giuridica si acquista al momento della nascita. Ai concepiti si applicano le norme stabilite per i già nati in relazione al loro *commodum*'.

La seconda considerazione è basata sul rapporto tra le norme internazionali e quelle della compilazione. Poniamole a confronto:

Preamble, 9 Convention on the Rights of the Child: The child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth⁽¹⁵⁷⁾.

D. 37,9,1,15 (Ulp. 41 ad edict.): ... ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri...

Art. 6,1 Convention on the Rights of the Child: States Parties recognize that every child has the inherent right to life⁽¹⁵⁸⁾.

D. 37,9,1,15 (Ulp. 41 ad edict.): ... partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr., sulla problematica inerente all'attribuzione della capacità giuridica al concepito, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1999, 229 ss., con altra bibliografia.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr., ad esempio, art. 4 c.p. Sul punto, cfr., per tutti, S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico, rist. inalterata*, Milano 1983, 214.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. artt. 1116 c.c., 1555 c.c., 2169 c.c., su cui, per tutti, S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 215.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. art. 1 Convention on the rights of the Child: For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. art. 6,2 Convention on the Rights of the Child: States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

Art. 6,5 International Covenant on Civil and Political Rights: Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women ⁽¹⁵⁹⁾. D. 1,5,18 (Ulp. 27 *ad Sab.*): Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae pregnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet...

Balza agli occhi la stretta corrispondenza tra le norme attualmente in vigore e quelle del Digesto. È l'indizio che il principio romano, secondo cui *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* ⁽¹⁶⁰⁾, sopravvive a tutt'oggi. Non solo. Il fatto che queste norme siano richiamate, e con esse il principio che le anima, per invocare una convenzione internazionale sui diritti dei nascituri, è segno che ad esso si attribuisce un valore che trascende i confini del singolo ordinamento ⁽¹⁶¹⁾ e che, in quanto tale, è idoneo a costituire la base per un'opera di revisione delle diverse legislazioni nazionali.

In questa ottica, servirsi del diritto romano significa awiare, attraverso il recupero dei fondamenti del multiforme presente — e, con essi, della ragione delle differenze e delle identità attuali —, un processo volto al raggiungimento di una effettiva unità.

ABSTRACT

Taking into consideration the legal status of the conceived, the author emphasizes the fundamental role played by Roman Law to form a Private European Law. Principal texts: D. 1,5,7; D. 1,5,26; D. 25,4,1,1; D. 35,2,9; D. 48,8,8; D. 50,16,231.

L'autore, prendendo in esame la posizione giuridica del concepito, sottolinea il ruolo fondamentale del diritto romano nella formazione di un diritto privato europeo. Testiprincipali: D. 1,5,7; D. 1,5,26; D. 25,4,1,1; D. 35,2,9; D. 48,8,8; D. 50,16,231.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. art. 4,5 American Convention on Human Rights.

⁽¹⁶⁰⁾ D. 1,5,7.

⁽¹⁶¹⁾ In generale, sul concetto di principio, cfr., tra gli altri, R. SCHULZE, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993), 458 ss.; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo*, cit., 1315 ss. e, in particolare, 1321.

DARIO MICHELETTI

DELITTI COMMESSI ALL'ESTERO E VALIDITÀ EXTRATERRITORIALE DELLA LEGGE PENALE: PROFILI SISTEMATICI E QUESTIONI INTERPRETATIVE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Le fattispecie a tipicità territorialmente limitata. — 3. Le limitazioni territoriali implicite nel tipo legale. — 4. Norme integratrici e fattispecie a tipicità territorialmente limitata. — 5. Le fattispecie di applicazione "universale" e il riconoscimento delle norme straniere integratrici ad opera delle disposizioni di diritto internazionale privato. — 6. L'inesistenza di una clausola, anche implicita, di doppia incriminazione nel sistema di diritto penale internazionale italiano. — 7. La scriminante di cui all'art. 51 c.p. come strumento per la composizione dei contrasti tra gli ordinamenti nel caso di applicazione extraterritoriale della legge penale. — 8. I vantaggi del ricorso all'art. 51 c.p.

1. — Posto che ciascuna norma giuridica, considerata nella sua intima struttura, appare come un criterio di giudizio in grado di attagliarsi a tutte le situazioni riconducibili alla fattispecie astratta, anche l'ordinamento giuridico, in quanto sistema di norme dotate di validità potenzialmente illimitata ⁽¹⁾, potrebbe teoricamente fondarsi sul canone dell'universalità, e disporre i propri effetti relativamente a tutti i fatti, ovunque si siano verificati ⁽²⁾. D'altro canto, la coesistenza di differenti ordinamenti statali, unita all'evidente constatazione che le medesime situazioni giuridiche possono essere diversamente regolate in ognuno di essi, induce ciascun legislatore nazionale a delimitare l'applicazione delle proprie norme, per evitare possibili interfe-

(1) La nozione di validità viene qui intesa in «senso empirico», per indicare l'attitudine di una norma a disciplinare fattispecie concrete connotate da determinate caratteristiche, e non in «senso tecnico», come conformità della norma ai modi di produzione giuridica stabiliti nell'ordinamento: per una tale distinzione si veda A. PAGLIARO, b) Legge penale nello spazio, in Enc. giur., vol. XXIII, Milano, 1973, p. 1054.

(2) R. AGO, Lezioni di diritto internazionale privato. Parte generale (rist.), Milano, 1948, p. 2. Con particolare riferimento al sistema penale, P. ZICCARDI, Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana, in Riv. it. dir. pen., 1950, p. 462 ss.

renze con altri sistemi normativi (3). Una tale scelta dipende, nell'ambito dei rapporti giuridici di diritto privato, dalla necessità di offrire alle parti interessate delle regole per risolvere il potenziale concorso tra le diverse disposizioni nazionali, nel caso in cui queste si ispirino a differenti criteri di giudizio. Nell'ambito del diritto penale, le limitazioni alla tendenziale universalità della legge (4) sono dovute, invece, sia all'affievolirsi dell'interesse statale alla repressione dei fatti che presentano solo elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno, sia alla gravosità del compito che altrimenti verrebbe imposto agli organi giurisdizionali: una gravosità, questa, che si tradurrebbe addirittura nell'impossibilità pratica di operare qualora tale scelta si coniugasse, così come avviene in Italia, col principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Si comprende dunque la ragione per cui anche il nostro codice penale stabilisce che la legge penale nazionale si applichi in modo privilegiato ai fatti verificatisi nel territorio dello Stato (5), e solo eccezionalmente a quelli

(3) A quanto ci risulta, l'unico legislatore che non pone alcun limite di applicazione territoriale alla propria legge penale è quello islamico: M.M. MOUSTAFA, *Quelques aspects de l'application des lois pénales dans la doctrine islamique comparée*, in *Rev. sc. crim.*, 1969, p. 317.

(4) La tendenza universalistica del diritto penale risulta, in effetti, ancora più marcata per due ragioni: in primo luogo perché le norme penali si pongono a tutela di beni giuridici di valore universale, e dunque fisiologicamente si adattano a un'applicazione diffusa: in questo senso già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Prato, 1886, § 1060. In secondo luogo, perché l'universalità della norma rappresenta un corollario fortificante della funzione generalpreventiva della pena, soprattutto se si condivide la tesi secondo cui «la persuasione di non trovare un palmo di terra che perdoni ai vari delitti, sarebbe un mezzo efficacissimo per prevenirli»: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, XXI°.

(5) Sul principio di territorialità quale cardine del diritto penale internazionale italiano è concorde la prevalente dottrina: per tutti, C. MASSA, *Diritto penale internazionale*, in *Nss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 978; A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 1055 ss.; R.A. FROSALI, *Territorialità della legge penale*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 187 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 70; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, p. 916; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 173. Non mancano comunque gli autori che, in considerazione dell'elevato numero di eccezioni di cui soffre il criterio della territorialità, individuano nel principio di universalità (definito a volte come «universalità temperata») il canone cui si sarebbe ispirato il legislatore italiano: in questo senso, F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, p. 39 ss.; M. GALLO, *La legge penale*, Torino, 1965, p. 74 ss. e con leggere modifiche ID., *Appunti di diritto penale. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 168 s.; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, p. 179; M. TRAPANI, *Legge penale. II) Limiti spaziali*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 2. Per altri autori, invece, nessun principio sarebbe in grado di prevalere sull'altro: C. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, p. 113; conforme S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1999, p. 388. Analoghe posizioni

compiuti all'estero, senza peraltro che venga mai data alcuna rilevanza, in quest'ultima ipotesi, a dissimili valutazioni operate dalla *Zex loci*. Diversamente, infatti, dalla maggior parte delle legislazioni straniere ⁽⁶⁾, il nostro sistema di diritto penale internazionale non richiede in nessun caso, almeno in forma esplicita, che la punibilità del fatto commesso all'estero sia subordinata a una sua previsione come reato secondo la legge del luogo in cui è stato commesso (si parla a questo proposito di «clausola di reciprocità» o «della doppia incriminazione»), segnando in questo senso uno strappo anche rispetto alla tradizione liberale espressa in Italia precedentemente al codice penale Zanardelli ⁽⁷⁾.

È di tutta evidenza, però, che l'estensione *tout court* della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero, anche quando il fatto incriminato sia oggetto di una diversa valutazione nell'ordinamento straniero, non risolve *de plano* ogni problema connesso alla sua applicazione extraterritoriale. Risulta, per vero, tutt'altro che agevole stabilire — per anticipare alcuni casi problematici — se possa essere punito, secondo la nostra legge penale, il medico italiano che pratici all'estero interruzioni di gravidanza nei limiti previsti dalla legislazione straniera, ma non da quelli consentiti dal nostro legislatore; o se debba rispondere di concorso in omicidio del consenziente il medico che in Italia abbia prospettato a un proprio paziente, affetto da una malattia incurabile, la possibilità di recarsi in uno degli Stati in cui è consentita l'eutanasia, concordando con la struttura ospedaliera straniera le modalità dell'intervento successivamente eseguito; ovvero ancora, se siano

interpretative si rinvencono negli ordinamenti in cui l'affermazione del principio di territorialità è corredata da un elevato numero di eccezioni: cfr. T. VOGLER, in *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts*, Potz, 1970, pp. 149 e 155. Per una critica alla tendenza dottrinale atta a ribaltare il principio di territorialità in quello di universalità a causa delle numerose ipotesi di validità extraterritoriale della legge penale: A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 1056.

⁽⁶⁾ Un'accurata precisazione dei casi in cui è richiesta o meno la doppia incriminazione è offerta dai §§ 4-7 del c.p. tedesco, e dalla maggior parte dei codici penali europei: cfr. al riguardo l'elencazione delle legislazioni straniere offerta da I. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 990, nonché, per quanto riguarda le legislazioni più recenti, l'art. 113-6 cpv. del codice penale francese (per un'analisi: S. MANACORDA, *Le droit pénal international dans les réformes française et italienne*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 331 ss.) e l'art. 23 cpv. LOPJ spagnola (sul punto, R. DÍAZ ROCA, *Derecho penal general*, Madrid, 1996, p. 70 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Valencia, 1998, p. 173 s.).

⁽⁷⁾ Emblematico, in questo senso, l'art. 6 del codice toscano del 1856 che con estrema precisione stabiliva in alcuni casi la non punibilità di quelle «azioni, che quantunque in Toscana punibili, non soggiacciono ad alcuna pena nel territorio in cui sono state commesse»). Per un'interessante applicazione di questa norma cfr. Cass., 26 novembre 1888, Russo, in *La giurisprudenza di diritto penale internazionale*, a cura di A. Rottola, V. Starace, Napoli, 1973, p. 466 ss.

responsabili, ai sensi dell'art. 644 c.p., i membri di un'associazione finanziaria operante sul nostro territorio, la quale si sia assunta il compito di indirizzare i propri clienti verso Stati in cui è lecito concedere prestiti a un tasso d'interesse superiore rispetto a quello consentito in Italia.

Dall'esame di questi casi paradigmatici appare quindi evidente quanto numerosi e cruciali siano gli aspetti problematici connessi all'applicazione extraterritoriale della legge penale. E proprio alcuni di essi costituiranno l'oggetto specifico del presente lavoro, nel corso del quale ci si soffermerà in particolare sull'applicazione extraterritoriale della legge penale italiana ai delitti comuni commessi all'estero dal cittadino e dallo straniero (artt. 9 e 10 c.p.). Non verranno prese in considerazione, invece, le disposizioni incriminatrici la cui applicazione extraterritoriale è già direttamente prevista dagli artt. 7 e 8 c.p. Non v'è alcun dubbio, infatti, che queste disposizioni, poste a presidio di beni e interessi peculiari dell'ordinamento giuridico italiano⁽⁸⁾, vadano applicate alla luce del solo diritto interno, indipendentemente cioè da qualsiasi riferimento allo stato normativo esistente nel luogo in cui i fatti da perseguire sono stati commessi⁽⁹⁾: altrimenti si finirebbe per frustrare la tutela approntata dal legislatore in favore dei beni e interessi nazionali, condizionandola all'assetto normativo esistente in un diverso ordinamento, dal quale può eventualmente provenire la minaccia che si intendeva reprimere⁽¹⁰⁾.

2. - Per una corretta impostazione del problema, è necessario precisare meglio quali siano i reati comuni che per il nostro sistema di diritto penale internazionale risultano in grado di operare in relazione ai fatti commessi all'estero. Com'è noto, infatti, essi vengono individuati dalla dottrina per lo più in via residuale, escludendo cioè da tale categoria i reati contravvenzio-

(8) Si tratta, infatti, o di norme poste a tutela di beni giuridici afferenti esclusivamente all'ordinamento interno (cfr. gli art. 7, nn. 1-4; 8, com. 3, prima parte; 501, com. 4, c.p.) o di norme c.d. «protettive» (per questa definizione: T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, p. 122), aventi cioè quale soggetto passivo il cittadino italiano (cfr., per es. — oltre all'art. 8, com. 3, prima parte, c.p. — gli artt. 501, 591, 604, 642, com. 2, c.p.). Per un'analoga lettura dell'art. 7 c.p., cfr. da ultimo S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 407 ss.

(9) Ciò è previsto espressamente anche dalla *Relazione ministeriale* sul progetto del codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale I*, Roma, 1929, p. 36.

(10) Sul punto cfr., diffusamente, I. CARACCIOLI, *op. cit.*, p. 977 ss. Di questo avviso anche C.F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 369, il quale afferma che il «requisito della doppia incriminazione (...) è logicamente del tutto estraneo alla ratio di tutela del criterio di difesa». Cfr., tuttavia, la diversa interpretazione prospettata da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 58.

nali (gli artt. 9 e 10 c.p. si riferiscono infatti solo ai delitti), tutti i delitti per cui è prevista soltanto la pena della multa ⁽¹¹⁾, nonché, nel caso di reati commessi all'estero da uno straniero, i delitti puniti con la reclusione inferiore nel minimo a un anno o a tre anni, a seconda che il soggetto leso sia, rispettivamente, lo Stato e il cittadino italiano, oppure uno Stato estero e uno straniero (v. art. 10 c.p.). Si precisa, poi, in conclusione, che non possono evidentemente rientrare nel novero dei delitti comuni tutti quei reati per i quali già gli artt. 7 e 8 c.p., o singole norme di parte speciale, dispongono un'applicazione extraterritoriale ⁽¹²⁾.

A ben vedere, però, nell'ambito delle fattispecie delittuose non applicabili extraterritorialmente vanno fatte rientrare anche quelle incriminazioni caratterizzate, già nella descrizione del tipo, da un limitato ambito di applicazione territoriale. In numerose disposizioni, infatti, è lo stesso legislatore a precisare che la condotta, per ritenersi tipica, deve essere realizzata «nel territorio dello Stato» ⁽¹³⁾, introducendo quindi una circostanza spaziale che assumerebbe, a seguito dell'espreso richiamo, la natura di vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie ⁽¹⁴⁾. Da ciò si deduce che il fatto tipico delineato dalle suddette incriminazioni non potrebbe essere ampliato in forza degli artt. 7-10 c.p. ⁽¹⁵⁾, posto che le norme di diritto penale internazionale svolgono la funzione precipua ed esclusiva di determinare l'ambito di applicazione spaziale della legge penale (si parla a questo proposito di *Rechtssätze über Recht*), e non certo quella di ampliare l'area della tipicità descritta dalle singole fattispecie incriminatrici. E invero, se agli artt. 7-10 c.p. venisse riconosciuta la funzione di clausole estensive in senso proprio (quali sono per es. gli artt. 56 e 110 c.p.), essi finirebbero per operare uno stravolgimento della tipicità penale descritta dalla singola fattispecie di parte speciale: si finirebbe infatti per assoggettare a pena condotte assolutamente

⁽¹¹⁾ Ciò si ricava agevolmente dal tenore letterale degli artt. 9 e 10 c.p. Relativamente al problema dell'ambito di applicazione territoriale dei delitti per cui è prevista alternativamente la pena della reclusione o quella della multa, cfr. T. TREVES, *op. cit.*, 116.

⁽¹²⁾ Per questa lettura prettamente formale dei delitti comuni cfr. da ultimo, S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 388.

⁽¹³⁾ Cfr., per es., gli artt. 270, 271, 272, 273, 274, 288, 295, 296, 297, 298, 299, 474, 528 c.p. ecc. per mezzo dei quali vengono perseguite esclusivamente le condotte commesse «nel territorio dello Stato» oppure verso «il territorio dello Stato». Si vedano, inoltre, le sole due norme che a quanto ci risulta limitano la tipicità del fatto alla realizzazione della condotta «fuori del territorio dello Stato»: vale a dire gli artt. 269 (Attività antinazionale del cittadino all'estero) e 591 cpv. c.p. (Abbandono di minori all'estero).

⁽¹⁴⁾ F. DEAN, *op. cit.*, p. 293.

⁽¹⁵⁾ In questo senso, F. GRISIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1947, p. 287; N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949, p. 256; F. DEAN, *op. cit.*, p. 290 ss.; T. TREVES, *op. cit.*, pp. 84, 97, 119.

inoffensive rispetto al bene giuridico tipico, arrivando, per esempio, a sussumere nelle fattispecie di contrabbando — poste evidentemente a presidio di interessi di carattere nazionale — condotte di introduzione in uno Stato diverso rispetto a quello italiano, il cui interesse è specificatamente tutelato ⁽¹⁶⁾.

Va dunque condiviso l'atteggiamento di quella parte della dottrina che, nel precisare la portata dei richiami operati dalle norme di cui agli artt. 7-10 c.p., tende a verificare la compatibilità dell'ampliamento con la struttura della fattispecie ⁽¹⁷⁾. Non ogni incriminazione posta a tutela della personalità dello Stato potrà pertanto essere applicata ai fatti commessi all'estero in forza dell'art. 7, n. 1, c.p.: ma solo quelle fattispecie incriminatrici che già non limitano la rilevanza penale della condotta alla sua realizzazione in Italia. Così come, non ogni delitto per il quale è prevista la pena della reclusione andrà ricondotto alla categoria dei delitti comuni, ma solo quei reati che, oltre a possedere le caratteristiche sanzionatorie indicate dagli artt. 9 e 10 c.p., sono connotati da una conformazione strutturale tale da non richiedere una realizzazione intraterritoriale del fatto.

Tanto considerato, nell'ipotesi di fattispecie a tipicità territorialmente limitata risulta del tutto irrilevante la situazione normativa esistente nell'ordinamento in cui il fatto è stato commesso, e l'eventuale presenza in esso di una norma che incrimini il medesimo tipo di condotta. E ovvio, infatti, che se il giudice italiano mai potrà ricorrere, per punire un fatto commesso all'estero, alla fattispecie incriminatrice interna la cui tipicità sia limitata al territorio dello Stato, posto che il fatto extraterritoriale risulta estraneo al tipo legale, neppure potrà applicare la legge penale straniera ⁽¹⁸⁾: lo vieta, quanto meno, il tenore delle disposizioni di cui agli artt. 7-10 c.p., nei quali si è avuto

⁽¹⁶⁾ Per quest'ultimo rilievo cfr., F. DEAN, *op. cit.*, p. 297. Esclude correttamente l'applicabilità della legge penale italiana ai fatti di contrabbando commessi ai danni di uno Stato straniero (si trattava nello specifico di un caso di introduzione di armi da guerra nello Stato inglese), Cass. I, 14 luglio 1989, Hamdan, in *Giust. pen.*, 11, 1990, c. 645 ss.

⁽¹⁷⁾ Questa verifica porta spesso a circoscrivere con maggior precisione la portata del rinvio. Così, per es., la dottrina maggioritaria ritiene che l'art. 1080 cod. nav., prevedendo l'applicazione extraterritoriale della legge penale solo relativamente ai fatti commessi da chi è al servizio di una nave o di un aeromobile nazionale, non possa portare all'ampliamento dell'ambito di applicazione dei reati comuni, che possono essere commessi da chiunque: in questo senso, C. DE VINCENTIS, *Reati marittimi ed aeronautici*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIV, 1968, p. 940; T. TREVES, *op. cit.*, p. 106, nonché M. ROMANO, *op. cit.*, p. 118.

⁽¹⁸⁾ È pacifico, infatti, che nessuna nonna incriminatrice straniera possa essere presa in considerazione da un giudice italiano con riferimento sia ai fatti accaduti nel nostro territorio che a quelli verificatisi in un ordinamento straniero: in questo senso per la dottrina più datata cfr. G. LEONE, *Applicabilità della legge straniera in materia penale*, in *Ann. dir. eproc. pen.*, 1932, p. 630; e per quella più recente, T. TREVES, *op. cit.*, p. 87.

sempre cura di precisare che il giudizio di punibilità va operato esclusivamente ai sensi della «legge italiana».

3. - Chiarito dunque che in base al nostro ordinamento non sarebbe punibile la realizzazione all'estero di fatti astrattamente riconducibili a fattispecie la cui tipicità risulti territorialmente limitata, occorre adesso precisare i contorni di questa tipologia di illecito, e stabilire, quindi, se una limitazione territoriale del fatto tipico debba avvenire sempre in maniera espressa — derivare cioè dall'utilizzo di formule sacramentali, del tipo: «chiunque, *nel territorio dello Stato*, ecc.» — oppure possa ricavarsi dall'interpretazione teleologica dell'incriminazione o dal suo meccanismo di operatività.

Il problema non è nuovo. Già nella letteratura di inizio secolo si tentava infatti di distinguere tra «leggi penali personali», d'applicazione tendenzialmente universale, e «leggi penali territoriali», poste a protezione dell'ordine sociale interno, e perciò strettamente connesse alla commissione intraterritoriale del fatto (19). Non manca, poi, anche nella più recente dottrina, un esame dei casi di delimitazione implicita, ossia «desumibile da altri elementi della fattispecie», del luogo in cui per il legislatore deve verificarsi la condotta per essere considerata tipica (20). Sono rimasti in ombra, invece, i fattori in forza dei quali dedurre il radicamento del fatto tipico in un determinato ordinamento; e ciò benché possano essere rinvenute sentenze particolarmente interessanti in cui è almeno affiorata una tale problematica.

A questo proposito, merita ricordare soprattutto una decisione del Tribunale di Lanciano in cui venne assolto un membro del contingente italiano della Forza multinazionale di pace in Libano per un fatto di detenzione abusiva di armi verificatosi nella città di Beirut (21). Si legge infatti nella motivazione che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2 della legge 895/1967, annoverabile tra i delitti ad anti giuridicità speciale, punisce la detenzione di armi solo in quanto sia avvenuta «illegalmente» cioè a dire quando il detentore non abbia ottemperato all'obbligo della denuncia previsto dall'art. 38 T.U.L.P.S. Se così è, prosegue la Corte, la validità nello spazio dell'incriminazione di cui all'art. 2 cit. risulta strettamente vincolata alla portata della sopra citata norma di pubblica sicurezza. Con la conseguenza che, presupponendo quest'ultima l'esercizio di un potere di polizia (qual è la sottoposizione a un obbligo di denuncia) esplicabile solo nel territorio dello Stato italiano, anche la fattispecie incriminatrice a essa collegata non potrebbe godere di una più ampia portata applicativa.

In termini più generali, dalla suddetta decisione è possibile dedurre il principio secondo cui ogni qual volta l'applicazione di una norma penale

(19) Cfr. gli autori citati da G. LEONE, *op. cit.*, p. 507 ss.

(20) Si veda, in questo senso, F. GRISPIGNI, *op. cit.*, p. 288.

(21) Trib. Lanciano, 4 giugno 1984, Ficca, in *Cass. pen.*, 1985, p. 202 ss.

risulta connessa, per ragioni strutturali, all'operatività di una diversa norma o provvedimento, la cui efficacia non può superare i confini nazionali, dovrebbe concludersi per l'esistenza di una limitazione territoriale implicita, dimodoche non resterebbe che considerare atipici i fatti commessi all'estero, sebbene astrattamente conformi al modello comportamentale descritto. A un tale risultato si dovrebbe pervenire a prescindere dal ruolo svolto dal provvedimento amministrativo o dalla norma presupposto: vale a dire indipendentemente dal fatto che la norma penale serva, in funzione meramente sanzionatoria, a incriminare la sua inosservanza, o, viceversa, sia l'atto amministrativo a descrivere un elemento costitutivo della fattispecie. In ogni caso, infatti, il legislatore dimostrerebbe di avere congegnato l'incriminazione in funzione della portata spaziale dell'atto amministrativo o della norma connessa: sicché ogni sua applicazione a fatti accaduti all'estero finirebbe per tradursi in uno stravolgimento della tipicità penale.

Sulla scorta di tali osservazioni, si dovrebbe dunque concludere, ad esempio, per l'inapplicabilità dell'art. 348 c.p. al cittadino che eserciti abusivamente all'estero una professione, posto che la condotta tipica si caratterizza per la violazione di una speciale abilitazione dello Stato. E neppure potrebbe ricondursi all'attuale fattispecie d'usura (art. 644 c.p.) la concessione all'estero di prestiti a un tasso di interesse superiore rispetto a quello stabilito dalla legge italiana, visto che il meccanismo d'individuazione del tasso usurario si avvale dell'intervento di un decreto del Ministro del Tesoro che non può certo assumere, in forza del semplice richiamo penale, un'efficacia territoriale superiore a quella che normalmente gli è propria.

In definitiva, quindi, il carattere potenzialmente universale della legge penale non riuscirebbe a garantire, di per sé, una costante applicazione extraterritoriale di ogni fattispecie incriminatrice, dovendosi propendere per una rilevanza meramente interna del fatto tipico, allorché le norme extrapenali o il provvedimento amministrativo che concorrono a descrivere la fattispecie risultino incapaci di esplicare i propri effetti al di fuori del territorio dello Stato.

Ma non solo. Una delimitazione territoriale implicita della fattispecie può dipendere, a nostro avviso, anche dalle particolari caratteristiche del bene giuridico tutelato. Vi sono, infatti, norme penali poste a presidio di interessi di natura collettiva⁽²²⁾, in relazione alle quali la pena mantiene il proprio fondamento solo se la lesione si è realizza nell'ambito di quella collettività di cui la legge penale è espressione. Può mancare, in talune di queste fattispecie, un rinvio a elementi normativi esterni di limitata portata spaziale da cui desumere una restrizione territoriale del fatto. E nondimeno, una tale restrizione può ricavarsi direttamente dalla pertinenza esclusiva del bene

⁽²²⁾ Sulla distinzione tra beni individuali e collettivi cfr., per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, p. 396.

giuridico all'ordinamento interno. Una tale conclusione — si badi — non vuole essere affatto generalizzante, e riguardare per esempio tutti i reati inseriti nei titoli del codice penale dedicati ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, l'ordine pubblico o la fede pubblica, anche perché non sempre il bene giuridico «di categoria» esaurisce l'area di tutela delineata da ciascun illecito annoverato nei rispettivi titoli. È evidente, infatti, che una valutazione circa la natura territorialmente limitata della fattispecie penale in ragione del bene giuridico tutelato deve essere condotta caso per caso, con tutti i delicati problemi che sempre pone una simile indagine soprattutto nell'ipotesi in cui la fattispecie sia posta a presidio di beni giuridici c.d. strumentali ⁽²³⁾. Ma ciò che per il momento preme sottolineare è che dal tipo di bene tutelato può desumersi una restrizione territoriale, ogni qual volta perderebbe di fondamento l'applicazione di una pena per la lesione di un interesse di dimensione collettiva in forza di una legge proveniente da un gruppo sociale diverso rispetto a quello leso. La supremazia del principio di territorialità nella regolamentazione del diritto penale internazionale assume proprio questo significato: radicare la legge penale sul territorio in cui si esprime la sovranità di un particolare ordinamento sociale, riducendo l'eccezionale applicazione extraterritoriale della legge penale per la tutela dei beni riguardanti l'individuo, che come tali assumono un valore universale.

In tutti questi casi, allora, appare del tutto inutile interrogarsi sull'esistenza nell'ordinamento straniero, in cui la condotta è stata realizzata, di una incriminazione analoga a quella italiana, e concludere poi — come è stato a volte prospettato dalla giurisprudenza — che malgrado l'assenza di una norma incriminatrice straniera, il fatto va comunque punito secondo la legge penale interna, perché il legislatore non ne ha subordinato l'applicazione mediante una clausola di punibilità bilaterale ⁽²⁴⁾. Così ragionando, infatti, si

⁽²³⁾ Sul punto, per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. loc. cit.*

⁽²⁴⁾ È questa, peraltro, l'argomentazione addotta da Cass. II, 6 dicembre, 1991, Buquicchio, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, p. 30 per supportare la punibilità secondo la legge penale italiana di un episodio di porto abusivo di armi avvenuto in Svizzera. La Corte pervenne infatti a un giudizio di responsabilità anche se il porto e la detenzione illegale di armi non erano perseguiti penalmente nell'ordinamento della confederazione elvetica, sulla base del semplice presupposto che il nostro sistema di diritto penale internazionale non prevede alcuna clausola di reciprocità. Senonché, tale conclusione non risulta condivisibile, se si accede alla tesi sostenuta dal Tribunale di Lanciano, secondo cui il delitto di porto abusivo d'armi è applicabile esclusivamente con riferimento ai fatti commessi nel territorio dello Stato. Seguendo, infatti, questa diversa impostazione — più corretta a nostro avviso — non assumerebbe alcuna rilevanza il fatto che nel nostro sistema non sia prevista la clausola della doppia incriminazione, poiché, nel caso di fattispecie a tipicità territorialmente limitata, non possono essere perseguiti i fatti commessi all'estero perché essi risultano atipici per il nostro legislatore e non per l'assenza di una clausola di reciprocità.

trascura che l'accertamento della rilevanza di una data condotta commessa all'estero secondo la legge straniera è del tutto superflua per il diritto interno ogni qual volta la fattispecie concreta sia riconducibile a un'incriminazione italiana a tipicità territorialmente limitata in forza di un'espressa o di un'implicita delimitazione.

4. - Prima di escludere definitivamente un'applicazione delle norme a tipicità territorialmente limitata ai fatti commessi all'estero, occorre ancora chiedersi se, al fine di superare la loro ristretta validità spaziale, non sia possibile coniugare tali fattispecie con eventuali atti amministrativi o norme presupposto vigenti nell'ordinamento straniero, e corrispondenti per funzione agli atti che concorrono nel nostro sistema alla descrizione del fatto tipico. Potrebbe cioè ammettersi, ad esempio, che la norma italiana sul reato d'usura venga applicata ai fatti commessi all'estero non in forza di una validità extraterritoriale del decreto ministeriale italiano che fissa il tasso usurario, ma per la presenza nell'ordinamento in cui il fatto è commesso di un analogo atto normativo, il quale determini, sia pure non negli stessi termini, il tasso d'interesse consentito? O ancora, sarebbe ammissibile perseguire, ai sensi dell'art. 2 legge 89511967, il porto abusivo di armi avvenuto all'estero, qualora una norma straniera preveda un obbligo di denuncia analogo a quello indicato dal nostro art. 38 T.U.L.P.S.?

Questi interrogativi presuppongono non tanto un confronto tra il nostro sistema normativo e quello straniero in termini strettamente penali, quanto una comparazione tra le norme extrapenali connesse o presupposte dalla fattispecie incriminatrice. Detto altrimenti, non si dovrebbe verificare se la norma italiana a tipicità territorialmente limitata trovi un proprio corrispettivo nella *lex Zoci*, ma se in quest'ambito esista un atto o un provvedimento assimilabile a quello che in Italia ne condiziona l'applicazione; a prescindere poi dal fatto che all'estero questo sia connesso a una norma penale, owerosia, per tornare agli esempi di cui sopra, che esista una fattispecie d'usura o di porto abusivo d'armi nell'ordinamento in cui la fattispecie concreta è stata realizzata.

Ebbene, tale questione va inquadrata nel più ampio tema relativo alla possibilità che norme provenienti da un ordinamento straniero trovino rilevanza, per la legge penale nazionale, in forza del collegamento instaurato dagli elementi *normativi* della fattispecie ⁽²⁵⁾. È appena il caso di osservare,

⁽²⁵⁾ Cfr., in argomento, G. LEONE, *op. cit.*, pp. 499 ss. e 630 ss.; S. RICCIO, Applicabilità, in materia penale, della legge straniera in rapporto alla minore età, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1934, p. 36 ss.; N. LEVI, *op. cit.*, pp. 125 ss. e 169 ss.; E. BATTAGLINI, Un caso di rilevanza giuridica della legge straniera, in *Giust. pen.*, 1946, II, c. 372 ss.; F. DEAN, *op. cit.*, pp. 105 ss. e 166 ss. Un problema analogo, concernente l'integrazione

nondimeno, come si tratti di un problema troppo vasto per essere qui affrontato *ex professo*. Ci sia quindi consentito procedere sinteticamente e per punti, distinguendo anzitutto le ipotesi in cui le norme straniere integrino gli elementi normativi inclusi in una fattispecie a territorialità limitata, da quelle in cui una tale integrazione riguardi fattispecie incriminatrici passibili di applicazione extraterritoriale, e perciò dette universali.

Per quanto concerne le prime si è sostenuto, sempre relativamente al porto abusivo d'armi — una fattispecie che può essere ormai assunta a paradigma di quelle la cui tipicità risulta implicitamente limitata sotto il profilo spaziale — che al giudice italiano, chiamato a giudicare un fatto di detenzione illegale di armi avvenuto all'estero, non sarebbe mai consentito riferirsi alla legge straniera che impone un obbligo di denuncia analogo a quello previsto dall'art. 38 T.U.L.P.S., poiché la rilevanza interna di quest'ordine di polizia straniero si tradurrebbe, per un verso, in una lesione del principio di sovranità nazionale, e, per altri versi, in una «violazione della disciplina dettata dagli artt. 7-10 c.p., i quali impongono l'applicazione della sola legge penale italiana»⁽²⁶⁾.

Ora, questa conclusione è certamente condivisibile. Essa però non deve trascurare che l'individuazione delle norme integratrici degli elementi normativi non è un'operazione meccanicistica: quasi che all'inclusione di un determinato concetto giuridico nella disposizione (ad es.: altruità, possesso, autorizzazione, ecc.) corrisponda un automatico rinvio a tutte le norme extrapenali che disciplinano quel fenomeno succintamente indicato, ma è invece il risultato di una delicata e puntuale attività interpretativa, che muovendo dall'individuazione del bene giuridico, quale elemento significativo della volontà legislativa, mira a determinare il novero delle valutazioni extrapenali cui intendeva riferirsi il legislatore⁽²⁷⁾.

Le norme straniere, dunque, non possono fungere da strumenti d'integrazione di elementi normativi inclusi in fattispecie a tipicità territorialmente limitata per l'evidente ragione che tali incriminazioni si pongono a presidio dell'ordine sociale interno, di beni e interessi di rilevanza prettamente

degli elementi normativi da parte di norme straniere, è sorto nell'ambito dello studio relativo alla condizione della doppia incriminazione prevista dall'art. 13 cpv. c.p. per il procedimento di estradizione: sul punto, P. PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estrazione*, Milano, 1973, p. 59 ss.; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, p. 165 ss.

⁽²⁶⁾ Queste le argomentazioni addotte dal Trib. Lanciano, 4 giugno 1984, cit., p. 204. Anche la giurisprudenza tedesca rifiuta in casi analoghi l'integrazione ad opera di norme straniere: BGH, 26 luglio 1967, in *BGHSt.*, n. 21, p. 277 ss.

⁽²⁷⁾ Così D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 270, il quale precisa che «saranno usate come "criterio di riferimento" le norme operanti la stessa qualificazione, cui la norma penale ha autonomamente inteso dare rilievo». In questo senso, analogamente, G. WARDA, *Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre*, in *Jura*, 1979, p. 73.

nazionale, in relazione ai quali risultano del tutto imlevanti le norme e i provvedimenti stranieri ⁽²⁸⁾. Esiste insomma una divergenza inconciliabile tra il giudizio di valore espresso attraverso gli elementi normativi contenuti nelle fattispecie a tipicità territorialmente limitata ⁽²⁹⁾ e le norme straniere che dovrebbero fungere da parametri d'applicazione di quel giudizio ⁽³⁰⁾. Poco importa, allora, se all'estero dovessero esistere atti normativi assimilabili a quelli connessi in Italia con la fattispecie incriminatrice, posto che il nostro legislatore si è inteso rivolgere solo alla protezione di beni nazionali, e le condotte poste in essere in violazione dei provvedimenti di altri ordinamenti, proprio perché inoffensive rispetto al tipico bene giuridico, non potrebbero ricondursi nell'area della tipicità.

5. - Ben diverso è invece il problema dell'integrazione degli elementi normativi da parte di norme straniere nell'ipotesi di fattispecie penali ad applicazione universale. In quelle incriminazioni, cioè, poste a protezione di un bene giuridico di rilevanza extranazionale (la vita, l'integrità fisica, la libertà individuale, l'onore, la proprietà, ecc.), la cui tutela prescinde da un radicamento del fatto nell'ordinamento giuridico interno, e la cui tipicità non viene territorialmente ristretta mediante l'intervento di un atto o di una norma connessa di limitata efficacia spaziale. Sono queste, per vero, le uniche incriminazioni qualificabili in senso proprio come «delitti comuni» passibili di una realizzazione all'estero, e solamente con riferimento a questo genere di fattispecie incriminatrici può presentarsi il problema relativo d'interpretazione dell'elemento normativo nell'ipotesi di una loro applicazione extraterritoriale. Il che significa chiedersi se sia sempre necessario operarne una valutazione alla luce delle sole norme integratrici italiane o se possa essere seguita la disciplina di rinvio dettata dalla *lex loci*.

A ben vedere, dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza meno recente, è facile constatare come questo interrogativo non sia mai stato

Così, per esempio, può essere dato ormai per acquisito che il concetto penalistico di «possesso» risulti in molte fattispecie penali più ampio rispetto a quello offerto dalle norme civilistiche, perché più ampio è l'ambito di tutela sottinteso in questi casi dal legislatore penale rispetto alla prospettiva assunta dal legislatore civile nel delimitare il fenomeno possessorio: cfr. per tutti, P. NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, p. 62 ss.; C. PEDRAZZI, *Appropriazione indebita*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 833 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 41 ss.

⁽²⁸⁾ Per un tale giudizio di irrilevanza si veda, BGH, 26 luglio 1967, cit., p. 279.

⁽²⁹⁾ Sugli elementi normativi come sintesi di giudizi valutativi D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 266 ss.

⁽³⁰⁾ Sulle norme integrative come parametri d'applicazione della valutazione sottintesa dall'elemento normativo v., ancora, D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 267 ss.

vissuto in maniera particolarmente problematica ⁽³¹⁾. Una volta superate, infatti, le tesi più autarchiche che vedevano nel ricorso al diritto straniero quasi una lesione del principio di sovranità, se non addirittura un attentato alla stessa dignità nazionale ⁽³²⁾, la dottrina, non solo italiana ⁽³³⁾, si è assestata su una posizione di generale riconoscimento della funzione integratrice degli elementi normativi ad opera delle norme straniere. Una conclusione, questa, assolutamente giustificata, soprattutto se si pensa che le norme straniere trovano un riconoscimento espresso nell'ordinamento interno in forza del collegamento instaurato dalle disposizioni di diritto internazionale privato italiano. Ragion per cui la loro applicazione in funzione di integrazione degli elementi normativi non si differenzia di nulla rispetto a quella ottenuta per mezzo delle norme interne ⁽³⁴⁾.

Non vi dovrebbe essere quindi alcun dubbio che per accertare, ad esempio, l'altruità di una cosa nell'ipotesi di furto realizzato all'estero possa farsi riferimento alle norme che nell'ordinamento straniero disciplinano il diritto di proprietà ⁽³⁵⁾. O che debbano trovare applicazione le regole straniere sulla circolazione stradale, qualora si sottoponga a giudizio un cittadino italiano per avere cagionato all'estero un incidente automobilistico, a seguito del quale si sia verificata la morte di uomo ⁽³⁶⁾. Così facendo, infatti,

⁽³¹⁾ Per un'applicazione giurisprudenziale delle norme straniere richiamate dagli elementi normativi (anche se all'epoca la categoria degli elementi normativi non era stata ancora elaborata dalla dottrina) cfr., App. Firenze, 4 dicembre 1900, Molteni e altri, in *La giurisprudenza di diritto penale internazionale*, a cura di A. Rottola, Napoli, 1983, p. 189 ss.; Cass. 30, novembre 1903, Venturini, *ivi*, p. 245 ss.; App. Milano, 17 settembre 1914, Radaelli, *ivi*, p. 560 ss.

⁽³²⁾ In questi termini, K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 372.

⁽³³⁾ È infatti pacificamente riconosciuto dalla dottrina che anche norme straniere possono integrare gli elementi normativi della fattispecie penali nazionali: nella letteratura italiana cfr. G. LEONE, *op. cit.*, pp. 499 ss. e 630 ss.; S. RICCIO, *op. cit.*, p. 36 ss.; N. LEVI, *op. cit.*, p. 125 ss.; F. DEAN, *op. cit.*, pp. 105 ss. e 166 ss.; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVAM, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 175. Per la dottrina tedesca cfr., per tutti, H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 164. Va ricordato comunque che la dottrina e la giurisprudenza tedesche ammettono, da un lato, l'integrazione degli elementi normativi da parte di norme straniere, negando, d'altro canto, il concorso di norme straniere per il completamento delle fattispecie penali in bianco: cfr. BGH, 26 luglio 1967, *cit.*

⁽³⁴⁾ E concorde la dottrina sul fatto che la norma straniera richiamata operi sostanzialmente come norma interna in seguito al collegamento instaurato dalle disposizioni di diritto internazionale privato: cfr., per la dottrina antecedente alla riforma del diritto internazionale privato, operata dalla legge n. 218 del 31 maggio 1995, R. AGO, *op. cit.*, p. 107 ss.; e per quella successiva alla riforma, da ultimo, P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 137 s.

⁽³⁵⁾ Tali norme sono infatti assimilate a quelle italiane in forza dell'art. 51 della legge 218/1995, secondo cui «Il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili e immobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano».

⁽³⁶⁾ Lo impone oggi l'art. 62 della legge 218/1995, secondo cui «La responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento».

il giudice penale italiano non integrerebbe gli elementi normativi della fattispecie ricorrendo a regole giuridiche straniere, ma mediante una disciplina nazionale: posto che le disposizioni di *diritto internazionale privato* avrebbero l'effetto di tradurre all'interno del nostro ordinamento tutte le norme straniere che per scelta del nostro legislatore devono di volta in volta essere applicate ⁽³⁷⁾.

Senonché, il quadro si complica quando la fattispecie penale caratterizzata da elementi normativi si riferisce a una situazione concreta non coperta da norme di diritto internazionale privato, dimodoché non esisterebbe alcun meccanismo per attribuire valore giuridico interno alla disciplina straniera. Si faccia l'esempio di una condotta calunniosa commessa all'estero. Come si dovrebbe valutare la rilevanza penale del fatto ingiustamente addebitato? Sempre secondo la legge italiana, oppure alla stregua del diritto penale vigente nel luogo in cui la calunnia si è verificata? Manca qui un meccanismo di conversione in grado di tradurre nel nostro ordinamento le norme straniere che qualificano altrove il fatto come reato ⁽³⁸⁾. Si ripropone dunque, in questi casi, il problema relativo all'individuazione delle norme integratrici delle fattispecie ad applicazione extraterritoriale.

Ovviamente un tale interrogativo si pone in tutta la sua gravità ogni qual volta non vi sia omogeneità tra l'ordinamento straniero e quello interno relativamente alla liceità del singolo fatto; ogni qual volta, cioè, vi sia una totale divergenza nel giudizio di valore operato dai due legislatori, che potrebbe condurre a una rilevanza penale della fattispecie concreta esclusivamente secondo le norme straniere ⁽³⁹⁾, o viceversa a una sua rilevanza solo alla luce delle norme interne. Si tratta, com'è intuibile, di ipotesi di non frequente verifica; ma la loro scarsa incidenza statistica non aiuta certo a ridimensionare il problema.

E allora, limitandoci per il momento al caso in cui il fatto assuma rilevanza penale solo in seguito all'integrazione dell'elemento normativo da parte del diritto straniero, come deve comportarsi il giudice nazionale chiamato ad applicare extraterritorialmente la legge penale italiana?

⁽³⁷⁾ Questa conclusione è avvalorata oggi anche da alcune disposizioni di legge: si veda, al riguardo, l'art. 1 della legge 218/1995, quando prevede che «la presente legge pone i criteri per l'individuazione del *diritto applicabile* (...)». Esso si esprime quindi in modo tale da attribuire espressamente il rango di «diritto» alla normativa straniera che deve essere applicata dal giudice italiano: per questa osservazione F. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1997, p. 31.

⁽³⁸⁾ Non è possibile ritenere — a nostro avviso — che questa funzione possa essere assolta dall'art. 62 della legge 218/1995, il quale prevede che la «responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento». Manca, d'altronde, nella letteratura specialistica qualsiasi accenno alla possibilità che un simile effetto possa derivare dall'art. 62 l. cit.

⁽³⁹⁾ Si faccia l'esempio della falsa attribuzione di un fatto che costituisce reato secondo la legge penale straniera, ma non ai sensi di quelle italiana.

Prima di rispondere alla domanda, va precisato, a scanso di equivoci, che l'art. 368 c.p., cui si è fatto riferimento nell'esempio, descrive una fattispecie ad applicazione universale e non un reato a tipicità territorialmente limitata. In effetti, il delitto di calunnia ha ad oggetto non solo la tutela del corretto andamento dell'amministrazione giudiziaria, il che potrebbe far propendere per una rilevanza meramente interna del fatto di reato, ma pure l'onore ed eventualmente la libertà personale dell'individuo: vale a dire beni che assumono una rilevanza extranazionale, la cui tutela prescinde dal radicamento del fatto in un determinato ordinamento. Manca poi nella fattispecie sulla calunnia un atto connesso di validità territorialmente limitata che rifletta sulla norma penale la sua ridotta efficacia spaziale. Si pone dunque perfettamente il problema, nel caso di applicazione extraterritoriale di tale fattispecie, relativo all'individuazione delle norme integratrici degli elementi normativi: proprio perché la soluzione non può essere agevolata da disposizioni di diritto internazionale privato per mezzo delle quali recepire nel nostro ordinamento le norme straniere che qualificano il fatto ingiustamente attribuito come reato.

Ciò precisato, in relazione al problema in esame, potrebbero essere individuate due alternative soluzioni: l'una volta ad affermare e l'altra evidentemente a negare che le norme straniere siano in grado di integrare l'elemento nonnativo delle fattispecie penali passibili di applicazione extraterritoriale e non assistite da disposizioni di diritto internazionale privato che convertano le norme straniere in equivalenti norme interne.

Senonché, a ben riflettere, la tesi affermativa — volta a ritenere punibili secondo la legge penale italiana anche i fatti che risulterebbero tipici soltanto quando l'elemento normativo fosse integrato da norme straniere — appare sin da subito poco convincente. Questa tesi si dimostra infatti lacunosa per quanto riguarda il procedimento tecnico-giuridico attraverso cui si dovrebbe attribuire rilevanza interna alle norme straniere. E invero, il percorso logico seguito dalla dottrina per conferire un valore vincolante alle suddette norme è stato quello di attribuire loro un particolare effetto come «presupposti del reato» o come semplici «criteri di interpretazione» della norma penale: senza quindi il mantenimento della loro originaria natura normativa, ma mediante l'assunzione del loro «contenuto agiuridico»⁽⁴⁰⁾, o altrimenti detto del loro «significato logico»⁽⁴¹⁾, sufficiente a specificare il concetto normativo della fattispecie.

È questa tuttavia una concezione delle norme integratrici degli elementi normativi ormai superata dalla dottrina prevalente, dato che la loro riduzione a meri indici interpretativi finirebbe addirittura per misconoscere la stessa

(40) F. DEAN, *op. cit.*, p. 109 ss., *passim*.

(41) N. LEVI, *op. cit.*, p. 26 ss.

distinzione tra elementi normativi e descrittivi della fattispecie ⁽⁴²⁾. Non resta che riconoscere, allora, che le norme integratrici né si possono fondere col precetto penale, né si possono ridurre a elementi di fatto, ma va al contrario garantita loro l'originaria natura. Con la conseguenza che se non può essere mantenuto l'iniziale vigore normativo, per l'assenza nel nostro ordinamento di un meccanismo di riconoscimento interno (com'è appunto quello approntato dalle norme di diritto internazionale privato), non rimane altra possibilità che concludere per una loro esclusione dal novero delle norme idonee a integrare gli elementi normativi delle fattispecie nazionali ad applicazione universale.

Riassumendo: se l'elemento normativo è giuridico e la sua integrazione non è assistita da norme di diritto internazionale privato, non è ammissibile — vista la mancanza di un procedimento di conversione — né ridurre le norme straniere a meri indici culturali, perché così facendo si opererebbe una illegittima trasformazione dell'elemento normativo giuridico in uno culturale, né assumere queste norme straniere come semplici criteri interpretativi, poiché in questo modo si finirebbe per incorporare la categoria degli elementi normativi in quella degli elementi descrittivi. Ne deriva che il fatto accaduto all'estero sarà irrilevante per il diritto penale italiano ogni qual volta l'integrazione dell'elemento normativo delle fattispecie incriminatrici nazionali non possa avvenire in forza delle norme interne o tradotte all'interno del sistema dalle disposizioni di diritto internazionale privato.

6. - La divergenza, con riferimento alle norme integratrici, tra l'ordinamento interno e quello straniero si potrebbe tradurre, come si è visto, in una situazione inversa rispetto a quella finora considerata: derivante cioè dal fatto che la fattispecie concreta realizzata all'estero, e riconducibile a una norma interna d'applicazione extraterritoriale, potrebbe assumere rilevanza penale solo se interpretata alla luce delle norme italiane, e restare invece del tutto irrilevante qualora l'integrazione dell'elemento normativo awenga in forza delle norme straniere. Si pensi — come chiarimento — a un espianto di organi avvenuto all'estero su una persona di cui sia stata accertata la morte ai sensi della *lex loci*, che integrerebbe invece un'ipotesi di omicidio doloso secondo l'ordinamento italiano, per la presenza di una più rigorosa legislazione concernente l'accertamento dello stato di morte.

Com'è intuibile, l'individuazione della disciplina alla quale sottoporre questa tipologia di casi problematici dipende ora dalla risposta che si

(42) Sulla necessità logica di mantenere invece una tale distinzione cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1998, p. 133 s., nonché ampiamente G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, I, Lineamenti generali*, Napoli, 1965, p. 64 ss.; D. PULITANO, *op. cit.*, p. 219 ss.

intende offrire a un quesito più generale del tutto caratteristico del nostro sistema di diritto penale internazionale: e relativo alla necessità che la punizione dei reati commessi all'estero sia subordinata, per la legge italiana, alla loro incriminazione anche secondo l'ordinamento straniero in cui si sono verificati. E questo, infatti, un problema risolto esplicitamente nella maggior parte delle legislazioni straniere attraverso l'inserimento della cosiddetta clausola di doppia incriminazione, per mezzo della quale il legislatore stabilisce, di caso in caso, quando la punibilità del fatto commesso all'estero sia condizionata dalla sua rilevanza penale secondo la *lex loci*. Nel nostro sistema di diritto penale internazionale, invece, la clausola della doppia incriminazione, o altrimenti detta di reciprocità⁽⁴³⁾, è stata abbandonata sin dai tempi del codice Zanardelli, con la conseguenza che fin d'allora la dottrina si è impegnata nel tentativo di individuare una soluzione alternativa attraverso cui comporre il conflitto tra i differenti ordinamenti (quello interno e quello in cui il fatto si è verificato), allorché questi esprimano un differente giudizio di liceità in ordine alla medesima condotta, posto che appare quanto meno discutibile che il giudice italiano possa punire azioni magari perfettamente lecite secondo l'ordinamento statale in cui sono state realizzate.

Partendo da queste premesse, la maggior parte della dottrina ha affermato ugualmente l'esistenza, nel nostro sistema di diritto penale internazionale, di una clausola, evidentemente implicita, di doppia incriminazione, che condizionerebbe la punibilità dei delitti comuni commessi all'estero⁽⁴⁴⁾, soprattutto quando commessi dallo straniero⁽⁴⁵⁾. A tale conclusione si è pervenuti attraverso le uniche due strade di cui dispone l'interprete per colmare una ritenuta lacuna normativa: la prima ispirata da un procedimento per analogia

(43) Per una rassegna delle espressioni adoperate nella dottrina italiana e straniera per definire questa clausola cfr. B. ROMANO, *op. cit.*, p. 136 ss.

(44) Per la dottrina favorevole all'esistenza di una condizione implicita di reciprocità cfr. V. CAVALLO, *Diritto penale*, vol. I, Napoli, 1948, p. 266; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1947, p. 400; G.B. IMPALLOMENE, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1921, p. 213; N. LEVI, *op. cit.*, p. 145 ss.; G. MAGGIORE, *Delitto comune del cittadino all'estero*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. IV, Torino, 1938, p. 674; ID., *Delitto comune dello straniero all'estero*, *ivi*, p. 675; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, (a cura di P. Nuvolone, G. Pisapia), Torino, 1981, p. 485 s.; E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, p. 47 s.; T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 76 s.; L. PICOTTI, *La legge penale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. I, Torino, 1996, p. 193 s.; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Padova, 1956, p. 65; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 130; G. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, vol. I, Catania, 1946, p. 131; T. TREVES, *op. cit.*, p. 171 ss.; O. VANNINI, *Istituzioni di diritto penale*, Firenze, 1939, p. 61.

(45) Sostengono l'esistenza della clausola di doppia incriminazione solo con riferimento all'art. 10 c.p.: I. CARACCIOLI, *op. cit.*, p. 1028 ss.; M. GALLO, *La legge*, cit., p. 87; ID., *Appunti*, cit., p. 175; G. MARINI, *op. cit.*, p. 172.

legis; la seconda — e non poteva essere altrimenti — imperniata invece sull'*analogia iuris* ⁽⁴⁶⁾.

Attenendosi al primo genere di interpretazione, taluni autori hanno così ritenuto di estendere agli artt. 9 e 10 c.p. il requisito della doppia punibilità previsto invece espressamente per il procedimento di estradizione dall'art. 13 cpv. c.p. ⁽⁴⁷⁾. Ad avviso di questa dottrina, tale applicazione analogica sarebbe favorita, da un lato, dalla Relazione ministeriale al codice penale, la quale espressamente prevede che per l'applicazione degli artt. 9 e 10 c.p. «occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso» ⁽⁴⁸⁾; dall'altro lato, essa verrebbe avallata dal fatto che l'estradizione rappresenta il modo fisiologico attraverso cui pervenire alla punibilità dell'autore di un reato commesso all'estero, onde per cui sembrerebbe possibile estendere i requisiti del procedimento di estradizione alle disposizioni di diritto penale internazionale che ne rappresentano i presupposti ⁽⁴⁹⁾. Sempre a sostegno di questa tesi, si sottolinea infine che gli artt. 9 e 10 c.p. si riferiscono alla punibilità del «*delitto*» commesso all'estero, e non commetterebbe alcun delitto colui che, trovandosi in territorio straniero, vi compie un atto considerato lecito dall'ordinamento giuridico locale ⁽⁵⁰⁾.

A questo genere di argomentazioni la più recente dottrina ha mosso, tuttavia, diverse obiezioni. Si è osservato, anzitutto, che l'estensione analogica, agli artt. 9 e 10 c.p., della condizione di doppia incriminazione prevista dall'art. 13 c.p. non sarebbe ammissibile per l'assenza di quell'identità di *ratio* tra la disciplina dell'estradizione e quella dei delitti comuni commessi all'estero, che sola sarebbe in grado di suffragare un tale procedimento analogico ⁽⁵¹⁾. Mancherebbe poi, in secondo luogo, una vera e propria lacuna normativa da colmare attraverso l'analogia, posto che, da un lato, la «vicinanza topografica» tra la disciplina di cui agli artt. 9 e 10 c.p. e quella dell'estradizione deporrebbe a sfavore di una svista del legislatore ⁽⁵²⁾, facendo piuttosto pensare, dall'altro lato, che per ragioni di politica legislativa, ispirate da finalità repressive proprie del legislatore dell'epoca, non si sia voluto inserire una tale condizione nelle norme che disciplinano la validità della legge penale nello spazio ⁽⁵³⁾. D'altra parte, anche l'osservazione

⁽⁴⁶⁾ Per un'analisi di ciascuno di questi tentativi, cfr. I. CARACCIOLI, *op. cit.*, p. 986, *passim*.

⁽⁴⁷⁾ F. GRISPIGNI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁸⁾ G. SABATINI, *op. cit.*, p. 131; O. VANNINI, *op. cit.*, p. 61.

⁽⁴⁹⁾ V. CAVALLO, *op. cit.*, p. 266.

⁽⁵⁰⁾ V. MANZINI, *op. cit.*, p. 485.

⁽⁵¹⁾ I. CARACCIOLI, *op. cit.*, p. 1003.

⁽⁵²⁾ B. ROMANO, *op. cit.*, p. 139.

⁽⁵³⁾ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 932. Sulle concezioni ideologiche che hanno ispirato le attuali disposizioni italiane di diritto penale internazionale, cfr. A. DE MARSICO, *Principi informativi del diritto penale internazionale*, Bari, 1929, p. 4 ss., *passim*.

secondo cui l'extradizione rappresenterebbe il modo fisiologico attraverso il quale punire l'autore di un reato commesso all'estero appare del tutto inconferente in relazione al problema di cui ci stiamo occupando, poiché, com'è noto, la punizione non viene sempre preceduta, in questi casi, da un procedimento di estradizione, ma può essere invece originata dalla presenza spontanea dell'autore sul nostro territorio⁽⁵⁴⁾. Né pare decisivo, per sostenere l'esistenza di una condizione implicita di doppia incriminazione, il riferimento al termine «delitti» operato dagli artt. 9 e 10 c.p. In effetti, sembra più corretto ritenere che tali disposizioni, riferendosi ai «delitti» commessi all'estero, abbiano inteso richiamare il giudizio di illiceità penale operato dal legislatore italiano e non da quello straniero.

Critiche non meno stringenti sono state avanzate, peraltro, nei confronti degli ulteriori tentativi operati dalla più recente dottrina e volti a inferire dalla *ratio* politico-garantista che sta alla base del principio di legalità in materia penale l'esistenza negli artt. 9 e 10 c.p. di una condizione implicita di doppia incriminazione⁽⁵⁵⁾. Muovendo da questi presupposti, alcuni autori hanno sostenuto, infatti, che punire un soggetto per un fatto che non costituisce reato secondo la *lex loci*, contrasterebbe con «la funzione garantistica del principio di legalità»⁽⁵⁶⁾ e con la sua matura psicologica» tesa a fornire ai destinatari dei precetti penali precise regole di comportamento⁽⁵⁷⁾. Sicché l'unico modo per rendere compatibile l'applicazione extraterritoriale della legge penale con i principi generali che informano il sistema sarebbe quello di presumere l'esistenza negli artt. 9 e 10 c.p. di una condizione di doppia incriminazione.

Senonché, in relazione a questa tesi si è obiettato che, facendo leva sulla *ratio* di fondo del principio di legalità enunciato dall'art. 25 Cost., essa non terrebbe conto della circostanza che il suddetto principio riguarda solo il legislatore italiano, ragion per cui dovrebbe ritenersi soddisfatto quand'anche solo la legge italiana qualificasse come reato il fatto commesso all'estero⁽⁵⁸⁾. Il riferimento al principio di legalità in materia penale finirebbe, inoltre, per provare più di quanto vorrebbero gli stessi sostenitori, giacché la sua accettazione porterebbe ad avvalorare l'esistenza di una clausola implicita di doppia incriminazione non solo negli artt. 9 e 10 c.p., ma pure con

⁽⁵⁴⁾ I. CARACCIOLI, *op. cit.*, p. 1005 s.

⁽⁵⁵⁾ Questa è la strada seguita, per esempio, da I. CARACCIOLI, *op. cit.*, p. 1024 ss.; M. GALLO, *op. loc. ult. cit.*; G. MARINI, *op. loc. cit.*; T. PADOVANI, *op. loc. cit.*; L. PICOTTI, *op. loc. cit.*; M. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*; T. TREVES, *op. cit.*, 172.

⁽⁵⁶⁾ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 76 s.

⁽⁵⁷⁾ M. GALLO, *La legge*, cit., p. 87; I. CARACCIOLI, *op. cit.*, p. 1029; il quale ribadisce e specifica la propria impostazione in Id., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, p. 81 ss.; cfr. oggi anche Id., *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998, p. 151 s.

⁽⁵⁸⁾ Così, F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 932 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1998, p. 149 s.

riferimento ai reati riconducibili agli artt. 7 e 8 c.p. ⁽⁵⁹⁾, e persino in relazione ai reati commessi in un territorio non sottoposto ad alcuna potestà penale (per es. isole ancora sconosciute, banchi di ghiaccio galleggianti in mare internazionale, ecc.), ove, per definizione, non potrebbe mai essere soddisfatta la condizione di doppia incriminazione ⁽⁶⁰⁾. Infine, la tesi ora in esame risulta difficilmente accettabile in quanto si avvale di un procedimento logico, l'analogia *iuris* ⁽⁶¹⁾, il cui ricorso appare, se possibile, ancora più problematico in materia penale rispetto a quello, già molto discusso, dell'analogia *Zegis*: visto e considerato che unisce all'indeterminatezza intrinseca del metodo analogico un alto tasso di malleabilità. Lo conferma se non altro il fatto che la dottrina che se ne avvale per risolvere il problema di cui ci stiamo occupando è divisa tra coloro che rinvergono un'implicita condizione di reciprocità solo nell'art. 10 c.p. ⁽⁶²⁾, e coloro che invece ne sostengono l'esistenza in entrambi i casi di punibilità di un delitto comune commesso all'estero ⁽⁶³⁾.

Più vicina al vero appare allora quella posizione dottrinale secondo cui per la punibilità dei fatti commessi all'estero non sarebbe mai necessario che il fatto costituisca reato anche secondo la legge straniera semplicemente perché gli artt. 7-10 c.p. non prevedono in nessun caso tale condizione sostanziale ⁽⁶⁴⁾.

7. - Giunti a questo punto, v'è da chiedersi nondimeno se, negando l'esistenza negli artt. 9 e 10 c.p. di una condizione implicita di doppia

⁽⁵⁹⁾ F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 933.

⁽⁶⁰⁾ A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 150. Per la disciplina del reato commesso nelle c.d. *terrae nullius* cfr., nella nostra letteratura, N. LEVI, *op. cit.*, pp. 156 e 206 s., con indicazione di alcuni fatti concretamente verificatisi, nonché F. DEAN, *op. cit.*, p. 224 SS.

⁽⁶¹⁾ Ciò è asserito esplicitamente da I. CARACCIOLI, *L'incriminazione*, cit., p. 1028; ID., *L'esercizio*, cit., p. 82 s.

⁽⁶²⁾ I. CARACCIOLI, *op. loc. ult. cit.*; M. GALLO, *op. loc. ult. cit.*; G. MARINI *op. cit.*, p. 172.

⁽⁶³⁾ Su questi presupposti, sostengono l'esistenza di una clausola di doppia incriminazione, tanto nell'art. 10 c.p., quanto nell'art. 9 c.p., T. TREVES, *op. cit.*, p. 174; M. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*; T. PADOVANI, *op. loc. cit.*

⁽⁶⁴⁾ Si professano esplicitamente contrari all'esistenza di una clausola implicita di doppia incriminazione in tutte le ipotesi di applicazione extraterritoriale della legge penale italiana, G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova, 1949, p. 89; F. DEAN, *op. cit.*, p. 172, nt. 101-bis; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale coordinato* da E. Florian, vol. I, Milano, 1934, p. 248; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 932 s.; A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 149 s.; B. ROMANO, *op. cit.*, p. 145; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 422.

Dello stesso avviso è anche la giurisprudenza maggioritaria sin dalla fondamentale pronuncia: Cass. II, 7 novembre 1934, Di Lisi, in *Riv. pen.*, 1935 p. 1156, e in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1935 p. 424 ss. con nota di N. LEVI, In tema di reati commessi all'estero.

incriminazione, si dovrebbe inevitabilmente propendere per la punibilità secondo la legge penale italiana di tutti i fatti commessi all'estero, pur quando risultino perfettamente leciti secondo la legge vigente nel luogo in cui sono stati realizzati.

Si trascuri per un momento il fatto che probabilmente questi reati non verranno quasi mai perseguiti perché la maggior parte di essi ricade tra le ipotesi per cui è prevista la richiesta del Ministro di grazia e giustizia, e ragioni di opportunità fanno pensare che difficilmente potrà avverarsi una tale condizione. Il problema, infatti, prima che pratico è teorico: e consiste nello stabilire se possano ritenersi tipici per la legge italiana i fatti commessi all'estero che, sebbene riconducibili alle nostre norme incriminatrici, siano consentiti nell'ordinamento dello Stato straniero in cui sono stati realizzati.

Ebbene, questa discutibile conclusione può essere evitata, a nostro avviso, senza far leva sull'esistenza nel sistema italiano di diritto penale internazionale di un'implicita clausola di doppia incriminazione, posto che essa non rappresenta l'unico meccanismo attraverso cui restringere l'applicazione extraterritoriale delle nostre fattispecie incriminatrici. Rimane, infatti, ancora un'altra possibilità, che lo stesso legislatore per almeno una volta suggerisce ⁽⁶⁵⁾, e che sarebbe in grado di offrire risultati ben più soddisfacenti rispetto a quelli concessi dalla clausola di doppia incriminazione.

Ora, va da sé che il legislatore italiano, disciplinando i casi di extraterritorialità della legge penale, non ha esteso l'applicazione solo delle fattispecie incriminatrici, bensì di tutto il complesso sistema normativo che circonda la rilevanza penale di un fatto. Non soltanto, quindi, delle norme che pongono gli elementi positivi della tipicità, ma anche di quelle che delimitano in negativo l'area dell'illiceità penale (cioè a dire le norme scriminanti) ⁽⁶⁶⁾. Ciò è deducibile con chiarezza proprio dagli artt. 7-10 c.p., nei quali si è avuto sempre cura di precisare che la valutazione va operata «secondo la legge italiana» sottintendendo così «tutta la legge penale italiana», senza distinguere tra norme incriminatrici e non. È evidente, quindi, che anche l'esistenza di cause di giustificazione dovrà essere accertata nel processo che conduce all'accertamento di una responsabilità penale nei confronti di un soggetto che ha agito all'estero: se non altro perché un tale giudizio non può di certo essere operato diversamente da come si svolgerebbe un analogo accertamento nei confronti di coloro che hanno operato sul nostro territorio.

Se così è, si dovrebbe conseguentemente desumere che non sia possibile punire secondo la legge penale italiana il medico che pratici all'estero

⁽⁶⁵⁾ Si veda l'art. 242, comma, 2 c.p.

⁽⁶⁶⁾ Sulla natura penale delle fattispecie scriminanti cfr., per tutti, D. PULITANO, *op. cit.*, p. 191 ss.; *contra* G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1983, p. 1203 ss.

l'eutanasia, o il commerciante di particolari sostanze stupefacenti, ecc. quando tali condotte siano consentite nello Stato in cui i fatti si sono avverati, per la semplice ragione che, da un lato, questi soggetti esercitano un diritto o una facoltà riconosciuti loro dalla *lex loci*, e che, dall'altro lato, una tale posizione giuridica trova riconoscimento nel nostro sistema penale tramite l'applicazione extraterritoriale dell'art. 51 c.p. ⁽⁶⁷⁾.

Senonché, a questa tesi si è obiettato che non sarebbe mai possibile riconoscere efficacia scriminante, tramite l'art. 51 c.p., alle norme straniere da cui derivano facoltà, diritti e doveri, poiché altrimenti si finirebbe per esporre l'ordinamento giuridico interno a «esigenze che potrebbero anche risultare in netto contrasto con i fondamenti della nostra civiltà» ⁽⁶⁸⁾. Gli esempi dell'eutanasia, della bigamia, dell'aborto starebbero proprio a dimostrare la distanza che può intercorrere tra i principi cui si ispirano i diversi ordinamenti, e quale falla si aprirebbe nel sistema — sempre ad avviso di questa dottrina — qualora l'art. 51 c.p. fungesse da tramite tra la nostra e le altre culture giuridiche.

Ora, benché quest'osservazione metta a nudo un problema cruciale derivante dalla coesistenza conflittuale tra diversi ordinamenti giuridici, una coesistenza di cui proprio l'applicazione extraterritoriale della legge penale rappresenta il punto più problematico, non sembra che una tale impostazione possa essere seguita fino in fondo. E ciò perché, facendo perno sulla salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento, essa dà per scontato che la loro efficacia vincolante possa esplicarsi ovunque l'ordinamento stesso spinga l'applicazione delle proprie norme; mentre pare più corretto ritenere, in base a considerazioni d'ordine costituzionale, che la portata applicativa dei principi fondamentali non oltrepassi l'ambito territoriale in cui lo Stato esercita la propria sovranità ⁽⁶⁹⁾.

Il punto merita attenzione e qualche ulteriore precisazione.

Il problema del conflitto tra norme di diversi ordinamenti esige anzitutto di stabilire quale di essi abbia il dominio sul territorio nel quale si è verificato il fatto giuridico da disciplinare, posto che uno soltanto potrà ritenersi sovrano, e quindi generale, mentre l'altro potrà tutt'al più essere considerato

⁽⁶⁷⁾ Secondo la dottrina maggioritaria non si rinvencono ostacoli di sorta a che l'integrazione di questa causa di giustificazione sia operata in forza di norme appartenenti a un ordinamento straniero. In questo senso, per tutti, G. DELITALA, *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 568 s.; F. MANTOVANI, *Esercizio di un diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 660 ss.; ID., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 252 e 258; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 323.; A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, pp. 426 e 430.

⁽⁶⁸⁾ I. CARACCIOLI, *L'incriminazione*, cit., p. 1019; ID., *L'esercizio*, cit., p. 81.

⁽⁶⁹⁾ Sui rapporti tra territorio e sovranità v., da ultimo, U. LEANZA, *Il diritto degli spazi internazionali. Parte prima*, Torino, 1999, p. 7 ss., *passim*.

come un ordinamento minoritario, parziale, particolare⁽⁷⁰⁾. Ne deriva, dunque, che il conflitto tra una disposizione incriminatrice interna e una norma straniera (impositiva di un diritto o di una facoltà) si atteggia in maniera diversa a seconda del luogo in cui si è verificata la fattispecie concreta: a seconda, cioè, che il conflitto riguardi un fatto awenuto all'esterno o all'interno dell'ambito spaziale in cui si esercita la sovranità esclusiva di uno Stato. È ovvio, infatti, che solo il conflitto riguardante *situazioni interne* — qual è per esempio quello instaurato tra l'ordinamento statale e quello canonico⁽⁷¹⁾ — potrà porre un problema di tenuta dei principi inderogabili dell'ordinamento, perché solo in tal caso la sovranità esclusiva sarebbe esposta al pericolo di una limitazione, e perché solo in tal caso l'ordinamento sarebbe costretto a ritirarsi lasciando spazio a norme in contrasto con i principi che lo ispirano. Appare, dunque, condivisibile l'atteggiamento protezionistico assunto in queste occasioni dalla dottrina⁽⁷²⁾.

Del tutto diversa è invece la situazione che si verifica quando il conflitto tra una norma italiana e una straniera riguardi un fatto giuridico *esterno*, awenuto cioè *al di fuori* dell'ambito territoriale in cui si esprime l'esclusiva sovranità dello Stato italiano⁽⁷³⁾. A ben riflettere, infatti, sarebbe improprio invocare in questi casi ragioni di tenuta del sistema per misconoscere l'efficacia vincolante delle norme straniere. Così argomentando si trascurerebbe, per vero, che è il nostro ordinamento a compiere un atto, per così dire, invasivo. È, in effetti, il legislatore italiano che proiettando la propria legge penale sui fatti commessi all'estero si presta all'interferenza dei principi che ispirano gli altri sistemi normativi, e l'esposizione a culture giuridiche

(70) «Se due ordinamenti confliggono nello stesso ambito spaziale di validità, vuol dire che, mentre uno di essi è l'ordinamento generale che ha il dominio sul territorio, l'altro o gli altri sono quegli ordinamenti variamente denominati minori, derivati, parziali, particolari»: MODUGNO, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, p. 281. Non ci si riferisce evidentemente al conflitto tra ordinamenti che si instaura a seguito di un atto di invasione, per cui uno dei due possa qualificarsi come rivoluzionario e pretendere il dominio territoriale dell'altro: per questo differente tipo di conflitto cfr. sempre F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 279 ss. In ordine all'applicazione dell'art. 51 c.p. relativamente alle norme poste durante il periodo d'occupazione bellica, G. DELITALA, *op. cit.*, p. 569.

(71) Su questo tipo di conflitto, oltre a F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 282 ss., cfr., per quanto riguarda specificatamente gli aspetti penali, Trib. Firenze, 1 marzo 1958, Fiordelli e Aiazzi, in Riv. it. dir. proc. pen., 1958 p. 491 ss. con nota di M. GALLO; App. Firenze, 25 ottobre 1958, Fiordelli e Aiazzi, in Riv. it. dir. proc. pen., 1959 p. 194 ss. con nota, particolarmente approfondita, di P. BISCARETTI DI RUFFÀ

(72) Oltre a I. CARACCIOLI, *op. loc. ult. cit.*, si veda A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 426.

(73) In tal senso v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 252 il quale distingue l'efficacia scriminante del diritto straniero, riconoscendola se il fatto di reato si è verificato all'estero, negandola se il fatto è awenuto in Italia.

eventualmente antitetiche alla propria rappresenta solo la conseguenza ineludibile di questa scelta ⁽⁷⁴⁾.

8. – Il riferimento all'art. 51 c.p. quale strumento di composizione del conflitto tra ordinamenti offre, del resto, soluzioni molto più soddisfacenti rispetto agli innumerevoli inconvenienti derivanti, per contro, dal ricorso alla clausola della doppia incriminazione.

Il primo di tali vantaggi si apprezza agilmente sol che si presti attenzione al diverso meccanismo di operatività di questi due strumenti di composizione. La clausola di doppia incriminazione si fonda, infatti, sulla comparazione tra l'area di illiceità delineata da due diverse norme incriminatrici, con tutte le difficoltà interpretative che sempre pone una simile indagine ⁽⁷⁵⁾, soprattutto quando le incriminazioni siano caratterizzate da diverse condizioni di procedibilità, o su di esse incidano differenti cause di estinzione del reato o della pena ⁽⁷⁶⁾. L'art. 51 c.p. si presta, viceversa, a un'operazione interpretativa estremamente agevole, posto che il giudice non sarebbe tenuto a comparare alcunché, dovendo piuttosto limitarsi ad accertare se esista nell'ordinamento straniero una fonte normativa, impositiva di un diritto o di un dovere, in forza della quale il soggetto avrebbe agito. Una valutazione, questa, molto più semplice rispetto a quella precedentemente descritta, e che peraltro dal punto di vista tecnico non si discosta di nulla rispetto alla valutazione richiesta allo stesso giudice in relazione ai fatti commessi all'interno dello Stato.

La maggiore praticità dell'art. 51 c.p. in confronto alla clausola di doppia incriminazione si coglie, inoltre, anche per il diverso "tipo" di norme straniere che questi due meccanismi impongono di considerare. In effetti, per soddisfare la condizione di doppia incriminazione, il giudice nazionale dovrebbe

⁽⁷⁴⁾ A titolo esemplificativo, può dunque affermarsi che mai il principio della rieducazione della pena — indicato anche dalla giurisprudenza come uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento: Cass. VI, 21 settembre 1995, Di Maio, in C.E.D. n. 202728 — potrà ostacolare la rilevanza scriminante extraterritoriale delle norme straniere che dovessero attribuire a un giudice locale la possibilità di infliggere una pena capitale. Così come mai il principio della tutela della vita potrebbe escludere l'efficacia vincolante, e dunque giustificatrice, delle norme che in altri Stati autorizzano la pratica dell'eutanasia. Concordes su questo punto, F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 252 e 258.

⁽⁷⁵⁾ Sui vari aspetti problematici di questa comparazione cfr., per tutti, B. ROMANO, *op. cit.*, p. 135 ss.; G.A. DE FRANCESCO, Il concetto di «fatto» nella previsione *bilaterale* e nel principio del «*ne bis in idem*» in materia di estradizione, in *Indice pen.*, 1981, p. 623; P. PISA, *op. cit.*, p. 41 ss., *passim*, e nella dottrina tedesca, H.J. SCHOLTEN, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*, Freiburg i. Br., 1995.

⁽⁷⁶⁾ Per tutte queste problematiche, si veda P. PISA, *op. cit.*, p. 97 ss.; nonché, da ultimo, B. ROMANO, *op. cit.*, pp. 167 ss. e 172 ss.

verificare se il fatto risulti punibile anche secondo la *lex loci*, procedendo a un'interpretazione del diritto penale straniero così come verrebbe operata da un qualsiasi giudice di quell'ordinamento (c.d. teoria della rappresentanza). È questa, però, una valutazione di enorme complessità sia sotto l'aspetto pratico (si pensi per esempio alle difficoltà connesse alla reperibilità delle sentenze straniere in cui sia stata applicata la norma da interpretare), sia sotto quello teorico⁽⁷⁷⁾. Basti pensare — a titolo esemplificativo — che se la strage delle Fosse Ardeatine fosse stata giudicata in Germania, il giudice tedesco, per stabilire se il fatto fosse punito anche secondo la *lex loci*, così come prescrive il § 7, comma 2, n. 1, StGB, sarebbe stato chiamato a operare una valutazione talmente complessa (concernente cioè il bilanciamento di talune circostanze⁽⁷⁸⁾) da avere richiesto a tutt'oggi in Italia tre gradi di giudizio⁽⁷⁹⁾. Senonché, verrebbe da chiedersi, può seriamente esigersi che il giudice nazionale interpreti la legge penale straniera con la stessa sensibilità, con la tesa conoscenza delle tendenze giurisprudenziali che sono richieste al giudice dello Stato in cui il fatto si è verificato? Il carattere ovviamente retorico della domanda tende a evidenziare i vantaggi che anche sotto questo profilo conseguono nel raccordare i diversi sistemi nonnativi attraverso la scriminante dell'esercizio di un diritto. Muovendo da questa impostazione, infatti, il giudice nazionale sarebbe tenuto non a interpretare una legge penale diversa dalla propria, bensì ad accertare l'esistenza nell'ordinamento straniero di una nonna giuridica che autorizzava o imponeva al soggetto agente la realizzazione della condotta sussumibile nella fattispecie incriminatrice italiana. Una verifica, questa, nel corso della quale il giudice nazionale si potrebbe peraltro avvalere degli strumenti conoscitivi (uffici del Ministero di grazia e giustizia, esperti, istituzioni specializzate) che oggi, proprio a questi fini, l'art. 14, comma 1, della legge n. 2181/1995 mette a disposizione dei nostri organi giudiziari.

In terzo luogo, il ricorso all'art. 51 c.p. si traduce in una maggiore impermeabilità dell'ordinamento italiano alle scelte di politica legislativa compiute dal legislatore straniero. In effetti, seguendo il principio della doppia incriminazione, la legge penale nazionale risulterebbe applicabile all'estero solo se il fatto costituisse reato anche nell'ordinamento in cui è stato commesso, cosicché qualora il fatto fosse punito dalla *lex loci* a titolo di semplice illecito amministrativo, non vi sarebbe la possibilità di applicare

⁽⁷⁷⁾ Cfr., di recente, C. KARIN, *Leges in ossibus? Überlegungen zur doppelten Strafbarkeit einer Auslandstat*, in *Beiträge zum 60. Geburtstag von A. Eser*, Freiburg i. Br., 1995, p. 211 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. S. RIONDATO, *Fosse Ardeatine: ergastolo per Priebke e Hass*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1122 ss.

⁽⁷⁹⁾ Ricorre al «caso Priebke» per svelare le insidie connesse alla clausola di doppia incriminazione prevista dal legislatore tedesco, R. SCHMITZ, § 7 Nr. 2 StGB und das *Prinzip* der stellvertretenden *Strafrechtspflege*, in *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 632 ss.

alcun tipo di sanzione: né quella penale perché non sarebbe soddisfatta la condizione di doppia incriminazione; né quella amministrativa perché il fatto non sarebbe previsto come illecito amministrativo dalla legge interna ⁽⁸⁰⁾. Una tale forma di condizionamento evidentemente non si verifica quando il conflitto tra ordinamenti viene risolto attraverso l'art. 51 c.p. Il giudice nazionale — merita ripetere — sarebbe chiamato a valutare soltanto l'esistenza, secondo la *lex loci*, di un diritto, di una facoltà o di un dovere di agire. E nell'ipotesi in cui la suddetta indagine dia esito negativo, poco importa che il fatto costituisca un semplice illecito amministrativo e non un reato per l'ordinamento in cui esso si è avverato. Ciò che conta sarebbe soltanto la sua rilevanza penale per la legge nazionale, la quale rimarrebbe dunque impermeabile alle scelte di politica legislativa compiute dal legislatore straniero nel prediligere la sanzione amministrativa piuttosto che quella penale.

Un altro vantaggio dell'art. 51 c.p. si coglie, in ultima analisi, verificandole soluzioni che esso offre nelle ipotesi di fatti realizzati solo in parte nel territorio interno e oggetto nei due ordinamenti di antitetiche valutazioni: si pensi, per esempio, a un traffico di marijuana intercorso tra l'Italia e uno Stato ove questa sostanza può essere liberamente commercializzata. Per la soluzione di questi casi problematici, i sistemi imperniati sulla condizione di doppia incriminazione hanno offerto per il momento le risposte meno appaganti. Alcuni infatti (è il caso dell'ordinamento spagnolo e francese) sono carenti di una qualsiasi disciplina specifica: sicché l'interprete si trova nel dubbio se far prevalere la mancanza di una doppia incriminazione, che porterebbe alla non applicazione della pena, con conseguente sacrificio dell'effettività della legge penale nazionale in relazione alla parte del fatto commessa nel territorio dello Stato; oppure se applicare la legge penale interna al fatto complessivamente considerato, sacrificando però quelle istanze che hanno ispirato la clausola di doppia incriminazione per salvaguardare coloro che hanno agito all'estero nel rispetto della *l* e *loci*. In altri ordinamenti (come quello tedesco) si è previsto, invece, che il fatto realizzato solo in parte in uno Stato straniero in cui esso è considerato lecito debba ugualmente sottostare alla legge penale interna (§9, comma 2, StGB). Ma così facendo, oltre ad aggravare — come si è detto sopra — la posizione di chi ha agito all'estero conformemente alla *lex loci*, si è finito per ideare una disciplina

⁽⁸⁰⁾ È proprio per sottrarsi a questo tipo di condizionamento che la giurisprudenza tedesca tende a volte a scardinare la condizione della doppia incriminazione, ritenendola integrata — ma in modo del tutto opportunistico — anche quando il fatto costituisca un semplice illecito amministrativo secondo l'ordinamento in cui esso si è avverato. Si veda, in questo senso, BGH, 15 dicembre 1955, in NJW, 1955 p. 517 ss., nella quale la corte pervenne a un giudizio di condanna per il reato di guida senza patente avvenuta all'estero, ancorché nell'ordinamento in cui si verificò il fatto, esso costituisse all'epoca un semplice illecito amministrativo.

dagli esiti irragionevoli ⁽⁸¹⁾. Basti pensare che, nell'ordinamento tedesco, si dovrebbe giungere all'attribuzione di una responsabilità penale, per concorso in bigamia, a carico del cittadino tedesco che, durante un rapporto epistolare con un amico arabo, abbia convinto quest'ultimo della opportunità di contrarre un secondo matrimonio a lui pienamente consentito.

La soluzione di questi casi appare invece più ragionevole se si segue l'art. 51 c.p., il quale — occorre ribadire — può essere integrato da norme straniere solo quando ci si trovi a giudicare comportamenti tenuti *all'estero*. Sulla base di questa norma, dunque, si dovrebbe ritenere sempre scriminato il soggetto che ha agito in un ordinamento ove la propria condotta sia considerata lecita. Mentre tale causa di giustificazione non potrebbe penetrare *ex art.* 119, comma 2, c.p. all'interno del territorio italiano, rappresentando quest'ultimo, come si è detto, un limite invalicabile per l'efficacia scriminante di una norma straniera. Il soggetto che ha agito in Italia dovrebbe dunque rispondere solo per il fatto da egli commesso nel nostro territorio, e solo se la sua condotta abbia, di per sé, rilevanza penale. Sarebbe quindi punibile il cittadino italiano che ha procurato marijuana a chi poteva legittimamente venderla all'estero, poiché il semplice procurare ad altri sostanze stupefacenti costituisce un fatto penalmente rilevante per la legge italiana (art. 73 d.P.R. 309/1990). Viceversa, non può essere punito il cittadino italiano che, durante una corrispondenza epistolare, abbia indotto l'amico arabo a contrarre un secondo matrimonio a lui consentito dalla *lex loci*. La parte del fatto realizzata in Italia non integra infatti, in quest'ultima ipotesi, alcuna fattispecie di reato, mancando i presupposti dell'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.) per carenza del suo carattere pubblico, e per l'impossibilità di considerare come reato un fatto scriminato anche dal nostro ordinamento com'è quello della celebrazione all'estero di un secondo matrimonio da parte di un soggetto cui la *lex loci* attribuisce questa possibilità.

ABSTRACT

The application of Italian penal law to crimes committed outside of the State's territory brings about a completely exceptional which conflicts with regulations. Therefore, the idea of applying the penal law outside the territory must be limited interpretively, reserving it to the protection of universally recognized goods. On the other hand, the discipline applicable to the crime committed abroad must be identified each time antithetical legal evaluations expressed by Italian or local regulations are centred on it.

⁽⁸¹⁾ Va peraltro ricordato che il legislatore tedesco, introducendo questa norma, si è di fatto uniformato a un'antecedente e costante tendenza giurisprudenziale: cfr. sul punto H.H. JESCHECK, T.WEIGEND, *op. cit.*, p. 179.

L'applicazione della legge penale italiana ai fatti di reato commessi al di fuori del territorio dello Stato comporta una situazione del tutto eccezionale di conflitto tra ordinamenti. È necessario quindi limitare in via interpretativa le ipotesi di applicazione extraterritoriale della legge penale, riservandole alla tutela di beni universalmente riconosciuti. D'altro canto, occorre individuare la disciplina applicabile al fatto di reato commesso all'estero ogni qual volta convergano su di esso antitetiche valutazioni di liceità espresse dall'ordinamento italiano e da quello locale.

DARIO MICHELETTI

LA REGOLA CAUTELARE NELLA BANCAROTTA SEMPLICE PATRIMONIALE

Una verifica dei criteri di delimitazione della tipicità colposa

SOMMARIO: 1. La distinzione tra «rischio d'impresa» e «rischiopenale» dell'imprenditore nella c.d. bancarotta semplice patrimoniale. — 2. La natura colposa della bancarotta semplice patrimoniale. — 3. L'applicazione giurisprudenziale dell'art. 217, comma 1, l. f. — 4. I presupposti del giudizio di prevedibilità come criterio di individuazione della regola cautelare nella colpa generica. — 5. I limiti delle valutazioni predittive secondo le moderne dottrine economiche. — 6. Le insufficienze dell'agente modello come «punto di vista» del giudizio di prevedibilità. — 7. L'evanescenza del rischio consentito nella ricostruzione della tipicità colposa in mancanza di precise regole di diligenza. — 8. I requisiti della regola cautelare quale fulcro della tipicità colposa. — 9. Gli usi cautelari come unici riferimenti per il radicamento della colpa generica. — 10. Le obiezioni alla consuetudine quale fondamento della tipicità nella colpa generica. In particolare, il ritenuto sacrificio delle istanze di difesa sociale. — 11. Le ricadute processuali del riferimento agli usi cautelari per l'accertamento della colpa generica. — 12. Gli influssi delle scienze economiche nel procedimento di individuazione giudiziale dell'uso gestionale, con particolare riferimento all'aspetto organizzativo. — 13. La responsabilità penale dell'imprenditore per le scelte di politica aziendale. Le *legis artis* della strategia d'impresa. — 14. Cenni sulla gravità della colpa nell'art. 217, comma 1, l. f.

1. - L'esistenza di una percepibile situazione di pericolo per il bene tutelato dalla fattispecie costituisce il presupposto minimo di ogni imputazione colpevole ⁽¹⁾. Un problema di delimitazione dell'illecito penale si presenta, pertanto, ogni qual volta l'incriminazione riguardi lo svolgimento di un'attività di per sé stessa pericolosa eppure consentita dall'ordinamento ⁽²⁾. Occorre evitare, infat-

⁽¹⁾ Per tutti, recentemente, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 173 s.

⁽²⁾ Su questo tema v. già, nello specifico, S. PIACENZA, *Riflessi penalistici della colpa nell'esercizio lecito di attività pericolose*, in *Giust. pen.*, II, c. 433 ss.

ti, che quel rischio intrinseco, malgrado il quale l'attività non viene proibita, non si traduca automaticamente in un preludio di responsabilità penale, incombente sul soggetto agente come un vero e proprio «rischio sociale»⁽³⁾. Ciò vale, a ben riflettere, per qualsiasi tipo di attività, posto che nessun agire lecito è esente da un sia pur minimo fattore di rischio⁽⁴⁾. Ma la possibilità di questa commistione è ancora più tangibile con riferimento alle attività nelle quali il rischio diviene addirittura un tratto caratterizzante. È il caso, per esempio, dell'attività d'impresa, il cui esercizio comporta istituzionalmente l'assunzione di un rischio⁽⁵⁾ — definibile come «la sopportazione di tutti gli oneri inerenti all'organizzazione dell'impresa e all'assunzione consapevole delle alee favorevoli e sfavorevoli inerenti all'attività esercitata»⁽⁶⁾ — alla verifica del quale è riconnessa l'operatività di numerose fattispecie incriminatrici⁽⁷⁾.

Il riferimento va, in particolare, all'art. 217, comma 1, l.f., che sanziona, fra l'altro, le temerarie operazioni economiche attuate dall'imprenditore prima del fallimento, assolvendo così il compito di delineare, nell'ambito della libertà d'impresa riconosciuta dall'art. 41 Cost., un modello di gestione aziendale di per sé stesso illecito⁽⁸⁾. In relazione a questa fattispecie, dunque, appare quanto mai problematica l'individuazione di una precisa soglia di intervento penale⁽⁹⁾: anzitutto perché tanto la fattispecie incriminatrice

(3) In relazione a una tale eventualità v. F. SGUBBI, Il reato come *rischio* sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'*illegalità* penale, Bologna, 1990, p. 8, che si sofferma anche sulle relazioni tra rischio d'impresa e responsabilità penale: *ivi*, p. 64.

(4) Per un tale riconoscimento v., fra gli altri, G. MARINUCCI, La colpa per inosservanza di leggi, Milano, 1965, p. 210; W. FRISCH, Vorsatz und Risiko, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, p. 138; V. MILITELLO, Rischio e responsabilità penale, Milano, 1988, p. 104.

(5) Definisce il rischio d'impresa come un rischio «istituzionale» S. PROSDOCIMI, Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali, Milano, 1993, p. 97.

(6) G. FERRI, Manuale di diritto commerciale, Torino, 1989, p. 36.

(7) Sulle connessioni tra rischio d'impresa e rischio penale v., con varietà di accenti, F. BRICOLA, Responsabilità *penale* per il tipo e per il modo di produzione, in *Questione criminale*, 1978, p. 101 ss.; *Id.*, Lo statuto dell'*impresa: profili* penali e costituzionali, in *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p. 84 ss.; S. PROSDOCIMI, Peculato per distrazione e rischio d'impresa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 846 ss.; D. PULITANÒ, Organizzazione dell'*impresa* e diritto penale del lavoro, in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, p. 3 ss.; G.M. FLICK, Sul diritto penale dell'*impresa*, in *AA.VV.*, Beni e tecniche di tutela penale, Milano, 1987, p. 189 ss.; L. CONTI, I rischi penali degli operatori d'impresa, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 75 ss.; C. PIERGALLINI, Attività produttive e imputazione per *colpa: prove* tecniche di «diritto penale del *rischio*», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1473 ss.; S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 258 ss.

(8) Riconosce nell'art. 217 l.f. l'unica norma che consente al giudice un sindacato sui criteri di gestione aziendale, A. DI AMATO, in *AA.VV.*, Trattato di diritto penale dell'*impresa*, diretto da A. Di Amato, vol. I, I principi generali, Padova, 1990, p. 6, nt. 12.

(9) Cfr. in relazione a una tale problematica G. IZZO, L'art. 217, n. 2 della legge fallimentare, in *AA.VV.*, *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p. 217 ss.

quanto l'esercizio dell'attività d'impresa muovono da una medesima situazione di rischio, estrinsecantesi nella messa a repentaglio della garanzia dei creditori⁽¹⁰⁾. In secondo luogo perché è forte la tentazione di intravedere *ex post* nel fallimento dell'impresa, che sempre condiziona la punibilità dei fatti di bancarotta, la prova *in re ipsa* di quella colpevole gestione aziendale che l'art. 217 l.f. provvede a incriminare⁽¹¹⁾.

Per scongiurare quest'epilogo, per evitare cioè questa automatica trasfigurazione del rischio d'impresa in un rischio penale dell'imprenditore, il legislatore offre all'interprete un unico strumento di delimitazione, deducibile dalla funzione assunta sul piano della tipicità dal criterio d'imputazione soggettiva⁽¹²⁾. Esangue è, infatti, la descrizione delle condotte di bancarotta semplice patrimoniale proposta dal legislatore: espressioni quali «operazioni manifestamente imprudenti» (art. 217, n. 2, l.f.) o «di grave imprudenza» (art. 217, n. 3, l.f.) o le altre ipotesi di «grave colpa» dell'imprenditore (art. 217, n. 4, l.f.) appaiono in effetti insufficienti per condurre l'interprete a una precisa delimitazione della tipicità penale. Di certo, il precetto lascia trasparire l'«aspett finalistico» delle condotte incriminate⁽¹³⁾, potendosi stabilire che i fatti tipici ineriscono al momento del consumo della ricchezza (n. 1) e a quello della sua produzione (n. 2), ovvero che sono stati realizzati per ritardare il fallimento (n. 3) o hanno finito per aggravare il dissesto (n. 4). Ma le disposizioni non esplicitano, se non con le laconiche formule già citate,

(10) Per l'individuazione del diritto dei creditori quale bene giuridico della bancarotta, cfr., con ampi richiami della dottrina concorde, S. PROSDOCIMI, Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta *prefallimentare*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1999, p. 131 ss. spec. 138, che si muove nel solco della linea interpretativa già tracciata da G. DELITALA, L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta, ora in Id., Diritto penale. Raccolta degli scritti, Milano, 1976, II, p. 835 ss. Per una diversa ricostruzione del bene giuridico tutelato dai reati di bancarotta v., di recente, P. MANGANO, L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta, Padova, 1998, p. 7 ss.; Id., Impresa e bene giuridico nei reati fallimentari, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1994, p. 415 ss.

(11) Sottolinea il pericolo di questa commistione L. CHIARAVIGLIO, Le responsabilità penali nelle aziende, Milano, 1983, p. 628.

(12) Sulla tendenza, ormai prevalente pure nella dottrina italiana, di riconoscere al dolo e alla colpa anche una funzione sul piano della tipicità, attribuendo ai criteri d'imputazione soggettiva il compito di ritagliare già sul versante oggettivo le condotte tipiche cfr., fra gli altri, C. FIORE, Diritto penale. Parte generale, vol. I, Torino, 1993, p. 136; G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 1995, p. 182 s.; M. ROMANO, *Commentario* sistematico del codice penale, vol. I, Milano, 1995, p. 426; A. PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, Milano, 1996, p. 271; M. DONINI, Teoria del reato. *Una* introduzione, Padova, 1996, p. 84 ss. Nella dottrina tedesca, ove è pressoché unanime questa impostazione, v. per tutti H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 194 ss.

(13) *Amplius*, sull'aspetto finalistico delle condotte di bancarotta semplice patrimoniale, C. PEDRAZZI, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare - art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995, p. 150 ss.

quale tipo di comportamento sia concretamente vietato. Questo compito è affidato interamente al criterio d'imputazione: l'unico elemento di giudizio che, riverberandosi sul versante oggettivo, consente all'interprete di delimitare la condotta tipica altrimenti descrivibile solo in termini naturalistico-causali. Evidenti sono dunque le ragioni che inducono a verificare la capacità del criterio d'imputazione prescelto ad assolvere a questa funzione descrittiva; il che offrirà anche l'occasione per constatare — più in generale — quale modello logico-dogmatico di interpretazione dell'elemento soggettivo consenta di tradurre al meglio tale attitudine tipizzante, onde assicurare la necessaria determinatezza dell'illecito.

2. — Va detto subito che il panorama della letteratura relativa all'individuazione dell'elemento soggettivo nella bancarotta semplice risulta, anche solo a un'analisi superficiale, talmente variegato e autorevole da scoraggiare ogni ulteriore approfondimento. D'altro canto, non sembra neppure opportuno dilungarsi in una mera opera di sintesi. Merita ricordare, piuttosto, solo la tesi che continua a riscuotere maggiori consensi sia in dottrina che in giurisprudenza, per poi soffermarci su una particolare interpretazione dottrinale, che si caratterizza per essere agli antipodi dell'orientamento consolidato.

Ebbene, in sintonia con la tesi predominante già nella letteratura precedente alla legge fallimentare⁽¹⁴⁾, oggi si ritiene, pressoché unanimemente, che la bancarotta semplice patrimoniale sia un reato perseguibile «a titolo di colpa»⁽¹⁵⁾ oppure «anche a titolo di colpa»⁽¹⁶⁾, almeno con riferimento alle ipotesi di cui ai nn. 2 e 4, che meglio delle altre ricomprendono le ipotesi di responsabilità penale dell'imprenditore per una irregolare

(14) Cfr. F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale, Lucca, 1874, VII, p. 168 che intitolò eloquentemente il § 3482 del Programma: «Bancarotta colposa». Analogamente L. CANFORA, *Il reato di bancarotta*, Napoli, 1887, p. 50; A. STOPPATO, *La bancarotta semplice e l'ultimo decreto di amnistia*, in *Temi*, 1901, p. 221; S. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930, p. 162. *Contra* solo A. NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Verona, 1901, p. 357.

(15) G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, p. 595; U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, p. 242; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. Nuvolone, G.D. Pisapia, vol. I, Torino, 1981, p. 795; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, p. 881; E. PROTETTI, *Sull'elemento soggettivo del delitto di bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 510; S. PROSDOCIMI, *op. ult. cit.*, p. 138; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2668; G.M. ROSSI, *Note in tema di elemento soggettivo nel delitto di bancarotta semplice*, in *Temi romana*, 1984, p. 285; R. ROVELLI, *Disciplina penale dell'impresa*, Milano, 1953, p. 18.

(16) G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Padova, 1935, p. 63; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, Milano, 1995, p. 104 s.; C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 142 ss. (va precisato, tuttavia, che quest'ultimo autore considera esclusivamente colposa l'ipotesi di cui al n. 4: *ivi*, p. 149).

gestione dell'impresa (17). Questa convinzione dipende, com'è noto, oltre che da un'esplicita indicazione dei lavori parlamentari (18), dalla tradizionale contrapposizione tra bancarotta fraudolenta (ritenuta sempre dolosa) e bancarotta semplice; nonché da un'analisi letterale delle disposizioni di cui all'art. 217, comma 1, l.f., nelle quali è dato sempre rinvenire, esplicitamente o meno, il riferimento a un'imputazione per colpa (19).

In quest'ampio panorama dottrinale, si distingue peraltro una inconsueta interpretazione — per il momento isolata — in base alla quale tutte le ipotesi di cui all'art. 217 l.f. sarebbero punibili solo a titolo di dolo eventuale (20). Le locuzioni tradizionalmente considerate quali indici sintomatici della colpa (come operazioni di «grave imprudenza» et similia) avrebbero infatti quale unico scopo quello di caratterizzare in chiave oggettiva le condotte vietate, senza per questo condizionare l'individuazione del titolo d'imputazione (21). Ciò varrebbe non solo per le disposizioni di cui ai primi tre numeri dell'art. 217 l.f., ma pure con riferimento al termine «colpa» incluso nel n. 4 (22). Anche in tal caso, infatti, il sintagma andrebbe interpretato non come sintomo di appartenenza psicologica del fatto al soggetto agente, ma in senso comune e predogmatico (23), vale a dire come comportamento incauto posto

(17) F. ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 141; A. BERTOZZI, *L'elemento soggettivo della bancarotta semplice*, in Riv. pen., 1976, p. 218; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, p. 170, nt. 53; M. CODAGNONE, *Bancarotta semplice: dolo o colpa?*, in Giust. pen., 1970, II, c. 594 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 264; M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1995, p. 408 ss.; P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1987, p. 70; E. MEZZASALMA, *L'elemento soggettivo del delitto di bancarotta semplice*, Milano, 1970, p. 91; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 78; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, p. 90; M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 209; G. SELLAROLI, *Considerazioni su l'elemento psicologico del delitto di bancarotta semplice*, in Giust. pen., 1961, II, c. 781.

(18) Per un chiaro riferimento alla natura colposa della bancarotta semplice, cfr. Relazione al Re sul R.D. 16 marzo 1942, n. 267, § 52.

(19) Sulla possibilità di desumere anche implicitamente il carattere colposo di un delitto cfr., per tutti, M. GALLO, *Colpa* penale (dir. vig.), in Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960, p. 625, nt. 3; F. MANTOVANI, *Colpa*, in Dig. disc. pen., vol. II, Torino, 1988, p. 300, il quale prospetta, a titolo esemplificativo, proprio il caso della bancarotta semplice.

(20) Così G. FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in Giur. comm., 1988, I, p. 650 ss., spec. 672 ss.

(21) I prodromi di questa interpretazione si ritrovano già in F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 107, secondo cui nell'art. 217 nn. 2 e 3 l.f. il riferimento all'imprudenza è servito solo al legislatore per «caratterizzare obiettivamente le azioni vietate».

(22) Così G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 703. Diversamente F. ANTOLISEI, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale la disposizione di cui al n. 4 dell'art. 217 l.f. avrebbe l'effetto di incriminare qualsiasi condotta colposa che abbia aggravato il dissesto, anche se riconducibile alle ipotesi di cui ai nn. 1-3, singolarmente considerate dallo stesso autore come fattispecie punibili a titolo di dolo.

(23) È noto, per vero, che tra i significati del termine «colpa» nel linguaggio comune si include anche quello di «causa da cui derivano effetti non buoni»: G. FORTI,

in essere da un soggetto cui sono da attribuire determinate conseguenze negative ⁽²⁴⁾.

Al di là della persuasività di una simile esegesi, ciò che preme ora sottolineare è la ratio di fondo che sembra animare una lettura della bancarotta semplice quale reato punito esclusivamente a titolo di dolo eventuale. A nostro avviso, infatti, una tale imputazione dipenderebbe, più che dalla incontrovertibile univocità del dispositivo, dalla sfiducia dell'interprete nell'attitudine tipizzante dell'imputazione colposa, e dunque dalla ritenuta inidoneità della colpa generica a precisare il limite dell'intervento penale in un settore dell'agire umano caratterizzato anche nella sua dimensione lecita da un alto coefficiente di rischio ⁽²⁵⁾. In altre parole, ritenendo arduo distinguere un'eventuale grave imprudenza economica dell'imprenditore tra le scelte che giornalmente questi è tenuto a effettuare, il riferimento al dolo eventuale avrebbe l'effetto di alzare la soglia del penalmente rilevante, portando così in emersione quelle scelte economiche «irresponsabili» ⁽²⁶⁾, «grossolanamente errate. ⁽²⁷⁾ o «dissennate anche agli occhi del profano» ⁽²⁸⁾, che per la maggior parte degli interpreti integrerebbero le varie ipotesi di bancarotta semplice patrimoniale, e che rimarrebbero altrimenti confuse con lo stesso rischio d'impresa qualora la loro individuazione fosse affidata ai tradizionali criteri di accertamento della colpa. Un'interpretazione scetticistica, dunque, che rafforza ulteriormente l'opportunità di una verifica della propensione tipizzante della colpa generica in ordine all'incriminazione delle temerarie scelte gestionali, e, più in generale, l'attitudine della colpa a delimitare «la responsabilità penale dal caso» ⁽²⁹⁾.

3. – Nell'ambito di una tale indagine, un'attenzione privilegiata dovrebbero meritare, a ben riflettere, le decisioni della giurisprudenza in materia di

Colpa ed evento nel diritto penale, Milano, 1990, p. 107, nt. 107. In ordine all'influenza della concezione predogmatica della colpa sulla sua elaborazione giuridica, U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990, p. 15 ss.; e in relazione all'etimologia del termine colpa, cfr. A.G. CONTE, *Radici della colpa*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1544 ss.

⁽²⁴⁾ G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 692 ss.

⁽²⁵⁾ Un simile atteggiamento di sfiducia, pur senza essere compiutamente esplicitato, è tangibile nell'opera di Fornasari: cfr. in particolare le riserve avanzate dall'autore in relazione alle fattispecie di bancarotta semplice previste, quali reati indubbiamente colposi, dal legislatore tedesco e spagnolo: *Id.*, *op. cit.*, p. 694 ss.

⁽²⁶⁾ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 159.

⁽²⁷⁾ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 158.

⁽²⁸⁾ E questa, forse, l'espressione più diffusa in dottrina: per tutti, M. PUNZO, *op. cit.*, p. 203; A. ANTONIONI, *op. cit.*, p. 137.

⁽²⁹⁾ Si tratta, del resto, di una delle più risalenti preoccupazioni della dottrina sulla colpa: così, H. MANNHEIM, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Breslau, 1912, p. 1.

bancarotta semplice patrimoniale. Verrebbe da pensare, infatti, che solo un'analisi puntuale dell'applicazione concreta dell'art. 217, comma 1, c.p. potrebbe offrire i riscontri per un bilancio relativo alle potenzialità definitorie di questa incriminazione. Sorprende, nondimeno, a oltre cinquant'anni dall'entrata in vigore della legge fallimentare, la penuria di decisioni (almeno edite) sull'argomento: soprattutto se le si confronta con l'ingente numero di sentenze relative alla bancarotta fraudolenta, e se si considera, altresì, che le offese colpose sono, laddove penalmente punite, statisticamente molto più frequenti rispetto a quelle dolose⁽³⁰⁾. Questa penuria diviene, però, vera e propria ristrettezza se si va oltre il tenore dei pochi dispositivi nei quali è enunciata la natura colposa della bancarotta semplice patrimoniale. Il più delle volte, infatti, si scopre come i giudici si siano limitati a richiamare quest'asserto al solo scopo di traslare un tale tipo di imputazione nelle ipotesi di bancarotta semplice documentale (art. 217, comma 2, l.f.). Si è spesso sostenuto, invero, che poiché «la bancarotta semplice è in tutte le ipotesi previste dall'art. 217 l.f. un reato colposo, per la punibilità della omessa o irregolare tenuta delle scritture contabili non occorre un'indagine sul dolo, essendo sufficiente la colpa»⁽³¹⁾. Tali decisioni, però, oltre a essere discutibili per le loro premesse teoriche⁽³²⁾, sono del tutto prive di una verifica empirico-giuridica concernente la praticabilità della scelta operata dal legislatore in relazione a questocanone di imputazione. E comprensibile dunque la ragione per cui esse non offrano, ai nostri fini, alcun utile spunto di riflessione.

Di scarso valore speculativo sono, inoltre, le poche sentenze relative alla punibilità a titolo di colpa delle iniziative economiche assunte dall'imprenditore al di fuori della propria attività professionale. Si pensi, per esempio, agli investimenti di borsa, ricondotti in almeno due casi fra le operazioni manifestamente imprudenti di cui al n. 2 dell'art. 217 l.f.⁽³³⁾; alle spese

⁽³⁰⁾ Muove proprio da questa considerazione, relativa all'«asimmetria quantitativa tra le sentenze in materia di bancarotta semplice patrimoniale e bancarotta fraudolenta patrimoniale», l'indagine condotta da U. GIULIANI-BALESTRINO, *La colpa dell'imprenditore nella bancarotta semplice patrimoniale, nell'evoluzione del reato colposo*, in *Dir. ec.*, 1990, II, p. 603 ss.

⁽³¹⁾ Fra le altre, Cass. V, 12.6.1984, Picchi, in *Riv. pen.*, 1985, p. 216; Cass. III, 21.10.1958, Fraboli, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 509. Per un'ulteriore indicazione di questa giurisprudenza cfr. G. CASAROLI, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 879; M. LA MONICA, *Natura colposa del reato di bancarotta?*, in *Fallimento*, 1996, p. 777 ss.

⁽³²⁾ Da sempre critica è la dottrina in relazione all'operazione di ortopedia interpretativa compiuta dalla giurisprudenza in queste sentenze: cfr. per tutti T. VINCI, *Brevi appunti sull'elemento soggettivo del delitto di bancarotta semplice in relazione al principio di legalità*, in *Temi romana*, 1961, II, p. 199 ss.

⁽³³⁾ Trib. Milano, 24.10.1970, Rizzieri, in *Arch. resp. civ.*, 1972, p. 175; Trib. Imperia, 7.12.1965, Barabino, in *Giur. it.*, 1966, II, c. 125 ss. con ampia nota redazionale di L. CONTI. In relazione ai rapporti tra bancarotta semplice e operazioni di borsa cfr., altresì, A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 124.

eccessive dell'imprenditore, che ci si preoccupa soprattutto di distinguere dalla condotta di dissipazione di cui all'art. 216 l.f. ⁽³⁴⁾; e alla omessa richiesta del proprio fallimento, che quasi mai ha trovato applicazione ⁽³⁵⁾. In tutte queste decisioni, infatti, al riconoscimento della natura colposa della fattispecie incriminatrice, sorretto dalle stesse argomentazioni d'ordine storico ed esegetico avanzate dalla dottrina, non segue la necessaria precisazione del significato positivo del divieto penale. La giurisprudenza si limita cioè a stabilire che il reato di cui all'art. 217, comma 1, l.f. è un delitto colposo, e che le condotte oggetto di giudizio devono ritenersi supportate da un tale elemento psicologico. Non si esplicita, invece, quale fosse il comportamento che l'agente avrebbe dovuto tenere per non incorrere nella sanzione: alla incriminazione della condotta non corrisponde, insomma, alcun tentativo di delimitazione dell'area del lecito in cui avrebbe dovuto muoversi il soggetto agente per non rispondere penalmente ⁽³⁶⁾.

Le uniche sentenze che effettivamente possono tornare utili alla nostra indagine sono, pertanto, solo quelle in cui i giudici hanno sentito il bisogno di spingersi oltre queste scontate formule di responsabilità, tentando di argomentare, quand'anche solo in punto di fatto, alcune decisioni probabilmente più complesse ⁽³⁷⁾. In un certo senso, questa giurisprudenza ha segnato una svolta anche per quei giudizi che noi abbiamo indicato nei gruppi precedenti. Tant'è che, di recente, in luogo di massime stereotipate quali: «la bancarotta semplice è un reato colposo», è facile incontrarne altre in cui si asserisce, più correttamente, che «ai fini della responsabilità dell'art. 217 l.f. la colpa va intesa come violazione del dovere di diligenza, al quale è tenuto — per gli aspetti organizzativi di natura sia tecnica che amministrativa — colui che

⁽³⁴⁾ Fra le altre, Cass. V, 18.9.1971, Bruno, in Mass. Cass. pen., 1971, p. 1416; Cass. V, 9.6.1967, Marchetti, in Mass. Cass. pen., 1967, p. 695. Va annoverata fra questa giurisprudenza anche Cass. V, 23.11.1981, Alecce, in Fallimento, 1982, p. 1181, benché l'acquisto di una costosa autovettura da parte dell'imprenditore sia stato qualificato nell'occasione non quale spesa eccessiva — come sarebbe stato corretto — bensì quale operazione manifestamente imprudente. Cfr., da ultimo, sulla distinzione tra dissipazione e spese eccessive, S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 271.

⁽³⁵⁾ Per una delle sue rare applicazioni, cfr. App. Torino, 6.7.1962, Ferrero e Fenoglio, in *Giur. it.*, 1963, II, c. 21.

⁽³⁶⁾ Una tale mancanza è peraltro riscontrabile anche nelle sentenze di assoluzione: cfr., per esempio, Trib. Rimini, 29.12.1972, Bussadori, in *Dir. Fall.*, II, p. 1122 ss., che non chiarisce perché la costruzione di un nuovo capannone — un'operazione questa che aveva minato la solidità economica dell'impresa — non costituisca un comportamento imprudente: i giudici si sono limitati a osservare che tale operazione non esulava dall'ordinario rischio d'impresa posto che se fosse stato diversamente ciò non sarebbe sfuggito ai tecnici che accordarono all'imprenditore un finanziamento pubblico per la realizzazione dello stabilimento: *ivi*, p. 1126.

⁽³⁷⁾ Fra le decisioni senza dubbio più analitiche in materia di bancarotta semplice patrimoniale, v. Trib. Milano, 9.1.1970, Riva, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 528 ss.

pretende di esercitare professionalmente attività di impresa di qualsiasi tipo e natura, che deve essere svolta secondo le *regole più comuni di conduzione economica*»⁽³⁸⁾.

Quasi mai, però, all'enunciazione di questo principio — di per sé ineccepibile — ha fatto seguito una consona individuazione dell'area di rilevanza penale. Un esempio significativo di questa incapacità è dato dall'interpretazione giurisprudenziale delle «operazioni manifestamente imprudenti» (art. 217, n. 2, l.f.), racchiusa nella formula, ormai inveterata, secondo la quale sarebbero tali quelle operazioni «in cui il successo dipende in tutto o in parte dall'alea, oppure quelle intraprese in modo avventato e tale da rendere palese a prima vista che il rischio affrontato non era proporzionato alle possibilità di successo»⁽³⁹⁾. A ben riflettere, infatti, se ne esaminiamo il suo concreto significato, questa formula risulta per un verso vuota e per l'altro inappropriata. Vuota, perché il successo di un'operazione economica dipende sempre, almeno in parte, da un'alea: se con alea ovviamente si intende quel margine di imponderabilità non calcolabile *ex ante* dagli operatori economici⁽⁴⁰⁾. Inappropriata, perché descrivendo la manifesta imprudenza attraverso un concetto di «rischio a prima vista non proporzionato» si finisce per delineare con i tratti del dolo eventuale ciò che, stante il disposto legislativo, dovrebbe rimanere solo colpa, seppur grave⁽⁴¹⁾. Da questa angolazione, infatti, non esisterebbe più alcuna differenza tra il tipo di imputazione colposa individuata dai giudici e quella suggerita dalla dottrina che colloca coerentemente nel suo alveo più appropriato (owerosia il «dolo eventuale») questo «rischio a prima vista avventato»⁽⁴²⁾, e in sostanza — come si suol dire — accettato dall'agente⁽⁴³⁾.

⁽³⁸⁾ Cass. V, 12.10.1989, Bertelli, in *Riv. pen.*, 1990, p. 682.

⁽³⁹⁾ Perfettamente identiche, almeno per quanto concerne la massima: Cass. V, 14.1.1976, Bazzano, in *Giust. pen.*, 1976, II, c. 426; Cass. V, 18.9.1971, Lonardi, in *Mass. Cass. pen.*, 1971, p. 1414; e nella parte finale della massima, Cass. V, 25.6.1968, Spina, in *Mass. Cass. pen.*, 1968, p. 938.

⁽⁴⁰⁾ V. sul punto, con specifico riferimento all'alea dell'imprenditore, S. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., p. 97.

⁽⁴¹⁾ Cfr., ancora, S. PROSDOCIMI, *op. ult. cit.*, p. 75 ss., il quale rileva come i «contegni dolosi che si pongono sull'incerto confine con l'area della 'normalità' sociale e giuridica — in rapporto ai quali l'individuazione del rischio lecito diventa, pertanto di essenziale importanza — è facile che non giungano mai all'onore delle cronache giudiziarie; o che, allorquando vi giungono, essi vengono addebitati a titolo di colpa e non di dolo»: *ivi*, p. 96.

⁽⁴²⁾ Così di recente S. CANESTRARI, *op. cit.*, pp. 155 s., 158, 162, *passim*, il quale descrive la tipicità oggettiva del dolo eventuale come la presenza di un rischio la cui assunzione non può essere seriamente presa in considerazione da qualsiasi osservatore esterno: un ruolo, questo, che *ex post* dovrebbe essere interpretato dal giudice.

⁽⁴³⁾ Così, G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 691 ss.

La conferma di un equivoco tra tipicità dolosa e colposa in relazione all'art. 217 l.f. ci è offerta, del resto, proprio dalla stessa giurisprudenza, la quale è giunta apertamente a contraddirsi, seppure a distanza di tempo, nel solo caso che ci è dato conoscere in cui un'analogia condotta *lato sensu* aziendale è stata oggetto di giudizio in due differenti occasioni. E invero, in entrambi i processi, dall'analisi della fattispecie concreta era emerso un «traffico illecito di carburanti»: ma in un caso i giudici di merito ritennero che questa attività, quale oggetto dell'esercizio d'impresa e «per gli ovvi rischi inerenti», dovesse integrare un'operazione di *grave imprudenza* ⁽⁴⁴⁾; mentre nella seconda decisione, gli amministratori della società fallita furono ritenuti responsabili, sempre in relazione al medesimo tipo di condotta, per aver compiuto *operazioni dolose* idonee a cagionare il fallimento della società ⁽⁴⁵⁾. Le differenti soluzioni sotto il profilo della tipicità soggettiva sono esemplari: lo stesso rischio, tanto grave da dover risultare a prima vista a un osservatore esterno, è in un caso formalmente collocato nella colpa, mentre nell'altro caso esso viene calamitato verso quell'evidenza del pericolo che costituisce, in sostanza, l'afflato vitale del dolo eventuale.

D'altra parte, anche i tentativi di rendere più limpida una così grave responsabilità colposa facendo leva su pseudo-regole di condotta sono naufragati, il più delle volte, in *petitio principii* privi di un'effettiva consistenza; specie ove si consideri che questo genere di responsabilità sussisterebbe, secondo le espressioni della giurisprudenza, per non aver osservato «leggi e regolamenti che impongono precetti o norme di condotta diretti a eccitare la oculatezza e la rettitudine dell'imprenditore» ⁽⁴⁶⁾. Senonché, la responsabilità dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 217 l.f., non assume, come noto, la forma della colpa specifica, non esistendo, in verità, quel mansionario della corretta gestione aziendale al quale le sentenze alludono ⁽⁴⁷⁾. Ne deriva, dunque, che l'unica possibilità di mantenere operativa questa imputazione colposa, senza trasformarla in un «letto di Procuste» ⁽⁴⁸⁾ cui l'imprenditore sarebbe costretto da un indiscriminato dovere di diligenza, è connessa all'individuazione di precise regole cautelari c.d. generiche, con funzione di spartiacque tra l'agire lecito e quello penalmente sanzionato ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁾ Trib. Udine, 15.3.1960, Mingozzi, in Corti Brescia, Venezia e Trieste, 1960, p. 420.

⁽⁴⁵⁾ Cass. V, 24.6.1992, Chiabotti, in Riv. pen. ec., 1993, p. 351.

⁽⁴⁶⁾ E questa una formula concepita dalla giurisprudenza più remota — cfr. Cass. III, 16.1.1950, Maggioni, in Giust. pen., 1950, II, c. 548 — e poi acriticamente recepita da quella successiva: v., per esempio, Cass. III, 27.1.1960, Di Domenico, in Giust. pen., 1960, II, c. 523.

⁽⁴⁷⁾ Sulla carenza di norme cautelari formalizzate nella bancarotta semplice patrimoniale, v. U. GIULIANI-BALESTRINO, *op. cit.*, p. 604 s.

⁽⁴⁸⁾ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 137.

⁽⁴⁹⁾ Tutta la dottrina è oggi infatti concorde nell'affermare che nella colpa «l'esistenzastessa della fattispecie oggettiva dipende dall'accertamento che una regola di diligenza è stata violata»: C. FIORE, *op. cit.*, p. 245.

Si converrà, pertanto, sull'opportunità di un'analisi relativa al loro accertamento, onde verificare quale criterio teorico di individuazione della regola di diligenza offra le maggiori garanzie in termini di tipizzazione.

4. — Com'è noto, la regola cautelare nella colpa generica viene individuata o, per meglio dire, ricostruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie — anche in materia di bancarotta semplice patrimoniale — attraverso il criterio della prevedibilità⁽⁵⁰⁾. E benché questo criterio rappresenti il concetto amniotico da cui ha preso vita tutta la teoria della colpa, talmente diversi sono stati gli adattamenti logici ai quali è stato sottoposto⁽⁵¹⁾, da apparire improponibile ogni tentativo volto a riassumere le diverse posizioni. Ciò nondimeno, occorre fissare alcuni elementi minimi e comuni, se non altro al fine di predisporre una formula di riferimento da valutare nel prosieguo dell'indagine.

Senza alcuna pretesa di esaustività, quindi, va detto che l'impostazione tradizionale prende le mosse da un *dovere di riconoscere* la possibile verificazione di eventi lesivi, incombente sul soggetto agente per la semplice presenza di una norma penale sanzionante le aggressioni colpose a un determinato bene giuridico⁽⁵²⁾. Un tale dovere si attiverebbe però, concretamente, solo in presenza di elementi idonei a fungere da «monito» per il soggetto, avvertendolo in qualche modo delle potenzialità di danno insite nella condotta che questi si accinge a compiere⁽⁵³⁾. A questo punto, l'agente non dovrebbe far altro che attingere a quelle risorse che da sempre offrono una guida nella vita di tutti i giorni, operando con logica induttiva un giudizio predittivo circa la possibilità di verificazione di un fatto sulla base della scienza empirica di cui egli in quel momento dispone⁽⁵⁴⁾. Sulla scorta di questa indagine, si sarebbe così in grado di stabilire se astenersi o meno dalla condotta preventivata, e quali cautele adottare, nel caso in cui si scegliesse di compierla, onde evitare la verificazione del fatto offensivo. La regola cautelare determinabile secondo questo procedimento servirebbe quindi per fondare la tipicità colposa, e sarebbe facilmente individuabile dallo stesso

⁽⁵⁰⁾ Pur senza modificare la struttura di questo criterio diagnostico, taluni autori sostituiscono il termine prevedibilità con quello di rappresentabilità, ritenuto più idoneo a descrivere un obbligo di previsione avente ad oggetto non solo i fatti futuri, ma anche quelli concomitanti e preesistenti: così M. GALLO, *op. cit.*, p. 638, nt. 38; analogamente G. FORTI, *op. cit.*, p. 185, nt. 88.

⁽⁵¹⁾ Definisce «la storia della colpa come storia degli adattamenti del canone della prevedibilità» G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 174.

⁽⁵²⁾ In questo senso, specialmente, G. FORTI, *op. cit.*, p. 219 ss.; e in relazione al ruolo che questo dovere di previsione assume nella ricostruzione della tipicità colposa, cfr. *ivi*, pp. 226 e 365 s.

⁽⁵³⁾ Letteralmente G. FORTI, *op. cit.*, p. 217.

⁽⁵⁴⁾ G. FORTI, *op. cit.*, p. 215.

giudice attraverso il medesimo giudizio imposto al soggetto agente ⁽⁵⁵⁾. Ponendosi perciò in una prospettiva *ex ante*, il giudice dovrebbe essere in grado di operare una valutazione di prevedibilità del fatto, sfruttando gli stessi elementi fattuali che si presentavano all'agente e le stesse conoscenze da lui possedute in quel momento ⁽⁵⁶⁾. Qualorapoi da quest'indagine dovesse emergere un modello comportamentale cautelare che l'agente non ha osservato, ciò significherebbe che l'autore del fatto sussumibile nella fattispecie astratta si è posto contro la diligenza doverosa.

Orbene, al di là della completezza di una simile descrizione, ciò che appare evidente è che il ricorso alla prevedibilità, quale criterio di determinazione della tipicità colposa, si fonda implicitamente su due presupposti essenziali. Il primo è la *corrispondenza* tra il risultato della prognosi postuma operata dal giudice, da un lato, e il potenziale risultato del giudizio *prognostico* che l'autore del fatto avrebbe saputo operare, dall'altro. Solo garantendo, infatti, che il giudice confezionerà la stessa regola comportamentale che anche l'agente avrebbe saputo individuare può essere assicurato che il precetto colposo attraversi il corso del processo senza che il suo spettro applicativo subisca alcuna manipolazione. Diversamente, lasciando anche la minima possibilità di scarto, si finirebbe per ammettere che l'interprete ha la possibilità di completare autonomamente la fattispecie colposa lasciata aperta dal legislatore ⁽⁵⁷⁾, gettando così le basi per una sorta di formazione giudiziale della colpa, contrastante sia con il principio di legalità che con quello di colpevolezza.

Il secondo presupposto della prevedibilità quale criterio di accertamento della regola cautelare consiste nel fatto che, pur dovendosi assecondare una tale corrispondenza, al giudice deve essere consentito sfruttare, per il proprio giudizio predittivo, «qualcosa di più» rispetto a quanto ha utilizzato il soggetto agente per preordinare il proprio comportamento. Altrimenti si finirebbe per cadere, come si suol dire, in un relativismo assolutorio, stabilendo in altri termini che se il soggetto agente non ha saputo prevedere la verifica del fatto, tenendo conto di quella determinata base ontologica e nomologica, ciò significa che una tale verifica non era prevedibile

⁽⁵⁵⁾ Amplius, G. FORTI, *op. cit.*, p. 233 s.

⁽⁵⁶⁾ Si parla a questo proposito di «base ontologica» e «nomologica» della prevedibilità oppure di *Anlaß*: cfr. G. FORTI, *op. cit.*, p. 218 s., il quale ritiene che nel concetto di *Anlaß* andrebbero ricondotte anche le conoscenze superiori dell'agente: *ivi*, pp. 261 e 267 ss.

⁽⁵⁷⁾ La natura di «fattispecie aperta» del reato colposo è ormai riconosciuta dalla totalità della dottrina: cfr., per tutti, H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, p. 14 s.; F. BRICOLA, Recensione a C. ROXIN, *Offene Tatbestände und rechtspflichtmerkmale*, in *Boll. Ist. dir. proc. pen. Pavia*, 1961-1962, p. 275 ss.; G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 5; G. FORTI, *op. cit.*, pp. 136 s., 145, *passim*; U. PIOLETTI, *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo*. Linee di una analisi *dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 549; C. FIORE, *op. cit.*, p. 245.

e pertanto non è a lui ascrivibile⁽⁵⁸⁾. Per garantire il funzionamento del meccanismo, occorre quindi che il giudice abbia la possibilità di valorizzare alcuni elementi oggettivi o alcuni percorsi nomologici che, pur presentandosi all'agente, questi non ha saputo sfruttare. Senza questo differenziale, una responsabilità colposa non si potrebbe mai accertare, sostanziandosi essa, secondo la costante dottrina, in un rimprovero mosso all'agente per la sua difettosa previsione.

Senza eccedere in semplicismo, quindi, è lecito affermare che la ricostruzione del reato colposo sulla base del criterio della prevedibilità ruota attorno al raggiungimento del delicato equilibrio tra queste due condizioni: consentire al giudice di allontanarsi dal procedimento deliberativo concretamente attuato dall'agente al fine di non cadere in un relativismo assoluto, garantendo però, nel contempo, che il criterio di individuazione della regola di diligenza corrisponda a una valutazione che si poteva pretendere dall'autore, impedendo così al giudice di riferirsi a parametri indeterminati o troppo elevati, e in ogni caso forieri di una responsabilità oggettiva.

5. - Senonché, il dubbio che possa essere raggiunto un simile equilibrio, almeno nell'accertamento della responsabilità dell'imprenditore ai sensi dell'art. 217 l.f., appare quanto mai fondato alla luce delle conclusioni cui è giunta la moderna dottrina economica relativa all'individuazione delle corrette forme di gestione aziendale.

A dire il vero, un teorico dell'organizzazione aziendale di inizio secolo, complice il dominante clima positivista, avrebbe probabilmente assunto lo stesso modello d'indagine suggerito dall'attuale dottrina sulla colpa. Nella scuola classica del pensiero economico era diffusa infatti la convinzione che fosse sempre possibile codificare, seguendo un procedimento predittivo, le diverse regole del management, e ciò in ragione del carattere sostanzialmente razionale, o quanto meno razionalizzabile, dell'ambiente economico; il tutto letto in un'ottica di «soluzione universale», giusta la quale dato un determinato problema teorico esisterebbe sempre — secondo una sorta di logica causale — un'unica soluzione da ricercare e perseguire⁽⁵⁹⁾. L'approccio al modello gestionale mutò tuttavia radicalmente quando, verso la metà del secolo, iniziò a incrinarsi il presupposto sul quale le teorie neoclassiche avevano costruito la nozione di «massima efficienza produttiva»: quando cioè venne messa in discussione la premessa di fondo secondo cui l'ambiente

⁽⁵⁸⁾ Per questa ormai consolidata osservazione cfr., per tutti, G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 183; V. DE FRANCESCO, Sulla misura soggettiva della colpa, in *Studi Urb.*, 1977-1978, p. 292 ss.; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 307.

⁽⁵⁹⁾ Le discipline manageriali, fin dalla loro origine taylorista, prospettavano infatti la possibilità di un'ottimizzazione della gestione aziendale (si parlava all'epoca di *one best way*): v. sul punto B. DI BERNARDO, E. RULLANI, *Il management e le macchine: teoria evolutiva dell'impresa*, Bologna, 1990, p. 20 ss.

economico rappresenta un sistema le cui evoluzioni sono sempre teoricamente prevedibili mediante un'analisi di tutti i fattori di partenza ⁽⁶⁰⁾. Il punto merita particolare attenzione, poiché le riserve avanzate da questa dottrina esprimono perfettamente, a nostro avviso, anche le aporie, frutto dal razionalismo, su cui si è sviluppato nella teoria della colpa il criterio della prevedibilità come canone di individuazione della regola cautelare.

Anzitutto, alla base delle moderne dottrine gestionali v'è la convinzione che ciascuna decisione attinente al comportamento da tenere non possa mai basarsi sulla conoscenza di tutti i fattori che ne condizionano la validità ⁽⁶¹⁾. Una tale conclusione può essere sintetizzata nella formula — ormai divenuta un principio della c.d. «teoria della razionalità limitata» ⁽⁶²⁾ — secondo cui «la ricerca dei fattori che condizionano la validità di una scelta termina quando il costo marginale dell'ulteriore informazione in grado di incrementarne la correttezza eguaglia il beneficio marginale atteso dalla stessa». Come dire, per esempio, che qualora si intenda acquistare un qualunque oggetto, non ci si può illudere di poter comperare il migliore esemplare disponibile sul mercato, in quanto non si riuscirebbe certo a visitare — e non sarebbe neppure *conveniente* che si visitasse — tutti gli esercizi ove esso è venduto. La ricerca dei «fattori di giudizio» terminerà quando la fatica e il costo di una nuova indagine (c.d. costo marginale) eguaglia il miglior rapporto qualità/prezzo (c.d. beneficio marginale), che in relazione all'acquisto di quell'oggetto si potrebbe trovare in un altro negozio.

L'esempio, pur nella sua semplicità, è espressivo di una verità assoluta, ma apparentemente trascurata dai teorici della prevedibilità, che condiziona non solo l'agire economico, ma tutti i settori dell'attività umana: ovvero che esisterà sempre un *deficit* di conoscenza, incombente su ciascuno di noi, ogni qual volta è chiamato a elaborare un procedimento deliberativo. Eppure, se la nostra scelta fosse valutata a posteriori secondo una rigida logica predittiva, ci vedremmo addossare anche la mancata conoscenza dei fattori di giudizio che non conoscevamo e non era conveniente conoscere: e ciò sulla base della semplice constatazione che *ex post* essi appaiono acquisibili dal soggetto deliberante. Così, per tornare all'esempio di cui sopra, se dovessimo valutare l'opportunità dell'acquisto secondo una prognosi postuma, potremmo giungere a una valutazione di rimprovero qualora un esercizio non visitato dal compratore, ma a lui accessibile, avesse offerto un oggetto dalle caratteristi-

⁽⁶⁰⁾ Il superamento delle teorie dell'*one best way* in favore di politiche gestionali volte alla ricerca di soluzioni soltanto soddisfacenti è dovuta soprattutto agli studi del premio Nobel H.A. Simon: *amplius* circa l'influenza del pensiero di quest'autore sullo sviluppo della scienza gestionale F. FILIPPINI, Introduzione a H.A. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, p. 9 ss.

⁽⁶¹⁾ In relazione ai limiti delle scelte comportamentali economiche, H.A. SIMON, *Un modello comportamentale di scelta razionale*, in Id., *Causalità*, cit., p. 119 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. H.A. SIMON, *Le teorie della razionalità limitata*, in Id., *Causalità*, cit., p. 257 ss.

che analoghe a quello acquistato a un prezzo inferiore rispetto a quello pagato. Una tale valutazione, però, non terrebbe conto del fattore «casualità», vale a dire non riuscirebbe a scontare il fatto che l'acquirente dopo avere visitato un certo numero di negozi, fra cui casualmente non era incluso quello più vantaggioso, non aveva più convenienza a proseguire le ricerche.

Comunque sia, quand'anche il soggetto agente disponesse *ex ante* di tutti gli elementi di giudizio indispensabili, *mai* potrebbe individuare, se non in sistemi estremamente semplici, la migliore scelta comportamentale seguendo una logica predittiva ⁽⁶³⁾. Questa impossibilità dipende, oltre che dalla complessità dei fenomeni con cui la condotta preventivata dovrà poi interagire, dall'incapacità della mente umana di cogliere tutte le possibili combinazioni che l'incontro di queste condizioni può generare ⁽⁶⁴⁾. Quasi sempre, infatti, si presenta all'agente prima della propria azione un «albero delle possibilità» molto ampio, delineabile sulla base del reticolo delle alternative prevedibili; ma queste stesse variabili finiscono per offuscarsi quando la valutazione di tipo predittivo viene effettuata a posteriori. Il giudice, *fingendo* di trovarsi nel momento antecedente all'azione, non è in grado di «pensare» tutte le alternative possibili e l'incidenza probabilistica che queste hanno assunto sul processo deliberativo dell'agente. Egli sarà fatalmente condizionato dall'unico e ben delineato tracciato causa-effetto che si è di fatto verificato: tant'è che proprio sulle cause che l'hanno generato finirà per concentrare la propria valutazione predittiva. Eppure, la prevedibilità di quasi tutti gli eventi — economiche non — risulta più marcata dopo la loro verifica. Anzi, l'analisi successiva delle loro cause lascia quasi sorpresi del fatto che anche i più esperti operatori non li abbiano saputi anticipare: ma tale evidenza è soltanto il frutto di un'ingannevole *prospettiva a posteriori*, della differente conformazione che assume il rischio prima e dopo il suo verificarsi.

La convinzione dei teorici della prevedibilità, secondo cui il giudice assumendo una prospettiva *ex ante* riuscirebbe ad assumere esattamente il ruolo dell'agente, distanziandosi da esso ma conservando nel contempo la medesima prospettiva, costituisce pertanto un insidioso inganno logico ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ I limiti gnoseologici sono stati a lungo analizzati dagli studiosi matematici delle teorie dei giochi, a cui sovente si riferisce la dottrina economica per spiegare i vincoli fisici delle logiche strategiche: cfr., ad es., H.A. SIMON, *Le teorie*, cit., p. 262 ss.; B. DI BERNARDO, E. RULLANI, *op. cit.*, p. 78 ss.

⁽⁶⁴⁾ Ancora H.A. SIMON, *Le teorie*, cit., p. 260 ss.

⁽⁶⁵⁾ «Le assunzioni della razionalità perfetta — scrive H.A. Simon a proposito dei modelli logici assimilabili a quelli cui si ispira la teoria della prevedibilità nella colpa — sono contrarie ai fatti. Non è un problema di approssimazione: esse non descrivono neanche lontanamente i processi utilizzati dagli esseri umani per prendere decisioni in situazioni complesse»: H.A. SIMON, *La formazione razionale delle decisioni*, in *Id.*, *Causalità*, cit., p. 316. Per un approccio epistemologico al problema, sempre nel campo economico, v. *amplius* G.G. GRANGER, *Les trois aspects de la rationalité économique*, in *AA.VV.*, *Forme di razionalità pratica*, Milano, 1992, p. 63 ss.

Ciò dipende anzitutto dalla circostanza che il giudice ha disposizione una base ontologica più ampia, potendo prendere in esame anche i fattori conoscitivi che il soggetto agente non ha convenientemente conosciuto, ma che avrebbe potuto conoscere. E in secondo luogo dal fatto che il giudice concentra le proprie conoscenze nomologiche solo per stabilire la prevedibilità di un'unica sequenza causale (quella che si è avverata), mentre il giudizio predittivo dell'agente abbracciava una moltitudine di sentieri alternativi che, sebbene possibili, non si sono poi concretizzati. In questa essenziale differenza strutturale tra la prognosi postuma e il giudizio predittivo puro si annida, a nostro avviso, il pericolo di una confusione nella responsabilità colposa tra l'area del lecito e quella dell'illecito, e, in relazione al tema in esame, di una trasformazione del rischio d'impresa in un rischio penale dell'imprenditore nella bancarotta semplice patrimoniale. E questo, peraltro, un inconveniente da tempo additato — seppure con la sintetica formula secondo cui «tutto è in sé prevedibile»⁽⁶⁶⁾ — agli autori che muovono da un giudizio predittivo per l'accertamento della regola cautelare. Ma pur nella consapevolezza delle sue insufficienze, la dottrina tradizionale ha preferito la ricerca di ulteriori e più raffinati aggiustamenti del modello logico di base, rispetto alla edificazione di un'alternativa tipicità colposa.

6. — In particolare, per evitare che la valutazione postuma del giudice finisca per confondere il confine del lecito con quello dell'illecito, la più diffusa dottrina ricorre a due principali correttivi del giudizio di prevedibilità: il riferimento all'agente modello e l'enucleazione di un rischio consentito non ascrivibile all'autore del fatto.

L'agente modello, soprattutto, viene adottato per fronteggiare il pericolo che la prognosi postuma operata dal giudice sfrutti una base di conoscenze e di capacità nomologiche che non si potevano pretendere dall'autore del fatto: e dunque per contenere il rischio che, distanziandosi dall'agente concreto, venga liberamente individuata dall'interprete la regola di diligenza. In una tale prospettiva, quindi, non tutto ciò che è prevedibile in astratto può imputarsi all'autore del fatto, ma solo quello che, ove previsto dall'agente modello, avrebbe indotto quest'ultimo a comportarsi diversamente⁽⁶⁷⁾. L'individuazione della diligenza doverosa è fatta dipendere, in definitiva, dalla enucleazione di una sorta di entità virtuale, in grado di incarnare, allo

⁽⁶⁶⁾ Per tutti, G. CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1989, p. 524 ss., spec. 528.

⁽⁶⁷⁾ In questo senso, G. FORTI, *op. cit.*, p. 248. Per un ulteriore approfondimento della questione v. oltre a V. DE FRANCESCO, *op. cit.*, p. 275 ss.; G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 206 ss.; Id., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 158 ss.; G. STRATENWERTH, *L'individuazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1986, p. 635 ss.

stesso tempo, un modello deontologico per l'autore — di imporsi quindi come un suo necessario «doveressere»⁽⁶⁸⁾ — e un parametro afferrabile dal giudice, oltre che verificabile nei successivi gradi del processo, così da garantire un accertamento della colpa sulla scorta di metri di valutazione diversi dal semplice senso di giustizia dell'interprete.

Senonché, non sembra che la dottrina sia riuscita a tradurre questo espediente logico in un parametro concretamente verificabile. Una tale ineffabilità era per vero già preoccupante prima che si consolidasse la teoria della colpa come forma di illiceità: allorché cioè si ricorreva all'agente modello solo per misurare l'attribuibilità della trasgressione al soggetto agente⁽⁶⁹⁾. Una volta scoperta però la dimensione oggettiva della colpa, l'indeterminatezza di questa figura, utilizzata come punto di vista del giudizio predittivo⁽⁷⁰⁾, si è trasformata in una vera e propria questione di principio, dato che l'illiceità «rappresenta il dominio più diretto dei principi di stretta legalità e di determinatezza»⁽⁷¹⁾, e nessun criterio ambiguo può costituirne un parametro senza che queste costanti del moderno diritto penale vengano messe a repentaglio.

La sfiducia nelle attitudini tipizzanti dell'agente modello si percepisce appieno sol che si faccia attenzione a come esso viene individuato, sia che la sua delimitazione avvenga attraverso una verifica empirico-sociologica, una sorta di media matematica delle qualità e capacità presenti nei soggetti di un determinato gruppo⁽⁷²⁾; sia che l'actio *finium regundorum* si informi a parametri di stampo normativo, tali da trasformare la *Maßfigur* nel «punto di vista del diritto», nella «personificazione dell'ordinamento giuridico nella situazione concreta»⁽⁷³⁾. In particolare, da quest'ultima angolazione si scopre come il prototipo normativo dell'agente rischia di tradursi, talora, in una superfetazione e, in altri casi, in una vacuità. Esso appare per vero ridondante quando l'autore del fatto ha agito in un settore disciplinato da

⁽⁶⁸⁾ In relazione all'agente modello come parametro deontologico, G. FORTI, *op. cit.*, p. 247 s.

⁽⁶⁹⁾ Mantiene questa concezione classica dell'agente modello, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 307 ss. L'obiezione a questa impostazione può essere riassunta nella ormai celebre affermazione secondo cui, adottando questa prospettiva, «saranno sempre le capacità di un altro a decidere la colpevolezza dell'agente reale»: cfr., per tutti, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 96, nt. 99.

⁽⁷⁰⁾ Sull'agente modello come il risultato dell'indagine afferente ai «punti di vista» del giudizio di prevedibilità v., per tutti, G. MARINUCCI, *La colpa*, *cit.*, p. 181 ss.

⁽⁷¹⁾ M. ROMANO, *op. cit.*, p. 289. Analogamente, G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, vol. XLIV, 1992, p. 540 ss.

⁽⁷²⁾ Già critico verso questa impostazione, per la sua difficile praticabilità, K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtswidrige Handlung und die Arten des Delikts*, vol. IV, *Die Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919, p. 519.

⁽⁷³⁾ Così ARM. KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, in *ZFRV*, 1964, p. 51, le cui espressioni sono ormai entrate nell'armamentario dimostrativo dell'agente modello costruito normativamente: cfr. G. FORTI, *op. cit.*, pp. 234 ss., 246 ss.

regole cautelari positivizzate o cristallizzate nell'uso, giacché in questi casi l'agente modello è soltanto colui che rispetta tali regole di diligenza, e nessun vantaggio esiste nel corroborare la loro vincolatività attraverso il riferimento a una figura ideale. D'altro canto, l'agente modello si risolve in una evanescenza quando mancano queste precise regole comportamentali, poiché in questi casi l'ossatura normativa del prototipo verrebbe garantita dal riferimento alle norme di principio che regolano il settore in cui si è mosso l'autore del fatto: il che però si traduce, nuovamente, nella possibilità per il giudice di selezionare e valorizzare in piena autonomia i riferimenti normativi più convenienti per giungere a una soluzione di condanna già stabilita, nel migliore dei casi, in via equitativa⁽⁷⁴⁾. Un epilogo, questo, quanto mai probabile, soprattutto se si considera che la dottrina suggerisce sempre all'interprete di costruire l'agente modello secondo una prospettiva di tutela dell'affidamento⁽⁷⁵⁾, posto che — e non poteva essere altrimenti — un vero modello ideale agisce in modo tale da non arrecare mai danni a terzi.

Owamente, l'indeterminatezza di questo parametro impedisce, a nostro avviso, che da una figura astratta di imprenditore possa farsi dipendere l'accertamento della tipicità colposa nella bancarotta semplice patrimoniale⁽⁷⁶⁾. Anche perché il singolo operatore economico, interpellando il proprio modello, non riuscirebbe certo a ottenere alcuna specifica soluzione comportamentale per contemperare il rischio d'impresa con la garanzia dei creditori.

⁽⁷⁴⁾ Che l'imputato difficilmente potrà uscire vittorioso da un confronto col proprio modello, è dimostrato dal fatto che mai — a quanto ci risulta — questo criterio è stato utilizzato dalla giurisprudenza con funzione assolutoria: cfr., fra le altre, Cass. IV, 21.11.1996, Spina, in Cass. pen., 1998, p. 819; Cass. IV, 1.2.1996, Roghi, in Cass. pen., 1997, p. 2074; Cass. IV, 3.11.1994, Archillei, in Cass. pen., 1996, p. 2213; Cass. IV, 21.10.1993, De Donato, in Cass. pen., 1994, p. 2701; Cass. IV, 2.10.1990, Fonda, in Riv. pen., 1991, p. 667; e tra la giurisprudenza di merito, v. da ultimo: Pret. Crema, 12.2.1996, Anele, in Giust. pen., 1996 II, c. 376; Pret. Caltanissetta, 27.10.1995, Maisano, in Foro it., 1996, II, c. 521; Pret. Verona, 9.6.1994, Ferrari, in Giust. pen., II, 1995, c. 621; App. Milano, 30.3.1993, Vola, in Giur. merito, 1994, p. 707. In relazione alle «virtualità colpevoliste» dell'agente modello cfr., di recente, F. GIUNTA, I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare, in Dir. pen. proc., 1999, p. 1295 s.

⁽⁷⁵⁾ In questo senso, esplicitamente, G. FORTI, *op. cit.*, pp. 272 s., 279, 281-289, 292 s., il quale conclude affermando che «il principio di affidamento e la colpa per assunzione diventano i criteri regolatori per la puntualizzazione della *Maßfigur* rispettivamente in sede di tipicità e di colpevolezza»: *ivi*, p. 292. Sulla stessa linea, G. MARINUCCI, *op. loc. ult. cit.*; V. DI FRANCESCO, *op. cit.*, p. 306 ss.; nonché di recente M. MANTOVANI, Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, Milano, 1997, p. 133 ss., secondo cui il principio dell'affidamento costituisce un'applicazione del c.d. rischio consentito, che a sua volta rappresenta un elemento costitutivo dell'agente modello.

⁽⁷⁶⁾ Sul superamento, anche nella scienza economia, di un ideale modello di «imprenditorerazionale» v. H.A. SIMON, La razionalità in economia: un artificio per l'adattamento, in Id., *Causalità*, cit., p. 341 ss.

Tutt'al più, sulla base dell'art. 41 Cost. — secondo cui «l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale» — egli potrebbe dedurre un generico invito alla prudenza. Ma la laconicità di questo invito costituisce per il singolo imprenditore, più che lo spunto per l'individuazione di concrete modalità di comportamento, il prodromo di una potenziale responsabilità penale, essendo forte la tentazione di ricondurre a posteriori l'attività che ha concretamente condotto al fallimento dell'impresa fra quelle implicitamente vietate dalla Costituzione: una conclusione, questa, tanto più scontata per il giudice, quanto più liberamente potrà plasmare il modello di imprenditore sull'affidamento prestato dai creditori in un'accorta gestione dell'impresa.

7. — Secondola dottrina tradizionale, tuttavia, alle intrinseche insufficienze dell'agente modello sotto il profilo della determinatezza e dell'eloquenza, verrebbe posto rimedio attraverso il riferimento a un ulteriore parametro di tipicità, il c.d. rischio consentito, che assumerebbe dunque una funzione integrativa o, per meglio dire, sanante ⁽⁷⁷⁾. In effetti, dopo avere riconosciuto che senza alcun correttivo la valutazione di prevedibilità derivante dall'agente modello sarebbe fornita di un'innata forza di attrazione nell'area dell'illecito di tutte le offese che conseguono alla svolgimento di un'attività lecita ⁽⁷⁸⁾, la dottrina maggioritaria ricorre al rischio consentito come limite del giudizio predittivo al quale è chiamato l'agente modello ⁽⁷⁹⁾. In questa prospettiva, quindi, la figura dell'*erlautes Risiko* servirebbe a compendiare tutte quelle possibili lesioni intrinsecamente connesse allo svolgimento di un'attività lecita che, ancorché prevedibili, non avrebbero indotto il modello ad astenersi dall'agire, con la conseguenza che il giudice mai potrà muovere dalla previsione di queste eventualità di danno per enucleare regole comportamentali poste a fondamento della tipicità colposa. ⁽⁸⁰⁾. Secondo l'impostazione tradizionale, dunque, l'agente modello e il rischio consentito rappresenterebbero i due baricentri del fatto colposo definito attraverso il giudizio di prevedibilità: il primo ne incarnerebbe il punto di vista, esterno sia al giudice

⁽⁷⁷⁾ L'intuizione dell'*erlautes Risiko* è fatta comunemente risalire agli scritti di Ludwig von Bar della fine del secolo scorso: per questo diffuso riconoscimento v., per tutti, V. MILITELLO, *op. cit.*, p. 55, nt. 2. Nella dottrina italiana, fra i primi autori a prospettare la necessità di ricorrere al rischio consentito, o meglio ai rischi consoni al normale svolgimento dell'attività, di fronte alla eccessiva ampiezza delle conseguenze dettate dal ricorso al solo criterio della prevedibilità, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 1^a ed., Torino, 1944, p. 108 ss.; L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale - La colpa*, Milano, 1954, pp. 148 ss., 160 ss.

⁽⁷⁸⁾ Per tutti, L. PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, p. 151.

⁽⁷⁹⁾ Sulla riconduzione del rischio consentito nella figura dell'agente modello cfr. oltre a V. MILITELLO, *op. cit.*, p. 142 ss., G. FORTI, *op. cit.*, p. 250 ss.; M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco*, Torino, 1993, p. 102 s.; S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 147.

⁽⁸⁰⁾ Così, G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 207 ss.; V. MILITELLO, *op. cit.*, p. 103 ss.

che all'autore ma ad entrambi afferrabile; il secondo costituirebbe invece una limitazione focale del giudizio predittivo, nel senso che avrebbe l'effetto di escludere dalla sua orbita tutto ciò che l'ordinamento accetta e che, per questo, non avrebbe suggerito al modello di astenersi.

Vero ciò, è sorprendente che il *punctum dolens* di questo parametro — riconosciuto peraltro dalla stessa dottrina che se ne avvale ⁽⁸¹⁾ — risulti proprio la difficile delimitazione dell'area del rischio consentito. Ancora una volta, per vero, la deludente attitudine tipizzante di quest'ulteriore correttivo della prevedibilità emerge nelle ipotesi di responsabilità colposa non sorrette da regole cautelari positivizzate o cristallizzate nell'uso. Laddove esse siano presenti, infatti, non vi sarebbe alcun problema di determinatezza da risolvere, ma solo perché in questi casi il rischio consentito non sarebbe altro che il «pendant della loro osservanza» ⁽⁸²⁾, esprimendo cioè la potenzialità di danno che residua nonostante il rispetto di tutte le norme di comportamento ⁽⁸³⁾. In assenza di tali regole di diligenza, invece, appare arduo stabilire un confine tra l'agire lecito e quello penalmente rilevante facendo leva sulla sola nozione di rischio consentito. Non ci si riferisce soltanto alla tesi — peraltro sempre meno seguita — che tende a individuare questo limite secondo una sorta di «valutazione econometrica» del giusto rapporto tra l'interesse allo svolgimento dell'attività e quello all'integrità dei beni penalmente tutelati ⁽⁸⁴⁾. Una modesta propensione tipizzante va ricono-

(81) Riconosce che la delimitazione dell'area del rischio consentito è ancora una questione «sfumata e incerta», definita spesso «assiomaticamente» e ritenuta «tutto sommato poco interessante», A. CASTALDO, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 1096 ss. V., altresì, G. FORTI, *op. cit.*, p. 252, il quale ritiene che occorre «dissipare l'alone di incertezza di cui [il rischio consentito] è circondato nella dottrina della colpa».

(82) W. KÜPER, *Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *Festschrift für K. Lackner*, Berlin, New York, 1987, p. 270.

(83) Nella nostra letteratura, ricorrono al concetto di rischio consentito solo come sinonimo di osservanza di tutte le regole cautelari concernenti l'attività pericolosa F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, p. 352; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 429. In relazione ai rapporti tra rischio consentito e regole di diligenza v., *amplius*, V. MILITELLO, *op. cit.*, pp. 125-133.

(84) Uno dei più famosi tentativi di individuazione in termini econometrici del rischio consentito è quello sintetizzato nella c.d. formula of negligence indicata dal giudice Learned Hand: cfr. sul punto, con ampi rilievi critici, P. GALLO, *Rischio inaccettabile, valori primari e Learned Hand formula of negligence*, in *Studi Parmensi*, vol. XLIII, Padova, 1997, p. 77 ss. Sottolinea, inoltre, la difficile praticabilità processuale di questo tipo di valutazioni, stante l'enorme mole di dati che il giudice dovrebbe acquisire, V. MILITELLO, *op. cit.*, pp. 159 e 167. La difficile praticabilità del giudizio costi-benefici è peraltro emersa, di recente, nell'ambito del c.d. controllo di efficienza» effettuato dalla Corte dei conti sull'operato di alcune pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 3, comma 5, l. 191/1994: sul punto, fra gli altri, L. DEGRASSI, *Il controllo di efficienza: fondamento costituzionale e natura giuridica. Prime considerazioni*, in *Foro amm.*, 1987, p. 835 ss. spec. 847 ss.; nonché M. CALCOPIETRO, *I dati statistici per il controllo di gestione della Corte dei conti*, in *Riv. cortei conti*, 1994, p. 239 ss.

sciuta, piuttosto, anche alla concezione oggi più diffusa, secondo la quale il rischio consentito andrebbe individuato (in assenza di precise regole di diligenza) attraverso un bilanciamento di tipo «normativo» tra l'interesse per l'ordinamento allo svolgimento di un'attività pericolosa e il contrapposto interesse all'integrità dei beni che possono essere offesi durante l'esercizio di questa attività.

In breve: il giudice dovrebbe riconoscere il carattere tipico dell'azione valutando, da un lato, l'importanza del bene giuridico per l'ordinamento, il grado di probabilità della lesione e la sua gravità; e dall'altro lato, il valore sociale per l'ordinamento dell'attività esercitata dall'agente, la maggiore o minore meritevolezza del fine da lui perseguito e la qualità e quantità dei mezzi impiegati per ridurre l'intrinseca pericolosità della condotta⁽⁸⁵⁾. Qualorapoi risulti prevalente il peso del primo gruppo di fattori, si dovrebbe ritenere che il soggetto agente ha realizzato un rischio illecito; se invece appare preponderante il peso delle condizioni relative alla condotta, il giudice dovrebbe propendere per l'irrelevanza penale del fatto lesivo. Senonché, nel valutare gli indici di cui sopra, l'interprete, non disponendo il più delle volte di dati veramente obiettivi e non potendo fare riferimento ovviamente a opinioni personali, sarebbe tenuto a riferirsi ai valori e ai principi espressi in generale dall'ordinamento, deducibili da una «interpretazione sistematica di ampia portata»⁽⁸⁶⁾, che come tale comprenda qualsiasi parametro normativo espresso dal sistema (si pensi, per esempio, a eventuali licenze, autorizzazioni, ecc.), ivi incluso i principi generali indicati dalla Costituzione e da altri atti fondamentali, o — persino — le «decisioni della giurisprudenza in grado di assumere un valore generale»⁽⁸⁷⁾.

Ora, benché a questa teoria vada riconosciuto il merito di aver saputo valorizzare i nessi intercorrenti tra la condotta illecita e l'evento, resta l'impressione, già espressa in precedenza, che difficilmente un simile giudizio possa riuscire a soddisfare l'esigenza di una determinata tipicità colposa qualora non si possa fare affidamento su precise regole di diligenza⁽⁸⁸⁾. Una

⁽⁸⁵⁾ Sostanzialmente concordi in relazione a questi indici di valutazione, K. ENGISCH, *op. cit.*, p. 288 ss.; W. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M., 1966, p. 188 ss.; T. LENCKNER, *Tecnische Normen und Fahrlässigkeit*, in *Festschrift für K. Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, p. 500 ss.; V. MILITELLO, *op. cit.*, p. 164 ss.; G. FORTI, *op. cit.*, p. 254 ss.; A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1097 ss.

⁽⁸⁶⁾ Così V. MILITELLO, *op. cit.*, p. 113, secondo cui «l'individuazione del rischio adeguata costituisce un processo a cui partecipa l'intero ordinamento giuridico» ivi, p. 112.

⁽⁸⁷⁾ M. MAIWALD, *op. cit.*, p. 179.

⁽⁸⁸⁾ In questo senso v. S. RIONDATO, *Cenni sulla liceità del rischio con riferimento ai reati economici colposi contro la salute pubblica*, in *Studi sulla colpevolezza*, a cura di L. Mazza, Torino, 1990, p. 144 ss. Cfr. inoltre, sempre in senso critico, S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 148, il quale ritiene, peraltro, che una valutazione del rischio consentito

tale sfiducia dipende, essenzialmente, dal carattere fondamentale della teoria secondo cui la valutazione degli interessi contrapposti viene affidata al saggio apprezzamento del giudice, limitato, nella sua attività discrezionale, solo dall'obbligo di un'argomentazione «normativa» — vale a dire supportata dall'indicazione di fonti del diritto — della propria scelta⁽⁸⁹⁾. Com'è intuibile, però, è questo un limite soltanto apparente, perché l'ordinamento non ordina, attraverso una precisa graduatoria dei valori, tutti i beni meritevoli di protezione, cosicché non si potrà mai disporre di uno strumento di verifica sicuro per mezzo del quale controllare l'affermazione dell'interprete volta a tributare maggiore rilevanza alla tutela di un determinato bene giuridico (si pensi — restando al tema della bancarotta — alla tutela del «risparmio» di cui all'art. 47 Cost.), piuttosto che all'area del lecito delineata da una norma di pari grado (qual è, ad esempio, l'art. 41 Cost.). Ma non solo. Quand'anche la decisione dell'interprete potesse essere effettivamente sindacata, v'è da dubitare che una tale formazione giudiziale della regola cautelare sia compatibile con i principi che sovrintendono l'area della tipicità penale (legalità, determinatezza, ecc.). Certamente, nessun teoria sulla colpa potrà mai illudersi di eliminare un certo margine di discrezionalità del giudice in ordine d'accertamento di una responsabilità colposa; ma è altrettanto vero che una tale discrezionalità non può concernere l'ambito dell'illecito delineato in astratto dal legislatore. Almeno la portata della norma incriminatrice deve rimanere uniforme per ciascuno dei consociati, affinché ogni giudice dell'ordinamento sia messo in grado di operare, senza eccessivi personalismi, quanto meno il giudizio di contrarietà al diritto di ogni specifica condotta.

non riuscirebbe mai a tener conto della «mutevolezza» del fatto storico, risolvendosi sempre in una valutazione astratta incapace di chiarire l'illiceità di una singola condotta caratterizzata da specifici fattori di rischio. Del resto, l'insufficiente determinatezza del rischio consentito è emersa ogni qual volta si è creduto di far dipendere solo dalla sua enucleazione la definizione del fatto tipico: segnala questa carenza in relazione al proprio specifico campo d'indagine, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 262 ss.

⁽⁸⁹⁾ Per questo rilievo v. H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 45, secondo cui «la determinazione del limite socialmente adeguato nelle attività che mettono in pericolo beni giuridici è fra i compiti più difficili del giudice». Nello stesso senso, la più recente giurisprudenza italiana: cfr., per esempio, Cass. IV, 21.11.1996, Spina, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 1167, ove si afferma che «per quanto riguarda la misura del rischio consentito, in mancanza di predeterminazione legislativa delle regole cautelari o di autorizzazioni amministrative subordinate al rispetto di precise norme precauzionali, la valutazione del limite di tale rischio resta affidata al potere discrezionale del giudice». Decisamente critico verso ogni teoria che si limitasse ad attribuire al giudice l'accertamento del rischio consentito in assenza di regole cautelari deducibili quanto meno dall'esperienza dei consociati, G. MARINI, «Rischio consentito» e tipicità della condotta. Riflessioni, in *Scritti in memoria di Renato dell'Andro*, vol. II, Milano, 1994, p. 562.

Una prova della pericolosa ambiguità del rischio consentito ci è offerta, per contro, proprio dal tentativo recentemente operato dalla dottrina tedesca di enucleare, attraverso la teoria dell'erlaubtes Risiko, la nozione di «ordinata gestione economica» (die *Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaften*), che limita la tipicità dei fatti di bancarotta nel sistema tedesco (§ 283 StGB) ⁽⁹⁰⁾. Ancora una volta, per vero, quest'impostazione risulta ineccepibile allorché l'individuazione dell'erlaubtes Risiko può contare su precise norme comportamentali, civilistiche e non, che l'imprenditore è tenuto a osservare ⁽⁹¹⁾: ma ciò perché — merita ripetere — qui il rischio consentito non esplica un'autonoma funzione delimitante, limitandosi a riassumere l'area del lecito ritagliata da altre fonti. L'estrema duttilità del criterio emerge invece in tutta la sua evidenza quando l'interprete è tenuto a muoversi al di fuori delle norme comportamentali che delimitano la regolare gestione dell'impresa. In effetti, sulla scorta della griglia di coordinate precedentemente indicata si è ritenuto, ad esempio, che il giudice dovrebbe considerare non adeguato il rischio intrinseco a una determinata operazione economica realizzata dall'imprenditore ogni qual volta lo scopo a cui essa tendeva poteva essere raggiunto in modo meno rischioso per l'interesse dei debitori ⁽⁹²⁾, oppure se *ex ante* appariva scarsamente probabile che un tale scopo potesse essere raggiunto attraverso quel tipo di operazione economica. E ancora, dovrebbe ritenersi inadeguato il rischio esercitato dall'imprenditore qualora la disposizione patrimoniale, seppur conforme agli usi commerciali (Verkehrssitte), appare smisurata rispetto alla concreta situazione economica del debitore (intensità della crisi, livello di capitalizzazione, ecc.) ⁽⁹³⁾ o all'interesse dei creditori ⁽⁹⁴⁾. E in definitiva, il rischio non sarebbe mai consentito ogni qual volta i creditori hanno subito un forte pregiudizio delle proprie posizioni (*Interesseneinbußen*) a causa del perseguimento di un interesse del debitore di minore rilevanza ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. D.M. KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, Berlin, 1995, *passim*.

⁽⁹¹⁾ D.M. KRAUSE, *op. cit.*, p. 301 ss. e spec. 405 ss. per quanto riguarda il rispetto da parte dell'imprenditore dei c.d. usi commerciali (Verkehrssitte).

⁽⁹²⁾ D.M. KRAUSE, *op. cit.*, p. 402 ss. In relazione alla c.d. legge del minimo mezzo come criterio di enucleazione del rischio consentito, cfr. altresì A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1099.

⁽⁹³⁾ D.M. KRAUSE, *op. cit.*, p. 404 s. A questa valutazione ricorre, peraltro, anche la giurisprudenza italiana onde accertare la rilevanza penale delle condotte di bancarotta: cfr. per esempio Cass. V, 18.6.1971, Lonardi, in Giust. pen., 1972, II, c. 605, che ha ricondotto all'art. 217, n. 2, l.f. un'operazione economica in cui era palese la sproporzione tra il rischio e la possibilità di successo della stessa.

⁽⁹⁴⁾ D.M. KRAUSE, *op. cit.*, p. 408 ss.

⁽⁹⁵⁾ D.M. KRAUSE, *op. cit.*, p. 411 ss.

8. - Ora, di fronte alla scarsa precisione diagnostica evidenziata, a nostro parere, da queste esemplificazioni del rischio consentito nell'ambito della bancarotta patrimoniale ⁽⁹⁶⁾, appare evidente come il rifiuto o l'accoglimento di una simile impostazione teorica sia, in definitiva, strettamente condizionato dalla sensibilità dell'interprete per l'incidenza del principio di legalità nella ricostruzione della tipicità colposa ⁽⁹⁷⁾. È chiaro, infatti, che il limite di cui all'art. 25 Cost. difficilmente potrà ritenersi rispettato se la stessa rilevanza penale della condotta è fatta dipendere da un apprezzamento dell'interprete fondato su criteri ineluttabilmente elastici, come, ad esempio, la sproporzione dei mezzi adoperati dall'agente rispetto al fine perseguito. Beninteso, nessuna concezione teorica riuscirà a eliminare un margine di discrezionalità in relazione all'accertamento della responsabilità colposa, essendo questa fisiologicamente costruita su una virtualità dell'essere i cui parametri non si potranno mai definire in modo assolutamente tassativo ⁽⁹⁸⁾. Ciò nonostante, parrebbe doveroso riservare una tale discrezionalità solo al secondo momento dell'imputazione colposa concernente, com'è noto, l'attribuibilità della trasgressione al soggetto agente. Tant'è che in quest'ambito sembra perfino tollerabile il ricorso a un parametro elastico, qual è l'agente modello, poiché esso opererebbe, in questa sede, da semplice criterio di esclusione del rimprovero, assumendo pertanto solo una funzione *in bonam partem* ⁽⁹⁹⁾. Non è tollerabile invece, alla luce del principio di cui all'art. 25 Cost., un analogo margine di discrezionalità nell'individuazione della regola di diligenza. È questo, infatti, un problema che afferrisce precipuamente alla legalità del precetto colposo, il cui completamento — riconosciuto come necessario da tutta la dottrina — non può essere frustrato dal carattere a loro volta «aperto» delle qualifiche socio-normative (agente modello e rischio

⁽⁹⁶⁾ Per un analogo giudizio critico circa la determinatezza del rischio consentito nella precisazione dei fatti di cui al § 283 StGB, E. SAMSON, *I reati economici nell'ordinamento tedesco*, in *Ann. Univ. Ferrara - Scienze Giuridiche*, 1997, p. 108 s.

⁽⁹⁷⁾ Per una concezione della colpa penale animata da una particolare attenzione all'incidenza del principio di legalità nella ricostruzione del fatto tipico cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, pp. 194 ss., 249 ss., *passim*; nonché, più di recente, *Id.*, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss., spec. 89.

⁽⁹⁸⁾ Così A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1100, secondo cui «un metodo che pretendesse di razionalizzare una materia soggetta a giudizio di merito, e quindi all'inevitabile elasticità degli stessi, prim'ancora che irrealizzabile sarebbe del resto giuridicamente scorretto».

⁽⁹⁹⁾ In questa linea, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 510 ss.; M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 426 ss. e 438 ss. Va precisato, tuttavia, che il riconoscimento di una doppia misura della colpa non è unanime in dottrina. In particolare si ritiene che una tale impostazione sarebbe affetta da certa una duplicità concettuale: così U. PIOLETTI, *op. ult. cit.*, p. 544. Non è parso chiaro, inoltre, come i sostenitori di una doppia misura della colpa intendano gestire questa seconda chance di salvezza a favore di chi ha trasgredito la regola di diligenza: così M. DONINI, *op. cit.*, p. 363.

consentito) invocate a chiusura dell'enunciato legislativo (100). In fondo, la scoperta di una dimensione oggettiva della colpa — se non la si vuole ridurre a un mero esercizio di stile — assume proprio questo significato: imporre l'operatività di tutti i principi che governano la tipicità penale su quella parte dell'imputazione colposa anticipata nel versante oggettivo, escludendo per converso qualsiasi margine di discrezionalità in relazione alla precisazione del fatto tipico.

Ebbene, affinché un tale completamento del precetto penale si possa effettuare in conformità con il canone della legalità penale, è necessario — a nostro avviso — che la regola cautelare sia connotata da almeno due requisiti. Anzitutto, essa non può essere *confezionata* dal giudice attraverso un procedimento di enucleazione, ancorché «normativamente» controllato. Non si riuscirebbero altrimenti a impedirebbe quelle pericolose manifestazioni di normazione giudiziale, che appaiono oggi come l'aspetto più preoccupante dell'applicazione giurisprudenziale della colpa. Semmai, la regola di diligenza deve essere *reperita* dall'interprete al di fuori della fattispecie concreta, come un elemento preesistente alla sua verifica. Essa deve, in altri termini, già essere disponibile prima della realizzazione del fatto (101), in maniera tale che, individuandola, non si faccia altro che indicare una modalità comportamentale che ogni soggetto sensibile alle istanze di difesa sociale avrebbe saputo riconoscere e rispettare. In altri termini, il giudice deve assumere nei confronti delle regole cautelari la veste di semplice «fruitore», adottando quella stessa prospettiva che si impone all'interprete in relazione alle leggi di copertura nell'accertamento del nesso causale (102). Nessuna differenza v'è, dunque, sotto questo profilo, tra la colpa generica e la colpa specifica, poiché entrambe presuppongono una *norma agendi* predefinita rispetto al fatto e soprattutto preesistente alla sua verifica.

(100) Per questo rilievo v. F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 169. Cfr., altresì, con specifico riferimento alla regola di diligenza quale unico strumento per una composizione della responsabilità colposa con il principio di legalità, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano, 1965, p. 260; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale*, Torino, 1979, p. 151 ss.; G. FORTI, *op. cit.*, pp. 137 ss., 323 ss.; F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 354.; M. DONINI, *op. cit.*, p. 222 s.

(101) Così, da ultimo, F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 90 s.

(102) In questo senso M. DONINI, *op. cit.*, p. 223 s.: «come il giudice non produce le leggi causali, ma deve riceverle dal patrimonio scientifico del suo tempo, lo stesso è a dirsi per le cautele, scritte o non scritte, a cui la legge penale rinvia». Diversamente la dottrina tradizionale, che ricorre alla prevedibilità non solo come presupposto di applicazione di una regola cautelare già esistente, ma anche come criterio di confezionamento di una nuova regola cautelare: cfr., per tutti, G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 177 ss., nonché G. FORTI, *op. cit.*, il quale spesso parla di «ricostruzione» della regola cautelare: ivi pp. 28, 29, 37, passim, affermando fra l'altro che «la diligenza richiesta può scaturire soltanto, come dimostra quasi ogni decisione giudiziale in tema di colpa, dalla situazione singola»: ivi, p. 174.

In secondo luogo, occorre assicurare che, prima della sua azione, il soggetto agente potesse percepire la regola cautelare come un *comportamento doveroso* ⁽¹⁰³⁾. E questa una conseguenza necessaria dalla debole dimensione deontologica del fatto colposo ⁽¹⁰⁴⁾, che si traduce — com'è noto — nella incapacità della descrizione legislativa di ogni reato punito a titolo di colpa di proiettarsi all'esterno, manifestando una concreta pretesa di adeguamento nei confronti dei consociati ⁽¹⁰⁵⁾. Mentre, infatti, le fattispecie dolose, strutturalmente incentrate sulla previsione e volizione dell'offesa, risultano perfettamente in grado di tradurre la loro dimensione «materiale» e di descrivere una situazione concreta in cui un soggetto agente saprebbe almeno di regola riconoscersi, la definizione legislativa della colpa — incentrata su di una poco significativa mancanza di volontà dell'evento offensivo — è incapace di trasmettere la descrizione di un fatto in relazione al quale l'autore abbia la possibilità di percepire come vietata la propria condotta, chiarendo in positivo quale fosse il comportamento *doveroso*. Anche sotto questo profilo, quindi, la regola di diligenza è chiamata ad assolvere una funzione di completamento della fattispecie legale, sopperendo alla strutturale carenza deontica dell'incriminazione colposa ⁽¹⁰⁶⁾. Non è sufficiente, pertanto, che la regola cautelare definisca una qualsiasi modalità comportamentale, è necessario che essa apporti alla legge incriminatrice anche un contributo di doverosità, specificando in concreto quella funzione *lato sensu* pedagogica che le norme penali sinteticamente esprimono ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰³⁾ «Non può l'imputato — scrive M. DONINI, *op. cit.*, p. 224 — apprendere solo dalla sentenza di condanna la doverosità di una regola cautelare che, al tempo del fatto, non era ancora socialmente avvertibile come (sicuramente) dovuta». Dello stesso avviso, G. CONTENTO, *op. cit.*, p. 526: «bisognerà ulteriormente accertare se, nello specifico, il soggetto aveva o non aveva, al di là della mera possibilità, "il dovere" di prevedere il prevedibile». *Amplius*, sul carattere doveroso della regola cautelare F. GIUNTA, *Illiceità, cit.*, il quale ritiene peraltro che «tantopiù complessi sono i criteri di accertamento (...), tanto meno essi possono contribuire alla funzione di orientamento comportamentale proprio della regola cautelare»: *ivi*, p. 184.

⁽¹⁰⁴⁾ *Amplius*, sulla carente dimensione materiale del fatto colposo, G. FORTI, *op. cit.*, pp. 157-167.

⁽¹⁰⁵⁾ Per tutti, G. FORTI, *op. cit.*, p. 162.

⁽¹⁰⁶⁾ E ormai costante in dottrina il riconoscimento di una tale necessità: per tutti, G. FORTI, *op. cit.*, pp. 157, 184, 200, *passim*. Questa esigenza, invece, non è quasi mai avvertita dalla giurisprudenza, soprattutto di merito: cfr. ad es., Pret. Torino, 9 febbraio 1995, Barbotto Beraud Ognissanti, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 217, ove si sostiene che la diligenza doverosa deve «comprendere anche le regole non comuni, non diffuse a livello sociale affinché possa esserci un continuo e automatico aggiornamento dei livelli di sicurezza».

⁽¹⁰⁷⁾ In relazione alla funzione di orientamento comportamentale assunta dalle norme penali *v.*, di recente, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, pp. 7-17, il quale ribadisce la validità della concezione imperativistica della norma penale.

9. – Nel campo della bancarotta semplice patrimoniale, tutto ciò comporta che un giudizio di condanna ai sensi dell'art. 217, comma 1, l.f. non può non essere preceduto dalla chiara precisazione della regola cautelare che il giudice ritiene trasgredita durante la gestione aziendale precedente al fallimento. Il bancarottiere colposo — così come qualsiasi soggetto condannato per un fatto punito a titolo di colpa — ha il «diritto» di conoscere, almeno durante il processo, il comportamento concreto che la norma penale gli imponeva, sì da poterne apprezzare la (necessaria) doverosità. Ma non basta: l'indicazione della *norma agendi* deve poi trovare spazio anche nell'apparato argomentativo della sentenza di condanna, tant'è che un'eventuale carenza sotto questo profilo potrebbe financo giustificare, a nostro avviso, un ricorso per Cassazione, giacché l'omessa indicazione della regola di diligenza rappresenta — in quanto prolungamento del precetto colposo — un vero e proprio vizio di legge rilevabile ai sensi dell'art. 606, lett. b), c.p.p. ⁽¹⁰⁸⁾. Appare quindi fin troppo sommessa la critica della dottrina che ha tacciato di «poca serietà» quelle decisioni della giurisprudenza in materia di bancarotta semplice patrimoniale ove si omette di precisare quale fosse la condotta diligente addebitata all'imputato ⁽¹⁰⁹⁾. In effetti, giudizi di responsabilità colposa fondati su una «politica economica sbagliata», oppure su «un'erronea considerazione della situazione di mercato», o ancora su «una gestione dell'impresa con eccessivi costi» ⁽¹¹⁰⁾, tendono solo a simulare l'esistenza di una diligenza doverosa, celando, nella sostanza, un'elusione della legalità penale.

Per evitare una simile conclusione, sarebbe però sufficiente che il giudice ribaltasse il «senso» dell'operazione ermeneutica solitamente suggerita dalla dottrina per determinare la regola cautelare. È vero, infatti, che tutte le norme di diligenza — formalizzate e non — originano da un giudizio di tipo predittivo e preventivo; ma una tale valutazione non può essere riprodotta in ambito processuale al fine di individuare una regola comportamentale che *le fonti del diritto* non avevano ancora fissato. Solo un radicamento a queste fonti può assicurare la conformità dell'imputazione colposa con il principio di legalità indirizzando il fatto tipico su binari effettivamente normativi, non invece la riproduzione del modello logico di tipo predittivo che ha ispirato la loro formazione. Ne consegue che nei reati puniti a titolo di colpa generica,

⁽¹⁰⁸⁾ In termini sostanzialmente analoghi, M. GALLO, *Colpa*, cit., p. 638, secondo cui l'omessa indicazione delle regole cautelari si risolverebbe, sul piano processuale, in una elusione delle esigenze della contestazione. Per contro, a conferma della scarsa importanza tributata dall'attuale giurisprudenza alla precisazione della regola cautelare è sufficiente rinviare alle più recenti pronunce relative all'obbligo della correlazione tra accusa e sentenza nell'accertamento della responsabilità colposa: cfr. da ultimo Cass. IV, 27.6.1997, Crosara, in C.E.D. 208556; Cass. IV, 8.2.1996, Bonetti, in CED. 205266; Cass. IV, 6.5.1994, Cortese, in *Mass. Cass. pen.*, 1995, fasc. 2, p. 84.

⁽¹⁰⁹⁾ Così C. BERTEL, *La bancarotta colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 648.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. ancora C. BERTEL, *op. cit.*, p. 648, nt. 19 e ss.

come per l'appunto la bancarotta semplice patrimoniale, solo la consuetudine ⁽¹¹¹⁾ o, per meglio dire, gli usi cautelari ⁽¹¹²⁾ potrebbero intervenire a completamento dell'enunciato legislativo ⁽¹¹³⁾. Questo necessario riferimento non preclude — si badi — ogni ricorso a un giudizio di prevedibilità nell'ambito nell'accertamento della responsabilità colposa: va da sé infatti che questo tipo di valutazione rimane nel patrimonio conoscitivo dell'interprete per consentire l'operatività dei criteri di ascrizione dell'evento ⁽¹¹⁴⁾. Quello che si intende invece evitare è la possibilità di sfruttare il modello predittivo, che dà forma alle regole di diligenza giuridiche, per crearne autonomamente delle altre, avulse dal contesto sociale in cui l'attività sottoposta al giudizio è stata attuata, e che, per questa ragione, non potevano essere riconosciute dagli operatori di quel settore, né erano da loro percepite come effettivi riferimenti deontologici.

L'affidamento agli usi per la fissazione del fatto tipico nella colpa generica garantisce, peraltro, oltre al carattere nonnativo della regola cautelare, la sua preesistenza rispetto al processo e la sua doverosità. Specialmente il problema della carenza deontica del precetto colposo perderebbe gran parte del suo significato se il fatto tipico venisse sempre edificato — in assenza di altre regole di diligenza positivizzate — solo sugli usi cautelari. Le norme comportamentali affermatesi nella prassi sono equiparabili, infatti, a vere e proprie condizioni generali del contratto sociale», la cui osservanza può

⁽¹¹¹⁾ In relazione alla consuetudine come fonte del diritto, v. per tutti N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 1941, *passim*; Id., *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 427 ss.

⁽¹¹²⁾ Per «usi cautelari» si intende ciò che solitamente la dottrina definisce come «cristallizzazioni di giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo»: per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 488.

⁽¹¹³⁾ Per questa conclusione v., fondamentalmente, F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 242 ss.; Id., *La normatività*, cit., 97 ss. Su questa linea anche G. CONTENUTO, *op. cit.*, p. 531 s. allorché afferma che «quando la regola cautelare non è tratta dall'esperienza, cioè non è fondata sulle "massime" che socialmente sono ritenute valide da parte degli operatori nell'esercizio di determinate attività, bensì è costruita "a posteriori", sulla base del futuribile logico-razionale, si inverte decisamente il senso dell'operazione ermeneutica: in realtà non si va alla ricerca del criterio da impiegare per verificare l'esistenza della colpa (...); si procede invece, inversamente, a modellare il contenuto della regola di giudizio da applicare in modo tale che sia possibile qualificare come "colposo" il comportamento che ha prodotto l'evento di cui si intende chiamare il soggetto a rispondere». Il riferimento agli usi non è, peraltro, una concezione del tutto estranea alla dottrina tradizionale: cfr. sul punto, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Milano, 1955, p. 264, il quale, pur non rinunciando a un giudizio predittivo, afferma che «l'essenza della colpa debba risolversi nella inosservanza di norma sancite dagli usi»; peraltro già nella prima edizione del manuale l'autore si riferiva «a regole di condotta suggerite dall'esperienza»: *ibidem*, Torino, 1944, p. 104.

⁽¹¹⁴⁾ Ci si riferisce al criterio della «realizzazione del rischio» e del «comportamento alternativo lecito»: cfr. sul punto, per tutti, G. FORTI, *op. cit.*, pp. 359 ss. e 659 ss.

essere pretesa nei confronti di chiunque si ingerisca nel traffico sulla base della loro semplice conoscibilità e dell'affidamento prestato dagli altri consociati in relazione alla loro osservanza ⁽¹¹⁵⁾.

10. — Le resistenze solitamente prospettate in dottrina circa il ricorso alla consuetudine quale matrice della tipicità nella colpa generica non paiono del resto decisive al fine di escludere la soluzione ora prospettata. In particolare, pare facilmente superabile ogni supposto ostacolo di diritto positivo. Per un verso, infatti, il «richiamo» previsto dall'art. 8 disp. prel., quale condizione di efficacia degli usi nel nostro ordinamento, può ben essere individuato negli elementi normativi (negligenza, imprudenza e imperizia), che qualificano ogni incriminazione colposa ⁽¹¹⁶⁾. Per altri versi, il riferimento agli usi cautelari si pone in linea anche con il principio della riserva di legge: vuoi perché nessuno più dubita della necessità di una «relativizzazione della riserva») laddove la fattispecie penale necessita per operare compiutamente di specificazioni tecniche ⁽¹¹⁷⁾, vuoi perché il ricorso alla consuetudine si risolve, per così dire, in un male minore per la tenuta del principio di legalità rispetto alla delega conferita al giudice dalla dottrina tradizionale relativamente all'individuazione della norma cautelare.

L'obiezione principale avanzata dalla dottrina nei confronti di questa tesi non è comunque di carattere positivo, e si accentra sulla paventata inidoneità del fatto colposo delimitato attraverso gli usi cautelari ad assolvere a quella funzione di «difesa sociale» che la colpa generica dovrebbe invece assecondare ⁽¹¹⁸⁾. Non solo infatti — ad avviso di questa dottrina — le regole affermatasi nella prassi risulterebbero spesso di «una generosità inammissibile» ⁽¹¹⁹⁾, inadatte come sono a garantire un adeguato grado di sicurezza ⁽¹²⁰⁾; ma vi sarebbero talora «attività assolutamente nuove nell'esperienza umana» che non possono contare su una prassi cautelare: con la conseguenza che il riferimento agli usi impedirebbe in questi settori l'operatività stessa di una valutazione per colpa ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Per quanto concerne la c.d. opinio iuris ac necessitatis nella consuetudine v., per tutti, J. GILISSEN, Consuetudine, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, vol. III, Torino, 1988, p. 497 s.

⁽¹¹⁶⁾ Così, per tutti, F.C. PALAZZO, *op. cit.*, p. 349, secondo cui «niente esclude che una norma consuetudinaria possa intervenire ad integrare la struttura della fattispecie in quanto richiamata — di solito — da un elemento normativo».

⁽¹¹⁷⁾ V., per tutti, F.C. PALAZZO, Riserva di legge e diritto penale moderno, in *Studium iuris*, 1996, p. 279 s.

⁽¹¹⁸⁾ G. MARINUCCI, Consuetudine (dir. pen.), in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 508; *amplius* Id., *La colpa*, cit., p. 178 ss.

⁽¹¹⁹⁾ G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, p. 180.

⁽¹²⁰⁾ G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, p. 179.

⁽¹²¹⁾ G. MARINUCCI, *Consuetudine*, cit., p. 508.

Ora, per cogliere appieno il senso di quest'ultima obiezione, occorre muovere dalle sue presumibili premesse politico-criminali. In effetti, se con essa si intendesse affermare che la teoria della colpa è tenuta a raccogliere il bisogno di pena espresso dal corpo sociale, allora non si potrebbe che essere in disaccordo. Non v'è chi non veda, infatti, come una tale impostazione rischierebbe di trasformare la colpa penale in un pericoloso strumento di pacificazione sociale facilmente permeabile alle istanze sanzionatorie dovute ai più diversi fattori: non ultimo all'incapacità dell'illecito civile — da tempo assestato su parametri risarcitori poco soddisfacenti — di costituire per le vittime un appagante strumento di soddisfazione ⁽¹²²⁾. Verosimilmente, però, l'obiezione avanzata nei confronti di una delimitazione della colpa generica attraverso gli usi è animata da un diverso e più corretto intento teorico: vale a dire dalla necessità che il «fatto di reato» corrisponda a quelle tipologie empirico-criminologiche che costituiscono un indispensabile riferimento per il legislatore nella scelta e nella costruzione delle fattispecie penali ⁽¹²³⁾.

Se così fosse, però, l'obiezione finirebbe per ritorcersi contro lo stesso giudizio di prevedibilità. E invero, proprio una verifica della capacità di questo criterio di adeguarsi alle tipologie empirico-criminologiche di riferimento dimostrerebbe quanto inappaganti siano state finora le sue applicazioni. In questo senso, infatti, anche la penuria di sentenze in materia di bancarotta semplice patrimoniale, soprattutto se confrontate con l'ingente numero di fallimenti in cui sembra sussistere il *fumus* di una grave incapacità dell'imprenditore, sta a dimostrare la scarsa propensione diagnostica della valutazione predittiva nei settori, come quello della gestione aziendale, che richiedono un gran numero di conoscenze tecniche ⁽¹²⁴⁾. Di più: il canone della prevedibilità, soprattutto nella sue versioni più evolute, che muovono cioè dalla prospettiva dell'agente modello e lo correggono attraverso una valutazione del rischio consentito, evidenzia nei settori gnoseologicamente complessi quasi una inidoneità operativa: tant'è vero che le difficoltà che esso comporta potrebbero persino indurre — ed è proprio ciò che è accaduto, a nostro avviso, nel caso della bancarotta semplice patrimoniale — a rinuncia-

⁽¹²²⁾ In relazione alle esigenze civilistiche che spesso condizionano l'accertamento giudiziale della colpa penale, v. G. FLORA, *Riflessioni su colpevolezza e responsabilità oggettiva «occulta» nella prassi giurisprudenziale*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 547.

⁽¹²³⁾ Sulla necessità che il «fatto di reato» rispecchi sottostanti tipologie empirico-criminologiche v. per l'appunto G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, p. 1211.

⁽¹²⁴⁾ Muovendo da una concezione tradizionale della colpa generica, una parte della dottrina sostiene addirittura che non vi siano regole prudenziali atte a fondare una responsabilità colposa dell'imprenditore per i fatti di bancarotta semplice patrimoniale: in questo senso U. GIULIANI-BALESTRINO *op. cit.*, p. 610.

re *a priori* allo stesso accertamento di una responsabilità colposa per non incorrere nel rischio di una criminalizzazione indiscriminata di comportamenti leciti.

Non solo, dunque, non può essere condivisa l'idea che la prevedibilità garantisca di per sé stessa una maggiore applicazione della colpa rispetto a un riferimento alla consuetudine, ma proprio il ricorso agli usi cautelari assicura, a ben riflettere, una maggiore selettività dei comportamenti penalmente rilevanti. La conferma di una tale propensione è peraltro offerta da un confronto tra le diverse conclusioni cui si potrebbe pervenire, seguendo la tesi della prevedibilità o degli usi, nell'accertamento della responsabilità colposa in taluni settori dell'agire umano non disciplinati da regole cautelari formalizzate. Si pensi, per esempio, alla sempre più copiosa giurisprudenza relativa alla responsabilità dello sciatore in occasione di incidenti sulle piste. Ebbene, quasi automaticamente il ricorso alla prevedibilità ha indotto l'interprete a riconoscere, in questi casi, una responsabilità colposa nei confronti dello sciatore che perveniva da monte, esentando colui che, in occasione dello scontro, si trovava a valle ⁽¹²⁵⁾. È questo, tuttavia, solo l'esito ineluttabile di una valutazione di tipo probabilistico-predittivo, poiché — come emerge dal tenore delle citate sentenze — adottando una simile prospettiva, si sarà sempre indotti a tributare maggior peso alla situazione di «dominio» che caratterizza lo sciatore a monte, rispetto alla «passività» del soggetto che si trovava a valle. Ma sarebbe, questa, una soluzione tutt'altro che scontata ove ci si fosse riferiti alle regole di diligenza imposte dalla prassi ⁽¹²⁶⁾. Da questa angolazione, infatti, si sarebbe dovuto verificare se lo sciatore a valle si fosse per esempio fermato subito dopo un dosso o una curva, sì da costituire per gli altri un ostacolo invisibile; o se questi abbia invertito improvvisamente il senso di marcia, impedendo agli altri sciatori il passaggio sulle code ⁽¹²⁷⁾. Tutte regole cautelari, queste, che racchiudono l'esperienza maturata dai frequentatori delle piste e che, ove fossero state considerate dai giudici, avrebbero potuto assicurare una maggiore selezione dei fatti penalmente rilevanti, ovvero — visto dal lato del precetto penale — una maggiore frammentarietà dell'incriminazione.

⁽¹²⁵⁾ Cfr., per esempio, Cass. IV, 12.2.1997, Zappi, in Giust. pen., 1997, p. 874; Pret. Tione di Trento, 16.7.1993, Profaizer, in Foro it., 1994, II, c. 468.

⁽¹²⁶⁾ Queste norme sono state peraltro compendiate da uno speciale decalogo distribuito dall'Associazione Maestri Sci Italiani, al quale è stata data ampia diffusione.

⁽¹²⁷⁾ Oltre alle citate regole comportamentali, il decalogo distribuito dall'A.M.S.I. indica, altresì, quali condotte cautelari imposte dalla prassi allo sciatore che si trova a valle, l'obbligo di non curvare al limite del bordo della pista così da lasciare sempre uno spazio sufficiente per il sorpasso (regola n. 11); e ancora l'obbligo di risalire la pista procedendo sul bordo (regola n. 7).

Non pare inoltre condivisibile, a nostro avviso, l'affermazione secondo cui il riferimento agli usi ostacola l'accertamento della responsabilità colposa nelle attività assolutamente nuove, in relazione alle quali l'interprete non dispone di prassi cautelari affermatesi nell'uso. Quello delineato dalla critica è in effetti uno scenario vero solo in astratto: in realtà, invece, non esistono settori di questo tipo, o meglio non esiste attività pericolosa che non possa contare su una prassi cautelare di riferimento. Delle due l'una, infatti: o l'attività nuova può *ex ante* definirsi pericolosa, ma allora ciò significa che l'interprete dispone di regole cautelari, poiché un giudizio di pericolosità può essere effettuato solo in base all'esperienza, che costituisce la matrice dei modelli comportamentali atti a evitare il pericolo⁽¹²⁸⁾. Oppure l'attività nuova non può *ex ante* definirsi pericolosa, ma in questo caso mancherebbero i presupposti stessi per l'operatività di un giudizio a titolo di colpa, dato che non vi sarebbe quella percepibile situazione di pericolo per il bene tutelato dalla fattispecie, che costituisce — come si è detto in apertura — il presupposto minimo di ogni imputazione colpevole.

11. - Il successo giurisprudenziale del canone della prevedibilità nella ricostruzione del fatto colposo sembra dipendere, in definitiva, più che da un'intrinseca coerenza rispetto alla realtà empirico-criminologica, dalla sua appetibilità per il giudice. Non va sottovalutato, infatti, che un giudizio di natura predittiva consente un'agevole argomentazione della sentenza, offrendo all'interprete una varietà di parametri elastici (basti pensare all'agente modello o al rischio consentito) facilmente gestibili in fase espositiva per giungere alla soluzione desiderata. Senza contare, poi, che un tale criterio assicura una pressoché totale insindacabilità della decisione per la sua stretta connessione con valutazioni di fatto, che difficilmente il giudice d'appello o tanto meno la Cassazione — cui è precluso un sindacato di merito — saranno propensi a rielaborare.

A fronte di ciò, si pone l'estremo rigore di una delimitazione della tipicità colposa fondata sugli usi, che si traduce sia in una netta diminuzione del potere discrezionale dell'interprete, sia in un irrigidimento del procedimento penale relativo ai fatti colposi, dato che questo non potrà non muovere — e successivamente svilupparsi — dalla previa individuazione della regola cautelare consuetudinaria che il soggetto agente avrebbe dovuto rispettare. Verosimilmente, lo scenario processuale, che il riferimento alla consuetudine impone, determinerà — così come avviene per l'accertamento della causalità — l'intervento di esperti del settore in cui l'imputato ha agito (tecnicamente: periti), in grado di segnalare l'esistenza di possibili devianze dalla prassi solitamente seguita dagli operatori, consentendo così al giudice di riconoscere eventuali regole cautelari,

(128) Così F. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 103.

anche in considerazione del grado di diffusione raggiunto dal modello comportamentale indicato dall'esperto ⁽¹²⁹⁾.

Ciò non toglie, comunque, che vi possano essere regole comportamentali la cui natura cautelare può essere colta anche solo sulla scorta della scienza privata del giudice, perfettamente in grado di percepire la doverosità della condotta secondo il corpo sociale. Si pensi per esempio, rimanendo al tema della bancarotta semplice, a un errore dell'imprenditore relativo al prezzo del prodotto, che — è intuibile — va calcolato in modo tale da includere tutti i costi di produzione (tra cui anche gli investimenti attuati con un finanziamento esterno). Non si potrebbe certo dubitare, infatti, che una gestione economica realizzata per lungo tempo in perdita, ovvero nel mancato rispetto della regola cautelare che impone di calcolare correttamente il giusto prezzo del prodotto, finisca per integrare un fatto di bancarotta semplice colposa ⁽¹³⁰⁾. Nessun dubbio dovrebbe parimenti sussistere, in relazione alla responsabilità colposa dell'imprenditore, nell'ipotesi in cui questi operi in condizioni di inadeguata capitalizzazione ⁽¹³¹⁾: qualora cioè egli violi la regola secondo cui l'entità dei mezzi propri conferiti nell'azienda devono essere sufficienti per sopportare il fabbisogno finanziario dell'attività complessivamente svolta ⁽¹³²⁾. Ma anche un fallimento determinato da inesigibilità dei crediti può essere connesso a una grave colpa gestionale. Si pensi ancora, al caso in cui il fallito abbia cambiato committente senza averne verificato le credenziali: un fatto questo tutt'altro che infrequente per le piccole imprese, che lavorano, come si suol dire, per conto terzi. Va da sé, per vero, che la verifica dell'affidabilità economica del committente è una norma comportamentale talmente diffusa nella prassi che qualunque giudice dovrebbe ritenere in colpa l'imprenditore che ha avviato la produzione per un acquirente di cui non abbia verificato la solvibilità rivelatasi già precaria al momento della commissione.

12. - Nel campo della bancarotta semplice patrimoniale, l'attività di reperimento delle norme comportamentali è peraltro notevolmente agevolata dall'esistenza di una vera e propria scienza di riferimento, la gestione

⁽¹²⁹⁾ Sull'accertamento giudiziale della consuetudine v., per tutti, C.E. BALOSSINI, L'accertamento del diritto consuetudinario compito del *giurista* e del sociologo, Milano, 1963, p. 177 ss.

⁽¹³⁰⁾ Per altre analoghe esemplificazioni v., di recente, P. MANGANO, *op. ult. cit.*, p. 117.

⁽¹³¹⁾ Amplius, su questo punto, A.M. FELLEGRA, La qualità *dell'informativa* di bilancio, in AA.VV., *Crisi di impresa e procedure concorsuali*. Spunti critici emergenti da un'indagine empirica, Milano, 1996, p. 134 ss.

⁽¹³²⁾ In relazione all'equilibrio patrimoniale-finanziario cfr. P. ANDREI, *La prevenzione dei dissesti aziendali*, in AA.VV., *Crisi di impresa*, cit., p. 165 ss. V'è da ritenere, ad esempio, che costituisca una regola cautelare consolidata nell'uso quella secondo cui le risorse finanziarie dell'impresa non possono essere ottenute ricorrendo a prestiti usurari: in questo senso Pret. Prato, 8.11.1976, Magnolfi, in *Banca e Borsa*, 1977, II, p. 113 ss.

aziendale, alla quale l'interprete può attingere — mediante l'intervento del perito — per accertare i casi di manifesta imprudenza gestionale ⁽¹³³⁾. Sarà bene però non equivocare: non ogni modello comportamentale elaborato e suggerito a livello teorico può rappresentare un parametro cautelare ⁽¹³⁴⁾. Perché siano rispettati i requisiti della regola di diligenza di cui già si è detto (in particolare la doverosità), è necessario che il modello gestionale teorico abbia trovato una concreta attuazione nella prassi, sì da rappresentare per gli appartenenti di quel gruppo sociale un vero e proprio riferimento comportamentale. In altri termini, la scienza dell'economia gestionale non rappresenta una matrice diretta delle norme cautelari che ogni imprenditore è tenuto a osservare; essa assolve piuttosto una funzione propositiva, che si estrinseca nella prospettazione di soluzioni astratte logicamente sostenibili. Il processo di formazione della regola cautelare penalmente rilevante richiede invece un passaggio ulteriore, che si fonda su un meccanismo di rinforzo delle regole di comportamento di maggior successo esercitato dall'insieme degli operatori — secondo una sorta di apprendimento collettivo — in grado di trasformare la singola soluzione teorica in un bagaglio di conoscenza comune e sorretto, proprio a seguito della sua costante, diffusa e riscontrata efficacia, da doverosità ⁽¹³⁵⁾.

La centralità delle scienze economiche per l'individuazione della regola cautelare gestionale si coglie, comunque, anche sotto un altro aspetto. E invero, esse non esplicano soltanto una funzione di proposizione teorica, ma provvedono altresì a censire le norme comportamentali che si sono rivelate efficaci alla prova dei fatti, rispecchiando lo stato dell'arte imprenditoriale esistente in quel dato momento storico. È questa, tuttavia e ancora una volta, un'efficacia mediata delle scienze economiche sul processo (anche penale) di individuazione delle regole cautelari gestionali: le norme rimangono infatti sempre di origine e di validità consuetudinaria, di modo che la scienza esplica in questi casi solo una funzione certificativa e documentale. Questo meccanismo di memorizzazione dell'esperienza da parte della scienza economica è particolarmente evidente a livello di organizzazione e strutturazione dell'azienda. Per quanto riguarda quest'aspetto dell'attività imprenditoriale, infat-

⁽¹³³⁾ Veramente suggestiva, per la delimitazione dei fatti di bancarotta semplice patrimoniale, si è rivelata la consultazione dei testi di gestione aziendale: v., fra gli altri, S. SCIARELLI, *Economia e gestione dell'impresa*, Padova, 1997, p. 113 ss.

⁽¹³⁴⁾ Diversamente F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 343, il quale suggerisce di riferirsi sempre, nella colpa generica, alle leggi dettate dalla miglior scienza ed esperienza, anche perché un tale parametro «potenzialmente funzione pedagogica (di orientamento) e garantista (dei beni giuridici) delle regole di condotta».

⁽¹³⁵⁾ Cfr., in relazione al management come apprendimento, B. DI BERNARDO, E. RULLANI, *op. cit.*, p. 422 ss.; nonché *amplius* G. DOSI, G. FAGIOLO, L. MARENGO, *Modelli di evidenza empirica su quel poco che sappiamo dell'apprendimento in mondi che cambiano*, in AA.VV., *Incertezza, razionalità e decisioni economiche*, Bologna, 1998, p. 79 ss.

ti, si vanno sempre più stabilizzandole scelte cui si deve ispirare l'imprenditore in relazione alle proprie specifiche esigenze, tant'è che la letteratura economica ove queste modalità organizzative sono sunteggiate finisce per rappresentare un compendio pressoché certo della loro esistenza e validità (""). Non mancano poi anche gli strumenti normativi preordinati alla diffusione dei più efficienti modelli di organizzazione. Il riferimento è in particolare alla discipline di origine comunitaria (note come ISO 9000 e ss.) finalizzate al raggiungimento di determinati *standard* di qualità attraverso l'indicazione di modelli organizzativi efficienti ed economicamente convenienti ⁽¹³⁷⁾. Con ciò non si intende comunque sostenere che la violazione di queste normative si traduca automaticamente in una forma di colpa specifica per l'imprenditore. Com'è noto, infatti, il rispetto di queste norme è doveroso solo per le imprese che desiderano ottenere e conservare la certificazione di qualità rilasciata dagli organi competenti. Va da sé, nondimeno, che la diffusione di queste discipline, sia pur non vincolanti *erga omnes*, favorisce, da un lato, l'individuazione dei migliori modelli organizzativi, contribuendo, dall'altro, alla formazione di quella *opinio iuris ac necessitatis* da cui dipende il consolidamento delle regole consuetudinarie atte a fondare la responsabilità colposa dell'imprenditore ai sensi, quanto meno, dell'art. 217, n. 2, l.f. V'è da ritenere, infatti, che anche la violazione di norme cautelari organizzative può supportare il radicamento di una responsabilità colposa per i fatti di bancarotta semplice patrimoniale: anzi sarebbe la stessa attività d'impresa a tradursi in «un'operazione manifestamente imprudente» qualora venga condotta in radicale difformità dalle stesse.

13. – L'aspetto più delicato dei rapporti tra bancarotta semplice patrimoniale e rischio d'impresa riguarda comunque la sindacabilità, in ambito penale, delle scelte di «politica o di strategia aziendale» effettuate dall'imprenditore ⁽¹³⁸⁾. Detto altrimenti, occorre accertare quali margini di valutazione siano riservati al giudice in relazione al potere discrezionale esercitato dall'imprenditore durante la gestione economica precedente al fallimento: il che significa stabilire, dal punto di vista normativo, in che rapporti si pone l'art. 217 l.f. con il principio della libera iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost.

⁽¹³⁶⁾ Cfr., per esempio, L. BRUSA, *Strutture organizzative d'impresa*, Milano, 1986, p. 113 ss.; ovvero per quanto concerne un particolare settore dell'impresa, J.D. VIALE, *La gestione del magazzino. Dal deposito al centro di distribuzione*, Milano, 1997, p. 15 SS.

⁽¹³⁷⁾ Ci si riferisce alle normative ISO 9000, 9001, 9002 e 9003 emanate dal Comitato Europeo di Normazione.

⁽¹³⁸⁾ Relativamente alla politica d'impresa v., per tutti, M. RISPOLI, *Sviluppo dell'impresa e analisi strategica*, Bologna, 1998, p. 15 ss.; A.C. HAX, N.S. MAJLUF, *La gestione strategica dell'impresa*, Napoli, 1991, p. 3 ss.

Ebbene, va detto subito che, a nostro avviso, il «merito» della politica aziendale non può essere sindacato nel processo per bancarotta colposa. La scelta del prodotto da fabbricare, la mancata promozione di un settore di ricerca, il mantenimento dell'impresa entro i confini di un determinato mercato, sono decisioni nei confronti delle quali non può ammettersi una forma di sindacato giudiziale, né in sede penale né in ambito civile ⁽¹³⁹⁾. La politica aziendale — relativa per intendersi al *se* e cosa fare — rappresenta, infatti, la manifestazione più diretta e genuina dell'autonomia dell'imprenditore ⁽¹⁴⁰⁾, ponendosi perciò come espressione minima e intangibile dell'area di libertà garantita dall'art. 41 Cost. ⁽¹⁴¹⁾. Mancano, del resto, precisi strumenti diagnostici che consentano al giudice di sindacare la discrezionalità dell'imprenditore relativamente alla conduzione dell'azienda. Di certo, scelte di questo tipo potrebbero essere rivisitate a posteriori attraverso una perfetta razionalità predittiva, in forza della quale si potrebbe stabilire che l'imprenditore modello, a differenza di quello reale successivamente fallito, non avrebbe per esempio trasferito la propria azienda in uno Stato ove l'energia elettrica o la mano d'opera erano meno costose, subendo poi, a distanza di qualche tempo, un aumento tale di questi costi di produzione da mettere i propri prodotti fuori mercato. Ma questo tipo di analisi riproporrebbe, in definitiva, quella forma di accertamento della colpa da cui sinora ci siamo discostati, essendo questa affetta da un'esiziale discrasia rispetto alle logiche che governano le scelte comportamentali, e che finisce per alimentare, nella prassi applicativa, una valutazione del giudice del tutto priva di parametri di riferimento.

Eppure, la mancanza di criteri certi per stimare la validità di una decisione relativa al *quid* e all'an di un'iniziativa economica non preclude, a nostro avviso, uno spazio di operatività significativo della bancarotta colposa in relazione alla politica aziendale. E vero infatti che le decisioni dell'imprenditore sono insindacabili quanto al loro contenuto, ma è altret-

⁽¹³⁹⁾ Va ricordato, infatti, che anche la giurisprudenza civile si è dimostrata contraria a una valutazione della razionalità delle linee di conduzione dell'impresa, allorché è stata chiamata a valutare se l'inettitudine agli affari potesse costituire ragione di inabilitazione per prodigalità: così Cass. civ., 3.12.1988, n. 6548, in Riv. dir. comm., 1995, p. 311, con ampia nota di F. MATTEI, Riflessioni in tema di prodigalitetue rischio d'impresa.

⁽¹⁴⁰⁾ V. amplius sul punto G.M. FLICK, *op. cit.*, p. 188 ss., il quale afferma — seppure non con specifico riferimento al tema della bancarotta — che affidando «al giudice penale un controllo troppo penetrante sulla gestione dell'impresa, si finirebbe col fare di lui il gestore delle scelte economiche» *ivi*, p. 192.

⁽¹⁴¹⁾ È sottolineato, a questo proposito come sia stata la stessa Corte costituzionale a riconoscere che l'art. 41 Cost. circoscrive un 'nucleo essenziale' della libera iniziativa economica non scalfibile neppure dal legislatore ordinario: così C. cost., 28.7.1993, n. 356, in Giur. cost., 1993, I, p. 2801. Amplius, circa i limiti e la consistenza di questo 'nucleo essenziale' dell'attività d'impresa, M. MAGRI, Organizzazione dell'impresa e «regole» costituzionali, in Jus, 1995, p. 493 ss.

tanto vero che questo potere di scelta va esercitato nell'osservanza di determinate «condizioni tecniche», la cui violazione può determinare una responsabilità colposa ai sensi dell'art. 217 l.f. Si pensi, per esempio, alla decisione di fabbricare un nuovo tipo di prodotto. L'imprenditore è senza dubbio libero di orientare come meglio crede la produzione, ma è nondimeno necessario che egli assuma questa decisione utilizzando tutti gli strumenti conoscitivi che le tecniche gestionali gli mettono a disposizione (piani di *marketing*, indagini di mercato, rilevazione di costi, ecc.), provvedendo poi a controllare, a intervalli regolari, gli effetti delle proprie decisioni con altri strumenti di verifica ⁽¹⁴²⁾. Del resto, la scienza della strategia aziendale si riduce proprio a questo: essa non indica cioè cosa decidere, ma come decidere e a quali strumenti affidarsi per operare scelte consapevoli e informate ⁽¹⁴³⁾.

Una valutazione penale, ai sensi dell'art. 217, comma 1, l.f., delle decisioni di politica aziendale attuate dall'imprenditore può quindi essere effettuata alla luce di due distinti parametri. Il primo è rappresentato proprio dagli strumenti di programmazione e di controllo, il cui utilizzo si impone all'imprenditore in rapporto al tipo di attività intrapresa e alle dimensioni dell'azienda. È ovvio, infatti, che l'estrema complessità del mondo economico non può essere adottata a giustificazione di qualsiasi condotta gestionale: l'imprenditore ha quanto meno il dovere di indagare questa complessità, di operare un preliminare calcolo di convenienza sfruttando gli strumenti conoscitivi del management. Ciò non toglie, in ogni modo, che una particolare attenzione va mantenuta in ambito giudiziale sull'aspetto relativistico di quest'obbligo comportamentale, posto che il grado di conoscenza e di programmazione richiesto all'agente economico aumenta proporzionalmente — muovendo da un livello particolarmente basso per i titolari di piccole imprese ⁽¹⁴⁴⁾ — in rapporto alle dimensioni e al tipo di attività.

⁽¹⁴²⁾ In relazione a questi strumenti del management v., fra gli altri, M. BERGAMIN BARBATO, *Programmazione e controllo in un'ottica strategica*, Torino, 1991; AA.VV., *Misurazioni d'azienda. Programmazione e controllo*, a cura di F. Amigoni, Milano, 1995; J.G. BURCH, *Contabilità direzionale e controllo gestionale*, Milano, 1997. Sembra dunque condivisibile — benché se ne conosca solo la massima — la decisione pronunciata da Cass. V, 20.3.1970, Cudia, in *Giust. pen.*, 1971, II, c. 455, secondo cui «la manifesta imprudenza delle operazioni commerciali compiute dal fallito vanno valutate attraverso la impossibilità in concreto di assorbimento del prodotto sul mercato»: se ne deduce, infatti, che la regola cautelare violata consista nel non aver anticipato la produzione con una congrua indagine di mercato relativa alle capacità di assorbimento del prodotto.

⁽¹⁴³⁾ Quasi letteralmente, H.A. SIMON, *La formazione*, cit., p. 291. Analogamente B. DI BERNARDO, E. RULLANI, *op. cit.*, p. 76, secondo i quali «la decisione strategica si configura come una meta-decisione, una decisione di secondo livello: il suo contenuto non è una decisione su un comportamento operativo, ma è quello di una decisione su come decidere».

⁽¹⁴⁴⁾ Con questa locuzione, non ci si intende riferire ai c.d. piccoli imprenditori di cui all'art. 2083 c.c., che com'è noto l'art. 1 l.f. non assoggetta alla procedura

In secondo luogo, l'imprenditore è tenuto a operare in conformità con la programmazione prestabilita sulla base dei summenzionati strumenti conoscitivi. Se da un lato, infatti, egli è perfettamente libero di orientare la politica d'impresa, scegliendo finanche di ispirarsi a modelli comportamentali particolari o ai più diversi insegnamenti delle scuole economiche — giacché, merita ricordare, l'economia aziendale non è una scienza univoca — dall'altro lato, una volta operata questa scelta, l'imprenditore deve muoversi in linea con la politica programmata, variando i comportamenti gestionali solo se gli strumenti di verifica segnalano l'esistenza di soluzioni più soddisfacenti, oppure nel caso in cui decida di modificare, previa ulteriore programmazione, la strategia d'impresa ⁽¹⁴⁵⁾. In termini strettamente penali, si può quindi affermare che le regole cautelari in base alle quali è possibile valutare le scelte di politica economica non sono solo le *legis artis* del *management*, ma anche quelle che lo stesso imprenditore si dà predisponendo il programma di gestione. Si tratta, del resto, di un meccanismo di individuazione della regola cautelare niente affatto nuovo sul diritto penale dell'impresa, posto che anche in materia di sicurezza sul lavoro le norme di diligenza si possono evincere dal c.d. piano di sicurezza, alla cui elaborazione l'imprenditore partecipa effettivamente.

14. - L'individuazione della regola cautelare non esaurisce però il problema della delimitazione dei fatti di bancarotta semplice patrimoniale. Opportunamente, infatti, il legislatore ha circoscritto l'area dell'illecito — almeno per quanto riguarda i nn. 2-4 dell'art. 217 l.f. concernenti segnatamente l'attività gestionale del fallito — attraverso il riferimento all'esistenza di una «colpa grave» del soggetto agente, creando così un'ulteriore zona di liceità tra la violazione *tout court* di una regola cautelare e l'intervento della sanzione penale. L'adeguatezza di questa scelta di politica legislativa si coglie, peraltro, sotto almeno due aspetti: sia perché l'imprenditore agisce in un settore caratterizzato da una forte incertezza ed è quindi chiamato a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà ⁽¹⁴⁶⁾; sia perché la bancarotta

fallimentare; si vuole piuttosto indicare quella fascia di soggetti titolari di imprese di piccole dimensioni, che, sebbene soggetti al fallimento, difficilmente possono essere chiamati a effettuare scelte di strategia aziendale.

⁽¹⁴⁵⁾ La necessità di variazioni è dovuta al fatto che la gestione aziendale si sostanzia in un'attività di continua auto-correzione, per usare un'espressione tipica degli economisti, di *learning by doing*, perseguendo una linea di «continuo aggiustamento tra una parte e l'altra dell'impresa e tra l'impresa e il suo ambiente, non calcolabile a priori, ma determinabile sperimentalmente attraverso una sorta di circolarità cibernetica»: così B. DI BERNARDO, E. RULLANI, *op. cit.*, p. 54 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Su questa linea si muoveva, peraltro, l'art. 39 del progetto di riforma del codice penale presentato dal Senatore Riz (Disegno di legge n. 2038 comunicato alla Presidenza del Senato il 2 agosto 1995), in base al quale la «colpa grave» avrebbe dovuto sempre segnare la soglia di rilevanza penale nei casi in cui il soggetto agente fosse stato chiamato a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà.

semplice è strutturata come un reato di mera condotta sottoposto a condizione obiettiva di punibilità (nella fattispecie la dichiarazione di fallimento), cosicché il riferimento alla colpa grave ha il vantaggio di introdurre un minimo di personalizzazione del rimprovero, rifuggendo da un accertamento rigidamente oggettivo dell'illecito, che si risolve tutto nella verifica dell'avvenuta trasgressione della diligenza doverosa ⁽¹⁴⁷⁾.

Com'è intuibile, le ricadute del requisito della colpa grave sono diverse e significative. Anzitutto la violazione di una regola cautelare non può essere di per sé sufficiente per far ritenere raggiunta la soglia di rilevanza penale. Perché il fatto si sostanzia in una colpa grave del soggetto agente, è necessario infatti che si possa riscontrare un'ampia divergenza tra la disciplina cautelare imposta all'imprenditore e la gestione aziendale concretamente attuata ⁽¹⁴⁸⁾. Non solo: è necessario altresì — seguendo una condivisibile lettura del reato di bancarotta in chiave di concreta offensività ⁽¹⁴⁹⁾ — che l'offesa agli interessi dei creditori derivante dalla gestione aziendale fosse evitabile con un alto grado di probabilità mediante il rispetto delle regole di diligenza ⁽¹⁵⁰⁾. Un adeguato apprezzamento di quest'ultima condizione è per vero particolarmente importante soprattutto con riferimento alle regole cautelari di tipo organizzativo e strutturale, essendo queste solo indirettamente connesse al raggiungimento di un vantaggio economico. Ne viene dunque che non ogni errata scelta organizzativa può essere invocata a fondamento della tipicità dei fatti di cui all'art. 217 l.f., ma solo quelle gravi forme di disfunzione organizzativa in mancanza delle quali è altamente probabile che non si sarebbe verificato un esito negativo dell'attività d'impresa, ossia quell'offesa ai creditori che rappresenta l'evento in senso giuridico del reato di bancarotta.

Infine, il requisito della grave colpa fa sì che il rimprovero nei confronti del soggetto agente può essere avanzato solo se vi è un alto grado di esigibilità della regola cautelare ⁽¹⁵¹⁾, il che si traduce in un giudizio circa il *quantum* di

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. sul punto M. DONINI, *op. cit.*, p. 78 s., il quale auspica un ampliamento del ricorso alla colpa grave quale soglia di rilevanza penale del fatto proprio al fine di evitare che l'accertamento della responsabilità colposa si risolva tutto nella dialettica tra l'evento e la violazione della regola cautelare mediata dai criteri di imputazione: *ivi*, p. 368 s. *Amplius*, sulle prospettive di riduzione dell'intervento penale relativamente all'illecito colposo, F. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi sen.*, 1993, p. 22 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ In relazione al *quantum* di divergenza tra il comportamento realizzato e la condotta imposta dalla regola cautelare quale parametro di gravità della colpa v., per tutti, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 888 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Così, per tutti, C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 11 ss. spec. 140 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Il relazione al grado di evitabilità dell'evento come indice di graduazione della colpa v., per tutti, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1998, p. 275, punto *b*.

⁽¹⁵¹⁾ Circa il maggiore o minore grado di esigibilità della diligenza doverosa per il soggetto agente come criterio di commisurazione della colpa, v. ancora T. PADOVANI, *Il grado, cit.*, p. 881 ss.

accessibilità-conoscibilità per il singolo imprenditore della norma comportamentale che si ritiene trasgredita. Non v'è chi non veda, infatti, come il rispetto delle *Zegis artis* del *management* — ci si riferisce in particolare all'utilizzo dei vari strumenti di programmazione e di controllo ai quali si è in precedenza accennato — non possa pretendersi nei confronti di ogni soggetto esercente un'attività d'impresa, non essendo queste leggi diffuse ad ogni livello della società economica. Si tratta piuttosto di una disciplina tecnica rivolta ai responsabili di aziende di grandi dimensioni: i soli, peraltro, concretamente chiamati a effettuare vere e proprie scelte di politica aziendale. L'irrelevanza delle più complesse regole del *management* per i titolari di piccole e medie imprese, che deriva proprio dalla delimitazione della bancarotta semplice attraverso il riferimento alla colpa grave, rappresenta del resto una soluzione che consente di ottenere un duplice e importante risultato: imporre l'obbligatorietà di tutte le regole del *management* in relazione alle fasce più alte e qualificate dell'imprenditoria, impedendo, dall'altro lato, che una loro diffusa vincolatività si risolva in un ostacolo allo sviluppo dell'iniziativa economica da parte dei soggetti appartenenti agli strati culturalmente meno preparati della società.

ABSTRACT

The determination of the boundaries of the ambit of application of the crime of simple, patrimonial bankruptcy (art. 217, paragraf 1, l.f.) is entrusted by the legislator to the subjective element (in this case, the fault) to which it is acknowledged, by the prevailing legal theory, a direct and autonomous function on the typicality plane. This investigation has established, in adance, to compare the different theoretic interpretation models of negligence, in order to be able to establish which of them is best capable of satisfying said typifying attitude.

La delimitazione dell'ambito di applicazione del delitto di bancarotta semplice patrimoniale (art. 217, comma 1, l.f.) è affidata dal legislatore all'elemento soggettivo (nella fattispecie la colpa), al quale è riconosciuta dalla prevalente dottrina una funzione diretta e autonoma sul piano della tipicità. La presente indagine si prefigge dunque di confrontare i diversi modelli teorici di interpretazione dell'elemento soggettivo colposo, onde poter stabilire quale di essi consenta di soddisfare al meglio tale attitudine tipizzante.

GIOVANNI TUZET

NOTE SU DIRITTO E LETTERATURA: NAUFRAGI E DÉRÈGLEMENT

La rotta, innanzitutto: a partire da un'interrogazione su diritto e letteratura, vorremmo giungere ad incontrare la questione della regola. Attraverso la figura del naufragio. Dal naufragio al dérèglement, dal naufragio come deriva, rotta incerta fra vita e morte, al problema della regola per l'eversione che Rimbaud ne annuncia. Dunque tre parti: una prima su diritto e letteratura, quindi il naufragio, quindi il dérèglement.

E s'impone immediatamente una domanda circa la rotta; partiamo da diritto e letteratura per incontrare naufragio e *dérèglement*, naufragio e perdita, o demolizione (o decostruzione) delle regole: se questo è il percorso, la nostra rotta potrebbe essere una rotta di naufraghi (d'altra parte, cos'è la rotta di un fiume se non il naufragare delle acque?). Ma se l'acqua sarà qui il nostro elemento, ci pensiamo come chi si immerge in essa. E possiamo tracciarla, questa rotta sommersa: riguarderà alcuni testi fra inizio 800 e metà 900, circa; Coleridge ed Eliot in particolare, quindi, soprattutto, Rimbaud. E ci pensiamo come chi si immerge per quindi risalire, come una ricerca di cui dire l'esito.

1. *Diritto/letteratura*

Soprattutto nel dibattito statunitense, nel corso di questo secolo, si è proposta la relazione fra diritto e letteratura, o più ampiamente fra politica e letteratura. Ci torneremo a partire da un testo di Richard Weisberg, esponente tra i più noti del *law-and-literature movement*; quindi vedremo i lavori che il più celebre Richard Rorty, da 'neopragmatista', ha dedicato al tema.

Innanzitutto, vorremmo notare che per rendere omaggio a ciò che diritto e letteratura sono e rappresentano, bisognerebbe esprimerne la differenza; il che significa allontanamento ma allo stesso tempo, forse, complementarità nella storia della razionalità occidentale. Senza un sapere giuridico intrec-

ciato ad un sapere storico ⁽¹⁾, e dunque deputato a dire il vero, come sarebbe concepibile un sapere letterario? — ciò che significativamente l'inglese chiama fiction. E senza una disciplina che si enuncia in termini di finzione, di fantasia, come sarebbe pensabile viceversa la disciplina che attesta il vero? La dimensione del racconto è certo comune al racconto vero ed al racconto fantastico, ma questo di per sé non sembra giustificare un'equivalenza fra diritto e letteratura. Pensare diritto e letteratura significa innanzitutto rendere omaggio ai caratteri della cultura occidentale, e alla razionalità in essa espressa; significa pensare la complementarità delle due discipline nel quadro di un sapere razionale che sa attestare il vero e d'altro canto sa costruire, inventare, vagheggiare — sa raccontare ciò che accadde in verità, sa narrare ciò che del vero ha solo la sembianza, sa dipingere l'inverosimile.

Se però vogliamo distinguere i due campi dovremo ulteriormente distinguere all'interno del campo genericamente 'letterario': dire fiction non è dire poesia. Non possiamo parlare di dirittolletteratura senza distinguere fra narrativa e poesia (dovremmo forse pensare qualcosa come diritto/narrativa e dirittolpoesia). La poesia non partecipa del solo fantasioso. La poesia costituisce — (è necessario rinviare una volta ancora al verbo greco? — *poiein*: fare, formare, costituire). Lasciamo in sospeso se costituisca qualcosa a nome del vero; ad ogni modo cercheremo di indicare come costituisca attraverso regole. (E dovremo rifiutare ogni surrealismo informale, l'idea di un automatismo psichico puro, ogni poetica del non-règlement). E se ciò che si attesta giuridicamente come vero si enuncia attraverso regole, non è insensato pensare queste note su dirittolletteratura, o meglio dirittolpoesia, data la rilevanza della regola nell'ordine del poetico e del giuridico. — "Mais, qu'est-ce donc enfin qu'une loi?" ⁽²⁾ Ad un corpo inerte, si tratta di donare "le mouvement et la volonté parla legislation" ⁽³⁾. Il movimento, dunque il senso, la vita.

— A titolo di curiosità, ricordiamo i formulari bolognesi fra duecento e trecento, i registri notarili su cui, a margine di contratti e testamenti, per evitare che gli spazi bianchi potessero dar luogo ad aggiunte illegali, i notai usarono trascrivere sonetti, ballate, ed altri componimenti per lo più popolari. Di tali opere, non avemmo altrimenti notizia. (Anche in questa circostanza curiosa, il diritto testimonia di qualcosa — e la testimonianza è sempre a nome del vero).

Veniamo dunque a Weisberg e all'opera che citiamo, *Poethics*. Già nella prefazione, a nome della relazione fra diritto e letteratura l'autore annuncia di

⁽¹⁾ Sul rapporto fra sapere giuridico e sapere storico, vedi P. NERHOT, *Diritto-Storia*, Padova, Cedam, 1994. — Ringrazio in questa nota il prof. Patrick Nerhot per avere introdotto il percorso che ora seguo, e Massimo Durante, Paolo Heritier, Elisa Scattolini per la lettura di questo testo, per le osservazioni, i consigli.

⁽²⁾ J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, II, 6.

⁽³⁾ *Ibidem*.

voler associare "two major human enterprises: establishing justice and telling stories" (4). L'impostazione è discutibile. Sembra riduttivo concepire la letteratura come "telling stories": si può dire che i poeti raccontino storie? È inoltre ambiguo se non fuorviante dire che i giuristi raccontino storie. Stabilire il giusto è raccontare una storia e viceversa raccontare una storia è stabilire il giusto? Non meravigliarono le critiche al *Zaw-and-Ziterature* se autori come Weisberg impostano la relazione fra ciò che è giuridico e ciò che è letterario procedendo ad una dubbia assimilazione delle prospettive. Chi potrebbe negare che la 'storia' del giurista parli a nome del vero, e la 'storia letteraria' a nome della finzione? Come potrebbe Weisberg negarlo? — e dovrebbe dire che *non* è *vero*. Forse Weisberg si limita a raccontare una storia?

Tali impostazioni (lo vedremo specialmente in Rorty) non sembrano avanzare altra pretesa che non sia il raccontare a propria volta una storia: potremmo raccontare di come il diritto sia stato rappresentato nella storia della letteratura, e viceversa di come il 'raccontare storie' sia stato concepito dai giuristi quale metafora per indicare il proprio mestiere, se non un effettivo strumento per svolgerlo; potremmo dunque concludere che il giurista valente è un valente scrittore, e le nostre conclusioni riproporrebbero un'ambiguità di fondo: dicono qualcosa di vero *o* raccontano una storia? raccontiamo una storia quando paragoniamo giuristi e scrittori, *o* asseriamo qualcosa di *vero* sul loro conto? e il giurista stesso, parla a nome del *véro* *o* racconta una storia? Qualcuno potrebbe rispondere che si fa l'una *e* l'altra cosa; forse Weisberg risponderebbe che in quanto giuristi stabiliamo la giustizia *e* raccontiamo una storia; ma, crediamo, se stabilire il giusto significa quanto meno pronunciare una sentenza in ragione di una ricostruzione dell'accaduto, e questa non può essere pensata che in termini di verità, si dovrebbe dire che attestiamo il vero *e* raccontiamo una storia. Cosa significherebbe questo accostamento non è chiaro. La relazione resta ambigua — come la congiunzione ("sublime arroganza della paroletta «e!»" (5), disse Nietzsche). Se l'intento del *law-and-literature* è quello di portare l'attenzione su ciò che abitualmente non consideriamo come giuridico, così da poterlo ripensare, non potremo che dirci in accordo; se però tale approccio significasse una svalutazione in merito a ciò che può essere detto razionale (a favore del prettamente politico, ad esempio) non potremo che dissentire. Fra diritto e letteratura, non potremo concludere per una sorta di 'romanticismo politico' (Rorty); noi crediamo debba essere cercata ed elaborata un'articolazione più

(4) R. WEISBERG, *Poethics*, New York, Columbia University Press, 1992, p. IX. "The virtue of literary stories about law is that they force us to grapple with the unique elements that often come to the fore when law acts on people" (*ibidem*, p. 201 - questo uno dei principali interessi di Weisberg).

(5) F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, 346.

significativa, considerando forse la poesia e mirando ad alcuni nodi teorici — il problema della regola è il nostro.

"Lawyer and writer stand together, the former differing only in his coercitive power, not in his technique or value system" ⁽⁶⁾. Anche qui dobbiamo ammettere di essere perplessi: cosa significa dire che la tecnica utilizzata da entrambi, giuristi e scrittori, è la medesima, e che soprattutto è medesimo il value system? Significa dire che qualcosa di tecnico-formale non si distingue dai valori-contenuti? Weisberg riprende da Cardozo l'idea che la forma costituisca la sostanza del diritto — "Superb judicial decisions are only those crafted superbly; poor decisions reveal their weaknesses through the analysis of style and may not stand the test of time" ⁽⁷⁾. Tale assunzione non ci sembra sufficientemente interrogata; ammessa genericamente la rilevanza del linguaggio e della lingua nella realtà giuridica, come può essere sostenuto che la forma non si distingue dalla sostanza, o contenuto? Secondo Weisberg "all judges, conscious or no of their crafting powers, must match language to outcome in order to produce a coherent result" ⁽⁸⁾. Coerenza a nome di cosa? del vero o del narrato stesso? Si vorrebbe sostenere l'idea, invero discutibile, che una sentenza formulata con abilità linguistica superiore ad altre sentenze avrà maggiori probabilità di imporre il proprio senso, in virtù del fatto che significato sostanziale e significato letterale sono inscindibili. (Dunque per Weisberg il letterario è in primis un fatto formale, dunque letterale?).

Non è l'unica affermazione discutibile; Weisberg viene a considerare il carattere del processo che guida alla decisione giudiziale: "rightness in a legal decision derives from an imaginative and intuitive process within the adjudicator. This process results in the opinion, and the way in which the adjudicator explains the case determines the rightness or wrongness of the decision" ⁽⁹⁾. Per Weisberg, da qualcosa di immaginative and intuitive, qualcosa di creativo poiché spontaneo, deriva una sentenza giusta; *the way* in cui viene spiegato il caso determina una sentenza giusta o non giusta. In primo luogo ci desta qualche perplessità l'uso di nozioni così differenti, in una prospettiva semantica non meno che logica: qualcosa di intuitivo e spontaneo è in grado di produrre una conclusione di merito? lo stile può determinare una sentenza giusta? Una determinazione, ci sembra, è enunciabile in presenza di una asseribile certezza causale; come poter dire che qualcosa come lo stile, o persino l'intuizione, venga a determinare come causa quell'effetto che è la sentenza? Come lo si dimostra? Come lo si

⁽⁶⁾ R. WEISBERG, *op. cit.*, p. X.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 22.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 8. — Sul confronto fra diritto e letteratura in tema di coerenza, vedi G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1990, pp. 135-150, ed anche *Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996, pp. 211-217.

⁽⁹⁾ R. WEISBERG, *op. cit.*, p. 16.

argomenta? È un'inferenza? Weisberg è dunque pronto a sostenerne la verità? Ma soprattutto, in secondo luogo, a questo, cioè stile ed intuizione, si riduce la razionalità dell'argomentare una conclusione? Dobbiamo rinunciare alla pretesa di attestare razionalmente il vero, e rinunciare a pensare in termini di razionalità e verità la *rightness* di una decisione? (proprio in ambito statunitense vorremmo invece ricordare Peirce: vorremmo ricordarne l'opera intesa ad articolare ragionamento e verità, l'inferire ed il provare). In terzo luogo, dimenticheremo che una conclusione ed un caso si enunciano sempre attraverso una regola?

Weisberg conclude: "we cannot abstract from the legal utterance a scintilla of «meaning» that is not itself conveyed through the linguistic medium itself" (10). Forma e sostanza sono inseparabili. "No bad judicial opinion can be «well written». No seemingly just opinion will endure unless its discursive form matches its quest for fairness" (11).

Fermo restando che l'approccio di Weisberg ci sembra discutibile, non ci sentiamo d'altro canto di poter asserire che alcuna relazione esista fra letteratura e diritto, e fra letteratura e verità (tanto più fra poesia e verità). Parlare di letteratura in termini di 'non-verità', significa forse incorrere nelle clausure ottocentesche, ritornare alle distinzioni di un Dilthey. Si pensi a Dante: forse la *Commedia* non tratta del 'vero'? (un vero storico non disgiunto da un vero morale e teologico, semiotico e giuridico? cosa una pena o un premio eterno se non l'indice-effetto di una causa-comportamento e di una regola che li rende intelligibili in quanto tali?).

Prendere in considerazione Rimbaud significherà qualcosa di molto diverso dalla divisione tra scienze dello spirito e scienze della natura, eppure

(10) Ibidem, p. 251.

(11) Ibidem, p. 251. – Dello stesso autore v. anche *Diritto e Letteratura*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1993, pp. 107-113: ad una premessa interessante ("Il diritto, che fin dalle sue origini è stato accomunato alla letteratura in quanto tentativo di strutturare la realtà attraverso il linguaggio, conserva ancor oggi la sua essenza letteraria" – p. 107), segue una discutibile tripartizione del tema: 1) il diritto nella letteratura, 2) ermeneutica giuridica, 3) stilistica giuridica (*i.e.*, la letteratura nel diritto). Senza entrare nei dettagli, crediamo che il problema di questo approccio sia il seguente: si attende da esso qualcosa di interessante su ciò che sarebbe il diritto e ciò che sarebbe la letteratura, e si presume che proprio dall'impossibilità di operare una separazione scaturisca qualcosa di significativo; invece, fatta una premessa generale, e comunque promettente, nei tre punti successivi Weisberg parla già di diritto e letteratura come dati, come se già sapessimo di cosa trattare precisamente: vedremo allora cosa c'è di giuridico nella letteratura e cosa di letterario nel giuridico. Ma a tal punto, a chi interessa l'indagine? Eppure la premessa non ci dispiaceva, anzi crediamo che il problema sia proprio quello di strutturare la realtà, attraverso il linguaggio, o ancora meglio attraverso un processo cognitivo-razionale, di cui cerchiamo la formalizzazione. – Un'annotazione ancora: certe voci interne al *law-and-literature movement* criticheranno proprio la tendenza a mantenere diritto e letteratura come realtà date e da confrontare (lo vedremo *infra*).

distinto da un approccio in stile *law-and-literature*; per noi significa interrogare l'idea di diritto attraverso l'idea di regola, considerando come il concetto di regola attraversi campi del sapere diversi — forse complementari, forse affini. Fermo restando che in sede giudiziale la coerenza di una narrazione è a nome del vero, e non del narrato stesso, sia l'approccio di Weisberg che quello ad esso opposto sono criticabili: non diremo che diritto e letteratura si fondono l'uno nell'altra, né diremo che nulla hanno a che fare; diremo che la questione della regola ne attraversa i campi e ne ordina il senso.

La prospettiva si allarga se consideriamo l'opera di Rorty. Il suo contributo al tema rintraccia non tanto un rapporto fra diritto e letteratura quanto un più ampio e generico rapporto fra politica e letteratura. Il suo gesto è chiaro: ricorrere alla letteratura per trasmettere un messaggio etico-politico. Sarà la proposta chiave di *Contingency, irony and solidarity* (1989). Ma è anche chiaro che per l'antifondazionalista Rorty, antiessenzialista e nominalista, questa è una possibilità, se non la possibilità, di comunicare un senso che non si arresti alla mera letteralità degli enunciati. Introduciamo allora nella nostra lettura di Rorty, rispetto a questo punto, una distinzione fra letterale e letterario (non le si dia comunque un credito maggiore dell'essere qui un mezzo di critica). Per il nominalista Rorty non disponiamo che di vocabolari che ci ridescrivono; vocabolari, testi, parole, non significano nulla se non ciò che altri vocabolari, altri testi ed altre parole significheranno. Dunque il nostro scrivere e il nostro parlare non rilevarebbero che nei soli termini di altro scrivere e di altro parlare? *senz'altro*? Non precisamente, poiché il letterario, inteso in chiave etico-politica, attribuisce senso al letterale; se Weisberg sembrava incline a identificare qualcosa come il letterario e il letterale (la forma è la sostanza), Rorty cerca di superare il mero nominalismo (letteralità) grazie ad un valore letterario in termini etico-politici; Rorty decora il proprio nominalismo con l'impegno politico e morale da cui certa letteratura è innervata. Questo significa che Rorty può enunciare ciò che altrimenti, secondo i suoi stessi assunti antifondazionalisti, non potrebbe prendere in considerazione: il *telling stories* non richiede l'indicazione di un fondamento, o quantomeno di una giustificazione, o di una spiegazione — o le richiede in misura molto diversa. Né l'epistemologia, né la filosofia morale né la religione saranno al principio delle tesi rortiane: il gesto narrativo, cioè la *fiction*, sarà la giustificazione di ciò che è più di esso. Rorty ricorre al 'telling stories' per parlare a nome di ciò che presenterebbe difficoltà ben diverse, teoriche e non solo. Appunto il diritto o la morale. Per una mentalità antifondazionalista, antiessenzialista, post-modernista⁽¹²⁾, è un agevole

(12) Precisiamo comunque che Weisberg prende le distanze da un certo approccio post-modernista (*Poethics*, cit., pp. XII-XIV in particolare). Ad ogni modo, per i motivi che ci allontanano da questi approcci non siamo entrati e non entreremo nei dettagli di note dispute statunitensi, come quella fra Dworkin e Fish, o Weisberg e Posner a partire da Cardozo. Riportiamo solo l'opinione di Weisberg su Posner: "Posner's

ricorso a forme di presunta razionalità 'debole' (ma un ricorso obbligato: di cosa diversamente parlerebbe? e come?). Lo scrittore di romanzi non parlerebbe a nome del Vero, o del Bene — e forse nemmeno del Bello; si limiterebbe a raccontare delle storie, per suscitare con esse degli effetti, magari in ambito etico-politico, senza essersi tuttavia impegnato a nome del 'Bene' — o di altre imbarazzanti entità.

Ma intendiamoci, ancora: non discutiamo la possibilità di parlare di una certa tematica a partire da un ambito diverso che introduca ad essa; riteniamo che ciò possa costituire un punto di partenza, giustamente, e non l'amvo medesimo, e comunque lo troveremmo discutibile se fosse praticato sistematicamente per aggirare ogni sorta di ostacolo.

Anche in *Consequences of Pragmatism* (1982), nel saggio *Nineteenth-Century Idealism and Twentieth-Century Textualism*, Rorty affronta il problema del letterario. Idealismo ottocentesco e testualismo novecentesco sarebbero uniti nella critica al primato culturale della scienza, ma il primo vorrebbe sostituirvi la filosofia, il secondo la letteratura. Ciò che Rorty invece apprezza del letterario è proprio la possibilità di prescindere da un problema di primato, o fondamento epistemologico. Il concetto rortiano di letteratura sembra essenzialmente 'romantico': ciò che contraddistingue la letteratura non è il riconoscimento di regole ad essa preesistenti, o di vocabolari che imporrebbero la propria presenza, ma la creazione di nuovi vocabolari (perché Rorty non aggiunge nuove regole?). "It is a feature of what I shall call «literature» that one can achieve success by introducing a quite new genre of poem or novel or critical essay without argument. It succeeds simply by its success, not because there are good reasons why poems or novels or essays should be written in the new way rather the old. There is no constant vocabulary in which to describe the values to be defended or objects to be imitated, or the emotions to be expressed, or whatever, in essays or poems or novels" (13). Quindi Rorty parla espressamente di 'romanticismo', come "the thesis that what is most important for human life is not what propositions we

hermeneutics, replicating the impersonality of his jurisprudence, works from the general down to the individual case. His method is deductive, relying on the preconceived beliefs of some authoritative reader, not on any new experience, such as that of the literary text itself (R. WEISBERG, *op. cit.*, p. 198 - non ci sembra però che Weisberg spieghi in cosa consista un "literary text itself"). Accostiamo una 'sentenza di Posner: "The problem of legitimacy need not arise in regard to literary criticism, but it is central to law and government" (R.A. POSNER, *Law and literature. A misunderstood relation*, Cambridge (Massachusetts), and London (England), Harvard University Press, 1988, p. 243).

(13) R. RORTY, *Consequences of Pragmatism*, Brighton, Harvester Press, 1982, p. 142 - ci sembra particolarmente infelice l'idea che il 'letterario' sia ciò che 's'impone semplicemente grazie al suo successo'; ci sembra tautologico oltre che estremamente riduttivo. Inoltre, come si comprende che qualcosa è nuovo? Bisognerà conoscere bene il vecchio.

believe but what vocabulary we use" (14). Molti testualisti inneggerebbero alla letteratura in quanto capace di sostituirsi alla filosofia caricandone su di sé i problemi epistemologici; inconcepibile ed assurdo per Rorty, che in un saggio dello stesso volume sgancia il letterario da ogni problema epistemologico: si tratta di un contrasto "between styles — the «scientific» style and the «literary» style. The former style asks that premises be explicitly spelled out rather than guessed at, that terms be introduced by definitions rather than by allusion. The latter style may involve argumentation, but that is not essential; what is essential is telling a new story, suggesting a new language-game, in the hope of a new form of intellectual life" (15). Ora, quello che qui ci sembra meno convincente è la visione romantica della letteratura come emancipazione da ciò che sarebbe la 'regola'; il romanticismo rortiano considera "the activity of operating without rules, of searching for concepts under which to group particulars (or, by extension, of constructing new concepts which are «transgressive» in that they do not fit under any of the old rules) — as what really matters" (16).

Ci sembra inverosimile ottocentesco separare le discipline 'vere' da quelle 'non-vere', quelle condotte secondo regole e quelle che ne prescindono: il principio di razionalità, l'articolazione degli elementi in gioco secondo regole, non esclude il campo dell'arte e la creazione artistica (che non sia l'informe di Breton — è evidente). Ciò mostra la pochezza di un'analisi diritto/literatura impostata sulla ricognizione di elementi giuridici presenti in testi letterari e di elementi letterari in testi giuridici, e l'inconsistenza di un'idea di letteratura (e di politica?) come emancipazione da ciò che sarebbero le regole — è chiaro inoltre che per procedere a tale disamina bisognerebbe *già sapere precisamente cosa sarebbe giuridico e cosa letterario*; si tratterebbe di procedere allora alla semplice ricognizione di un già-saputo.

Ancora Rorty, da *Contingency, irony and solidarity*: "A sense of human history as the history of successive metaphors would let us see the poet as, in the generic sense of the maker of new words, the shaper of new languages, as the vanguard of the species" (17). Si tratta di comprendere "the power of redescribing, the power of language to make new and different things possible and important — an appreciation which becomes possible only when one's aim becomes an expanding repertoire of alternative descriptions rather than The One Right Description" (18). Per Rorty il *nuovo* significa più o meno ciò che scardina il pregiudizio dogmatico che esistano il Bene, il Vero, la Giusta Descrizione. Rinnovando le nostre descrizioni eviteremo di credere

(14) *Ibidem*, p. 142.

(15) *Ibidem*, p. 220.

(16) *Ibidem*, p. 143.

(17) R. RORTY, *Contingency, irony and solidarity*, cit., p. 20.

(18) *Ibidem*, pp. 39-40.

che una sola di esse riveli ciò che abbiamo e ciò che siamo. "The final victory of poetry in its ancient quarrel with philosophy — the final victory of metaphors of self-creation over metaphors of discovery — would consist in our becoming reconciled to the thought that this is the only sort of power over the world which we can hope to have" (19) — cioè il potere di autodescriverci, in vista di un futuro da progettare (questa l'accezione in cui Rorty enuncia il pragmatismo; in questi termini potremmo sottoscrivere il pragmatismo, salvo che — e qui si giustifica il termine 'neopragmatismo' — Rorty vorrebbe separare la questione del pragmatismo dalla questione del razionale e del vero; in questi termini rifiuteremo allora un 'neopragmatismo', e in futuro cercheremo di rileggere con Peirce, primo pragmatista, la questione della legge come elaborazione razionale del vero).

Continuando su *Contingency, irony and solidarity*, ricordiamo che nella seconda parte del libro è introdotta una distinzione fra dimensione privata e dimensione pubblica; tale distinzione "suggests that we distinguish books which help us become autonomous from books which help us become less cruel" (20). Si distinguono dunque la filosofia, essenzialmente un vocabolario privato, e la politica, vocabolario pubblico. E la terza parte del testo presenta esempi letterari che illustrano il legame fra politica e letteratura: per Orwell, per Dickens, la scrittura è al servizio della libertà umana, mentre per autori come Nietzsche e Foucault la scrittura sarebbe al servizio del raggiungimento di un'autonomia privata, attraverso una pratica autodescrittiva al singolare. Le recenti opere di Rorty tornano sul punto: in un testo il cui tema centrale è politico-storico, Rorty inizia esaminando alcuni romanzi e le loro conseguenze politiche e sociali, e conclude: "When I attribute inspirational value to works of literature, I mean that these works make people think there is more to this life than they ever imagined" (21).

Potremmo citare ancora, ma riteniamo che qualche punto sia ormai stilabile. Si aprirebbero diverse questioni, non ultima quella degli effetti,

(19) *Ibidem*, p. 40. Sull'arte e sulla politica utopistica dovrebbe concentrarsi una cultura liberale affrancata dal problema del proprio fondamento (*ibidem*, p. 52).

(20) *Ibidem*, p. 141. Su questo lavoro rortiano, in altra sede procederemo ad un esame più preciso; per quanto riguarda la questione dell'ironia, qui notiamo semplicemente che saremo ironici quando potremo identificare qualcosa su cui ironizzare, qualcosa il cui statuto non ha nulla a che fare con l'ironia. Questa osservazione potrebbe essere estesa a tante pagine di Nietzsche ove emerge l'ironia come reazione, reazione a qualcosa che per il fatto di suscitare una reazione non può essere costituito come oggetto ironico; qualcosa di invero serio, se cerchiamo di vincerlo facendone l'ironia (cfr. come esempi, *Al di là del bene e del male*, 294, e nella *Gaia scienza* il preludio *Scherzo, malizia e vendetta* — è significativo che la triade si apra con lo scherzo e si chiuda con la vendetta: qualcosa di estremamente serio).

(21) R. RORTY, *Achieving our country*, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1998.

conseguenze, che un'opera suscita ed in ragione di cui viene identificata (come si attestano tali effetti?); in ogni caso, ciò che qui notiamo è soprattutto che:

1. nel momento stesso in cui si procede ad una ridescrizione in cui sia in gioco un'identità, viene in primo piano la ricostruzione di un passato; ciò che prima si è detto su neopragmatismo e razionalità è da riprendere: una ricostruzione non può essere che una ricostruzione razionale del vero;

2. è troppo facile il ricorso ad una 'razionalità debole' per giustificare ciò che si vuole comunque enunciare senza la responsabilità di una fondazione e giustificazione teorica dell'enunciato; inoltre, in base a cosa si definirebbe 'debole' la razionalità di una certa forma culturale? come possiamo pensare che 'raccontare storie' non significhi alcun impegno circa la questione del vero? e dobbiamo senz'altro conoscere qualcosa a nome del vero per sostenere che un certo discorso non gli si riferisce;

3. l'immagine della letteratura che gli approcci in questione diffondono è assolutamente fuorviante, sia perché riguarda quasi esclusivamente la narrativa, e non la poesia, sia perché ne banalizza la genesi ed il senso ('telling stories') — con un azzardo potremmo dire che sia le posizioni post-moderne che quelle che ad esse si oppongono specularmente, sono ancora frutto di una distinzione (romantica? illuminista?) tra ciò che parla a nome del vero (la scienza, forse la filosofia) e ciò che è finzione (il teatro, il romanzo, la poesia); chi rifiuta il 'vero' e richiama la tradizione letteraria, e chi all'opposto richiama il rigore razionale e rifiuta il 'letterario'.

Queste due posizioni in conflitto sono insoddisfacenti. Se dobbiamo riformulare qualcosa come il principio di razionalità, il principio del vero e del falso, nelle forme di un processo cognitivo-razionale, non possiamo ancora retrocedere all'opposizione fra ciò che è scientifico, giustificato, oggettivo, e ciò che è letterario, fantastico, soggettivo, di seguito a qualcosa come le scienze della natura e le scienze dello spirito; se tali opposizioni ebbero una ragion d'essere nel quadro dei lumi ⁽²²⁾, si trovano ad essere esasperate nel quadro romantico e dall'atteggiamento romantico, riproposto da Rorty; oggi non vorremo tornare a queste cristallizzazioni, sterili. Perciò partiremo giusto dal romanticismo, Coleridge, chiedendoci se si possa cercare di comporre una lettura del mondo articolata nei termini di un processo razionale. Lettura e scrittura del mondo. La nave, il naufragio, l'annegato; il *dérèglement*.

2. Il naufragio

Naufragio e annegamento: morte per acqua. Alla figura del naufragio, e della morte per acqua che ne consegue, ci guida la figura del galeone

(22) Il che non va da sé: perché Voltaire scrisse il *Candido*?

affondato, utilizzata da Patrick Nerhot per una critica all'ermeneutica del 'vissuto' (23). La questione del senso non si enuncia nei termini di un vissuto e di una presenza trasmessa, ma nei termini di un'assenza, di una morte, di un mistero (la semantica del *termine* è almeno duplice: nel primo caso limite, confine, nel secondo fine, morte, assenza, con un passaggio da ciò che è istituito — il limite — a ciò che lo istituisce — l'assenza al principio del senso). L'enunciazione del senso sarà il racconto di un'assenza — come si spiegherebbe altrimenti ciò che ci riguarda tutti e sempre, cioè il domandare? La figura del galeone affondato è l'esempio di tale enunciazione del senso che avviene a partire da una morte, da un mistero: un relitto è ciò che impegna la nostra ricerca, una nave affondata la cui morte è misteriosa — come, quando, perché s'inabissò? Il nostro domandare non si avrebbe se fossimo nella costante e piena presenza del senso, di noi e del presente. Andremo allora a ricercare nel passato quelle tracce che ci identificheranno, le prove di senso mai dato e sempre da ricercare, per un accaduto che non viene (il galeone non narra da sé la sua morte), ma che noi faremo arrivare istituendone i segni. — E se l'acqua è qui il nostro elemento, procederemo per immersioni, premettendo che non avremo l'ambizione di riportare in vita tutto ciò che ha circondato certi autori e testi; riporteremo le prove di una rotta, le evidences che ci riguardano.

La prima immersione è per Samuel Taylor Coleridge. La storia di una nave (di una deriva) è la storia che lo ha reso celebre: *The Rime of the Ancient Mariner*, composta negli ultimi anni del settecento, una delle più note opere in versi del romanticismo britannico. Cerchiamo di richiamarne i passaggi che qui interessano. Il vecchio marinaio dagli occhi ardenti narra la sua storia: molti anni prima, durante una navigazione egli uccise l'Albatros, uccello della buona sorte; la nave si arrestò all'equatore, abbonacciata, immobile — "As idle as a painted ship / Upon a painted ocean" (24). Si arrestò circondata da sola acqua, acqua ovunque, ma non acqua da bere — "Water, water, every where, / And all the boards did shrink; / Water, water, every where, / Nor any drop to drink" (25). Si avvicinava una morte per acqua? O per

(23) P. NERHOT, *La vérité en histoire et le métier d'historien*, in *Quaderni fiorentini*, XXIV (1995), p. 63 ss.; v. anche *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, Padova, Cedam, 1998, p. 9 ss. — Una domanda: il problema del galeone non è quello logico dell'abduzione? Non se ne parla a partire da un risultato? (l'affondamento). Dell'abduzione parleremo nella tesi cui stiamo lavorando, su Peirce e pragmatismo. — Cogliamo l'occasione di questa nota per specificare che parliamo di figura del naufragio intendendo che non siamo certi se sia possibile parlarne in termini di metafora, ma sicuramente non in termini di semplice esempio; se una figura è meno di una metafora è comunque più di un esempio.

(24) "Fermi, come nave dipinta / Sopra un oceano dipinto" (parte II, vv. 117-118; la traduzione è nostra — così le successive).

(25) "Acqua, acqua, dappertutto / E tutto il legno si restrinse / Acqua, acqua, dappertutto / Ma da bere alcuna goccia" (II, 119-122).

mancanza di acqua? Si avvicinò alla nave, in assenza di vento e correnti, "the skeleton of a ship". A bordo una donna, Vita-in-morte, e Morte, suo compagno; giocarono ai dadi l'equipaggio, e Vita-in-Morte vinse il vecchio marinaio ⁽²⁶⁾ — "Death and Life-in-Death have diced for the ship's crew, and she (the latter) winneth the ancient Mariner". Solo il vecchio marinaio vivrà per sorte; nessuno dei compagni avrà salva la vita. E sarà l'arrivo della pioggia ad essere segno di salvezza, per chi è rimasto solo sulla nave, circondato dai corpi senza vita dei compagni.

I temi che qui a nostro avviso dovrebbero provocare una scrittura sono essenzialmente due: la Vita/Morte e l'Alea. (Li ritroveremo in Eliot, in Rimbaud). The Rime of the Ancient *Mariner*, opera che affascina comunque, si presterebbe ad una lettura assai complessa. Numerose le domande. — Il marinaio, colpevole per l'uccisione dell'Albatros, è il solo a ritornare. Espiazione? I compagni (innocenti?) cosa e perché pagano? Il marinaio che ha ucciso l'uccello della buona sorte, è premiato dalla sorte. Addirittura dalla Grazia — l'ultima parte del poemalo suggerisce. Vita-in-Morte, Grazia-in-Sorte. Sconterà una lunga penitenza, il vecchio marinaio, e comunque sarà salvo. Senso come sorte? Alea? ⁽²⁷⁾. E ci disorienta la figura della donna Vita-in-Morte, accompagnata dallo sposo Morte. Vita-in-Morte, donna sposata, ha aggiunto al proprio nome il nome del marito; porta un nome che unisce il proprio, Vita, e il nome del marito, Morte, Ma possono essere congiunti nomi tali? (matrimonio invero ossimorale). Come possono vivere insieme Morte e Vita-in-Morte? E cosa dispongono? Morte e Vita per sorte. In metafora, per acqua: acqua è la pioggia che segna la salvezza, acqua è l'elemento che segna il naufragio, la deriva, l'annegamento, la morte (e per

⁽²⁶⁾ "The naked hulk alongside came, / And the twain were casting dice; / "The game is done! I've won! I've won!" / Quoth she, and whistles trice" ("Lo scafo nudo giunse accanto, / E la coppia lanciava i dadi; / "Il gioco è fatto! Ho vinto! Ho vinto!" / Disse lei, e tre volte sibilo" - III, 195-198).

⁽²⁷⁾ Ma diremo che il caso, la casualità come figura inversa della necessità, non può aprire alla questione del senso, che non si enuncia in termini di necessità. Più puntualmente, all'opposto della necessità (non poter non essere) starebbe la contingenza (poter non essere); la casualità sarebbe allora una forma 'degenerata' di contingenza, che pretenderebbe ad uno statuto esplicativo che neppure contingenza e necessità possiedono. — Circa la morte per acqua, ricordiamo anche Poe, *Una discesa nel Moskoe-strom*, racconto di un affondamento in cui qualcuno sarà salvo e qualcuno inghiottito dal mare; chi narra, anche qui, è il vecchio sopravvissuto, ma la decisiva differenza con Coleridge è che il protagonista si salva grazie alle capacità di ragionamento e di osservazione: al margine di un gorgo che sembra fatale, egli nota fra le forme degli oggetti vicini quale è la meno attratta dal gorgo, si assicura ad un oggetto di tale forma ed ottiene la salvezza. (Oltretutto, ricordiamo Baudelaire tra i primi a diffondere l'opera di Poe in Francia ed Europa; e non occorre insistere sull'influsso fra Baudelaire e Rimbaud - basti qui un giudizio di Rimbaud, dalla lettera del 15 maggio 1871 a Paul Demeny: "Baudelaire est le premier voyant, roi des poètes, un vrai Dieu").

inversione, la morte per sete — mancanza, assenza d'acqua). E tutto ciò per sorte?

I temi dell'alea e della morte per acqua attraversano la Terra desolata di Thomas Stearns Eliot. Già fra i primi versi della *Waste Land* compare l'annegato, nella profezia della chiaroveggente — "With a wicked pack of cards. Here, said she, / Is your card, the drowned Phoenician Sailor" (28). La quarta sezione dell'opera porta come titolo quella *Death by Water* che guida le nostre note: Phlebas il Fenicio è figura di morte e rigenerazione, la Morte per Acqua trasforma (*transformare*, formare oltre). E riflettiamo ancora. Phlebas, il Fenicio: un mercante? colui che calcola "the profit and loss". E non si occupa propriamente di numeri, come la chiaroveggente e Vita-in-Morte che salva ai dadi il vecchio marinaio?

La metafora dell'acqua rappresenta per noi il senso come passaggio. A partire da un'assenza, o meglio mistero. Nel passare oltre, non sarà la sorte a rivestire la parte decisiva. Il caso, la sorte, è ciò di cui sempre si potrà cercare il calcolo. Certo, il margine d'errore sarà sempre irriducibile; eppure, ciò che importa qui, lo statuto di significazione dell'Alea riposa precisamente sulla possibilità, del tutto razionale, di pensare secondo regole, di conoscere attraverso regole, di enunciare la stessa regola del caso. E se il senso è passaggio, le regole saranno la misura del senso, la scrittura di possibili passaggi. I Quattro Quartetti di Eliot sono opera esemplare in questo spirito (e ci conforta che ne siano ritenuta l'opera più grande, e probabilmente a giusto titolo). Nel secondo dei *Four Quartets* (29), East Coker, Eliot pone la questione del senso in termini di passaggio a partire da un'assenza:

To arrive where you are, to get from where you are not,
 You must go by a way wherein there is no ecstasy.
 In order to arrive at what you do not know
 You must go by a way which is the way of ignorance.
 In order to possess what you do not possess
 You must go by the way of dispossession.
 In order to arrive at what you are not
 You must go through the way in which you are not.
 And what you do not know is the only thing you know
 And what you own is what you do not own
 And where you are is where you are not.

Il brano si traduce senza il nostro apporto. Senso come passaggio. A partire da un'assenza, mistero, ignoranza.

(28) "Con un mazzo diabolico di carte. Qui, disse lei, / È la vostra carta, il Marinaio Fenicio Annegato" (I, 46-47).

(29) Vi si vedano anche le figure del chirurgo ferito (*wounded surgeon*) e dell'infermiera morente (*dying nurse*): Vita-in-Morte, Morte-in-Vita.

A onor del vero, in questo spirito, dovremo ammettere che però ci allontaneremo da certe metafore circolari che l'opera di Eliot presenta. Ad esempio, all'attacco di *East Cocker* ("In my beginning is my end") si sovrappone perfettamente la chiusa, specchio o negativo ("In my end is my beginning"). Così per ciò che un fiume rappresenta: vi troviamo il passaggio, il passaggio delle acque più che il ritorno circolare fra sorgente e foce. Non un ripassare, ma un passare esprime il senso — ripassare significherebbe avere un senso già presente e solo da raggiungere, da raggiungere ancora, ed ancora (in altre parole si tratterebbe di un ripetere).

L'affascinante apertura del terzo quartetto, *The Dry Salvages*, canta il fiume ed il mare. Cosa ci offre il mare infine? Qualcosa che è perso, lacerato, fracassato, morto. "It tosses up our losses, the torn seine / The shattered lobsterpot, the broken oar / And the gear of foreign dead men" (30). E donne inquiete ed insonni cercano di comporre il passato e il futuro, tra mezzanotte e l'alba. Nel buio. E ciò che è buio è il presente, il presente oscuro su cui ci interroghiamo e di cui cerchiamo il senso — "Between midnight and dawn, when the past is all deception, / The future futureless, before the morning watch" (31). Ancora dal terzo quartetto, autunno ed acqua: "Time the destroyer is time the preserver, / Like the river with its cargo of dead negroes, cows and chicken coops, / The bitter apple and the bite in the apple" (32). Il battello ebbro di Rimbaud correrà lungo un fiume, dalla cui acqua scende un annegato,

Cerchiamo a questo punto di risalire: l'immersione ci mostra i temi già indicati — la Vita/Morte, l'Alea — e forse un terzo tema, il Limite. Fra Vita e Morte si dispone il caso? Si pone un Limite? — Questo il principio del senso?

Vita/Morte; Morte/Vita. Usiamo un simbolo obliquo (I) per formalizzare l'idea di relazione non ulteriormente determinata; certamente non un inferenza e forse neppure un'articolazione; diciamo semplicemente relazione, o rapporto. Se un'inferenza potrà essere rappresentata da qualcosa come una freccia, una relazione invece sarà rappresentata da una barra obliqua.

(30) "Rigira ciò che abbiamo perso, la rete lacerata / La nassa per aragoste fracassata, il remo spezzato / E gli attrezzi di uomini morti stranieri" (I, 22-24; qui la traduzione è stata forzata: to toss *up* significa Zanciare, o più specificamente lanciare in aria una moneta; ritroviamo allora il tema dell'alea, come sulla *skeleton-ship* ove si lanciavano dadi; per rendere in traduzione la sorte e il movimento incessante dell'onda abbiamo scelto rigirare, che indica l'opera del mare sui resti a riva, e ricorda una moneta in aria, lanciata; da notare inoltre che gli uomini morti sono stranieri morti, ma anche, e soprattutto, uomini morti da stranieri, morti come stranieri).

(31) "Tra mezzanotte e l'alba, quando il passato è intero inganno / Futura l'assenza di futuro, prima del morning watch" (I, 43-44 – non troviamo una traduzione efficace di morning watch: nel primo mattino, primo turno di guardia, o meglio di osservazione, quasi un esplorare, ricerca).

(32) "Tempo che distrugge è tempo che preserva, / Come il fiume, dal morto carico di negri, mucche e gabbie da galline / L'amara mela e il morso nella mela" (11,115-117).

Non un *trait d'union*, né un passaggio, né un attacco. È magari un'articolazione in bilico. (Così si legga diritto/letteratura).

Ora, il caso (Alea) non può essere ciò che è al principio del senso, se con tale formula intendiamo ciò che attribuisce senso. Se Vita/Morte significa il ricercare, non è certo il caso a porne i termini. Richiamiamo l'argomento già avanzato: il caso è tale perché concepito a partire da regole. Se una ricerca prende avvio, non è certo in virtù del caso che acquista senso. Se potessimo, con ogni pudore, formularne i termini, diremmo che il senso è il movimento di una ricerca, e più strettamente l'effetto del ricercare; in questa seconda accezione potremmo dire che la vita si dà nel senso, e più precisamente, con ogni pudore ancora, potremmo pensare la vita come effetto della ricerca del senso a partire da un'assenza. Senso, lo ripetiamo, come processo, o meglio procedere – ciò che significa allontanarsi dal ripetere il medesimo come un processo automatico, una mera procedura, autoreferenziale. E principio come mistero – più prosaicamente dubbio, se vogliamo (e qui principio non significa tanto ciò che attribuisce senso quanto ciò a partire da cui). Ora, una ricerca razionale potrà essere elaborata in termini di regole: un caso, lo abbiamo già notato, non potrà significare per sé; una ricerca, con il suo esito, viene espressa da regole: la regola è ciò che opera in virtù di una dimensione razionale che la enuncia, la regola partecipa del razionale e del fenomenico che il razionale attesta. Questo però non implica una ricerca di regole come scrittura di rapporti necessari: ci chiediamo se le regole non siano da concepire come scrittura di possibili passaggi.

Vorremmo infatti estendere l'argomento: come il caso, così la necessità non può rendere conto del senso come ricerca. Il caso non è che la figura inversa della necessità; noi dovremo rifiutare ad entrambe le figure il privilegio di principio d'esplicazione del senso. Il senso non si spiega nei termini di ciò che è necessario, di ciò che è dato come necessario o di ciò che come tale si darà. Se è espresso in termini di continua ricerca, continua e incessante, trova nell'assenza il suo principio. Qualcosa manca, qualcosa è assente.

In ambito giuridico, notiamo le analogie fra ciò che andiamo dicendo e una figura di diritto positivo, una scriminante, lo stato di necessità — appunto. L'esempio tradizionale che rappresenta questa non punibilità è precisamente quello del naufrago, che aggrappato al relitto respinge in mare un altro naufrago per salvarsi. Qualcuno annegherà, qualcuno sarà salvo. Il principio altrettanto tradizionale che viene richiamato recita: *necessitas non habet legem*. E in conseguenza di questo principio la dottrina ha dovuto elaborare le regole che connotano la figura in questione — per esemplificare: lo stato di necessità implica una situazione di pericolo e una condotta lesiva, la situazione di pericolo deve consistere nella minaccia di un danno grave alla persona, per un pericolo attuale, non volontariamente causato, la condotta lesiva deve essere determinata dalla inevitabilità altrimenti del pericolo, nella proporzione fra fatto e pericolo, ecc. Ora, qui non interessa discutere tale

connotazione (e, ciò che è interessante, ognuno dei requisiti non basterebbe a se stesso, come a se stessa non basta la figura che li raccoglie), ma interessa notare che ove il principio dichiara l'assenza di legge (*necessitas non habet legem*), là si sviluppa una complessa ricerca dei caratteri che configurano tale assenza; e nella fattispecie si tratta di regolare quella figura che si vorrebbe non regolata. Ed è la figura della necessità. Il necessario non richiederebbe la legge (e così il caso, sua inversione). Ma cosa è necessario? cosa la necessità? cosa lo stato di necessità? Per dirlo dovremo elaborarne le regole. La legge, e non altro, permette di concepirne i termini. Attraverso una ricerca che ne definisce il senso verremo a definire ciò che è da chiamare 'stato di necessità', ciò che ha come esempio il naufragio, l'annegamento — ciò che ha guidato questa seconda parte del saggio, ciò che deve essere cercato: non è già scritto, non è già dato. Sempre un'assenza muove la ricerca.

Ed ancora un passaggio — *necessitas non habet legem*: prendiamo tale principio in senso più lato rispetto allo 'stato di necessità' come figura giuridica. Abbiamo un risultato come 'non ha senso normare la necessità'. Certamente; ma ha senso chiedersi cosa sia la necessità e quali oggetti (o fenomeni) siano eventualmente necessari (nell'eventualità che si ammetta la rilevanza teorica del 'necessario'). Ha senso cioè chiedersi quale sia il significato del 'necessario', e dunque come lo si possa identificare. Crediamo che non si possa farlo se non in termini di possibilità. Quale definizione si può dare del necessario che non sia 'ciò che non può essere diverso da come è, o simili? Il senso elaborato attraverso regole si enuncerà in termini di possibilità, non di necessità. Ciò vale per il significato stesso della nozione di necessità, che per gli oggetti o fenomeni che ne esprimano il dominio. A titolo esemplare, riprendiamo lo 'stato di necessità': consiste in una possibile situazione di pericolo, una possibile condotta lesiva, ecc., ove il predicato possibile non riguarda tanto la mera eventualità che si verifichi tale fattispecie, quanto e soprattutto il significato stesso di ciò che chiameremo stato di necessità, elaborato razionalmente attraverso regole (se il soggetto non avesse agito in tal modo, allora sarebbe perito, ecc.).

E, lo ripetiamo, come il necessario ci sembra incapace di uno statuto esplicativo, così l'*hasard* non spiega nulla. Vorrebbe addirittura essere una spiegazione ultima? Cosa potrebbe dire in quanto tale? Parlerebbe a caso? — se non altro per il fatto che un indeterminismo richiederebbe come statuto di significazione un riferimento al determinismo, che non conosciamo. Sappiamo ogni legge e tutte le leggi? Conosciamo toute *Zi* che regola nel modo più certo ed inequivocabile tout *phénomène*? Possiamo parlare a nome di un meccanicismo? Se non possiamo, lo stesso indeterminismo viene destituito di senso. — Ci resta il possibile, il probabile come possibile quantificato, elaborato attraverso regole. Ma ci resta qualcosa che è razionale. Incessante ricerca di passaggi, possibili passaggi perché nulla è dato, possibili passaggi come regole.

Dunque, nulla è dato e nulla è concepibile per se, nulla è trasmesso sua

sponte, nulla è già scelto. Dunque creiamo? Qui dovremmo annotare qualcosa circa la poesia. Il problema della creazione, paradossalmente, è proprio quello di un lasciare. Orfeo ci *parla* ancora? L'Orfeo di Apollinaire mantiene ancora il "pouvoir insigne" di dare vita, di creare? ⁽³³⁾ La poesia è creazione? O piuttosto invocazione? ⁽³⁴⁾ La creazione rintraccia un dominio che l'invocazione esclude? Ma la creazione già sfugge al creatore; gli sfugge in quanto segno. Cosa avrebbe da riferirci Orfeo, se il segno in quanto iterabile ed alterabile (Derrida) non ha un messaggio di cui trasmettere l'integrità di senso? Se dunque Orfeo non ci potrà propriamente parlare, la creazione non è un dominio, ma un lasciare? Ma lasciare già significherebbe avere, o quantomeno avere avuto, ed il senso muove comunque da un assenza. Creare sarà sempre ricomporre una mancanza, gesto che non conosce conclusione, se non come sosta, come stazione lungola rotta (la notte che la nave trascorre in porto, per ripartire). Mai Orfeo avrà terminato il suo dire.

Si tratta, riprendendo la figura del naufragio, di negare un'ermeneutica del vivente (trasporto di senso passato-presente); un galeone sommerso ci narra la sua vita per il mistero della sua fine, dall'affondamento. Il racconto si apre in virtù di un'assenza: non è la vita al principio del senso, quanto piuttosto la morte. La morte come punto di origine di una ricerca; se il passato è 'morto' appartiene all'ordine del ricostruito, a partire da ciò che è mistero. Non possiamo far rivivere il passato né rappresentare il vissuto con effetti realistici invero improbabili. "The ship went down like lead" (Coleridge); la storia del vecchio marinaio termina con la nave che affonda ed egli che viene salvato da una scialuppa in suo soccorso. La storia termina, e così potrà essere narrata, dovrà essere narrata. L'affondamento del vascello è al principio del suo significare. — Una precisazione: se prima abbiamo suggerito che il dire poetico è un dire senza fine, e qui rileviamo come si possa narrare solo qualcosa di concluso, non allestiamo una contraddizione: si tratta di rinnovare qualcosa che sempre termina; usiamo 'termine' come principio del senso (fine, assenza, mistero), e come limite, confine di un precedente processo cognitivo (ciò che permette un rappresentare) — dunque la duplice semantica del 'temine', e l'assenza come istitutiva di un circoscrivere. Si narrano forse storie che non si considerano concluse? Che storia sarebbe una storia la cui conclusione non ha avuto luogo? Certo qualcosa a venire rimane comunque, ma rimane perché qualcosa d'altro non è più. E ciò che sempre cerchiamo è il senso, e la vita che in esso si dà.

Ma ritornando alla domande precedenti, cosa fra morte e vita? Se non l'alea, comunque un limite? Il limite non è una risposta al problema del principio del senso; un limite è istituito, costituito, non è ciò che istituisce, ciò

⁽³³⁾ G. APOLLINAIRE, *Le Bestiaire* (1911); Apollinaire scriverà e penserà la poesia attraverso la figura di Orfeo, colui il quale canto *crea*.

⁽³⁴⁾ Ci chiediamo se il *vocativo* di Zanzotto sia leggibile nello spirito di Lévinas.

che costituisce, ciò che forma e produce. E neppure il *caso* può esserlo: il caso non esiste se non in riferimento alle regole (oppure, se non come inversione del necessario — ammesso che qualcosa come la necessità abbia uno statuto esplicativo; sul che abbiamo molti dubbi) ⁽³⁵⁾. Dunque il problema è quello delle regole. Il problema di una filosofia giuridica. Ma anche il problema di una filosofia dell'arte. E di ogni sapere che si voglia *razionale*. Ed ancora: l'idea di mistero non è l'idea di limite, che indicherebbe la collocazione stabile di *parapetti* (vedremo Rimbaud, *Le Bateau ivre*). Il limite è fra gli effetti del senso, a partire dal mistero. Molte questioni andrebbero allora riproposte. — I limiti del linguaggio sono i limiti del mondo? questo significherebbe che l'uso del linguaggio può tracciare i limiti che decide? — così sarebbe già aperta la strada del significato che coincide con l'uso, ma perché cercare delle coincidenze ove ogni limite è sempre in gioco? Inoltre: se conosciamo solo a partire da ciò che *non* è (la 'morte' del galeone), ciò che non è (conosciuto) appartiene a ciò che è (conosciuto)? ciò che è nascosto appartiene a ciò che è non-nascosto? In tali termini l'appartenenza sarebbe sincronica e *strutturale* (e *necessaria* se la struttura si pensa come scrittura che già copre il totale del possibile). Come la morte, non-vita, appartiene alla vita, strutturalmente il non-conosciuto, nascosto, appartenerrebbe al conosciuto, non-nascosto. Ma una razionalità inferenziale espressa in una dimensione fenomenologica non può accettare termini sincronico-strutturalisti. Inoltre, una struttura definisce dei limiti; qui non stiamo invece pensando un principio? ⁽³⁶⁾

Come si vede, il problema della questione Vita/Morte, come presenza/assenza, è il suo prestarsi facilmente a fraintendimenti e dialettiche ingiustificate ⁽³⁷⁾. Dire Vita/Morte non significherà certo dire un'equivalenza; dire

⁽³⁵⁾ Se potremo scrivere altre note su diritto e letteratura, e sul tema dell'*alea* in particolare, dovremo dedicarle a Mallarmé; dovremo interrogare il *Coup de Dés*. — Ma il naufragio è anche decisivo per il nostro Ungaretti, *Allegria* di naufragi, ove il gesto è tutt'altro che aleatorio.

⁽³⁶⁾ Su *vita/morte* ed il problema della loro possibilità, nei termini di un calcolo di probabilità, vedi Peirce e l'esempio suggestivo delle carte rosse e nere (*Collected Papers*, 2.652-654). Ancora su *vita/morte*, vedi il n. 287-288 (1998) di *Aut Aut*: in particolare E. GREBLO, *Soglie. Sui confini della vita e della morte*, pp. 3-17, ove si tratta però il problema del limite, da non confondere per noi con il problema del principio da cui un limite viene tracciato — la nozione di confine, ancor più del limite, rimanda tra l'altro ad una sfera giuridica positiva, ad esempio all'idea di proprietà, di cui si tracciano i confini; nello stesso volume si veda anche J. DERRIDA, *Donare la morte*, pp. 93-137, ove però il problema principale circa la morte è quello del *donner la mort* — fra Dio, Abramo ed Isacco — e non è la morte stessa, o la *vita/morte*. — Si è sostenuto (S. PETROSINO, *Jacques Derrida e la legge del possibile*, Napoli, Guida, 1983, pp. 99-100 in particolare) che tutta l'opera di Derrida sia attraversata dal problema *vita/morte*, seppur raramente tematizzato in modo diretto — ma in misura maggiore nelle opere più recenti.

⁽³⁷⁾ Fa uno strano effetto, dopo aver pensato ad un galeone *englouti*, a uomini *engloutis*, ascoltare magari *La cathédrale engloutie* di Debussy: è il problema di ciò che è sommerso — acqua/psicanalisi? una relazione quasi *normale*, che comunque per

che l'una è l'altra è dire qualcosa di razionalmente e fenomenologicamente ingiustificato — quale sarebbe il fenomeno Vita-Morte? da cosa rilevarebbe? che inferenze lo riguarderebbero? — Un inciso: se abbiamo avvertita in passato una confidenza con l'opera di Carlo Michelstaedter, poeta e filosofo, fa un certo effetto ripensarla in questa luce: non possiamo non esprimere la nostra perplessità per la confusione fra vita e morte — confusione nel senso giuridico del differente che si riunisce, e si annulla, nel medesimo; si ripensi la lirica *Il canto delle crisalidi*, ed in generale *La persuasione e la rettorica*, opera lungola quale si tende l'ambiguità di vita che non è vita e non-vita che lo è, poiché la vita che non è vita — la rettorica — rimanda alla morte, e la morte è l'essere della vita intesa come non-vita che è vita — la persuasione; lo statuto razionale e fenomenologico di tali posizioni ci sembra assai dubbio.

Ma l'argomento Vita/Morte è troppo ampio e troppo complesso, troppo ricco di implicazioni e avaro di risposte; ci concentreremo sul problema del *dérèglement*. Parlare di vita/morte ci avrà introdotti a questo tema; non pretenderemo di più.

3. Il *dérèglement*

L'opera di Rimbaud è riserva ricchissima di spunti. Qui verrà letta come ricerca. Rimbaud interroga se stesso, e dichiara: *Je est un autre*. Il passaggio dal *Je* all'*autre* è verso l'inconnu. Per questo il poeta è *voyant*. E cosa significa, da sempre, conoscere, se non passare allo sconosciuto dal conosciuto? Dubbio, inconnu, mistero: cosa è pensare se non interrogarsi in tali termini? Cercare per essi il senso. (E se fosse un senso già dato, non si tratterebbe d'*inconnu*; sarebbe chiaramente un ripetere) ⁽³⁸⁾.

Dalla lettera a Georges Izambard, del 13 maggio 1871: il poeta vuole rendersi *Voyant* — “*Il s'agit d'arriver à l'inconnu par le dérèglement de tous les sens*”; poi aggiunge che una formula come 'Io penso' è da ritenersi essenzialmente errata — “*C'est faux de dire: Je pense: on devrait dire on me pense*”. Mi si pensa, io sono pensato — “*JE est un autre*”. — Una formula destinata a restare celebre.

Il programma è ripreso in una lettera, altrettanto nota, del 15 maggio 1871, a Paul Demeny; Rimbaud lo ribadisce con formula ancor più dura, più decisa: “*Le Poète se fait voyant par un long, immense et raisonné dérèglement*

incompetenza lasceremo immersa; piuttosto è sorprendente il suono di campane della cattedrale sommersa — acqua: vita/morte... le campane sono a morto? ma chi le suona è vivo, vivo di una vita sommersa... (dialettiche fantastiche).

⁽³⁸⁾ Una precisazione: se diciamo che il mistero è al principio del senso, e diciamo *à la fois* che conoscere è passare dal conosciuto allo sconosciuto, intendiamo dire che lo stesso conosciuto costituisce *problema*.

de tous les *sens*". Così raggiunge *l'inconnu*: "demandons aux poètes du nouveau, — idées et formes". Da *Une Saison en enfer (l'Adieu)*: "J'ai essayé d'inventer de nouvelles fleurs, de nouveaux astres, de nouvelles chairs, de nouvelles langues". "Trouver une langue" — altro celebre programma, dalla lettera del 15 maggio, e in fondo non è che la riformulazione del medesimo programma, del *dérèglement*, qui visto in chiave positiva; si tratta di trovare un senso, che non è dato. Ci vorrà molta lucidità, molta precisione, e pure un'enorme sofferenza (lettera del 13 maggio: "Les souffrances sont énormes, mais il faut être fort"). Le sofferenze enormi hanno tra le proprie ragioni un lavoro estremamente rigoroso, regolarmente condotto, con durezza. Il *dérèglement* è "long, immense et raisonné"; il *dérèglement* è ragionato, condotto razionalmente, è un programma che si enuncia come regola. La regola del *dérèglement*. In tale condizione "la loi doit être tellement étrange" (39): è appunto la legge, o regola, del *dérèglement*, la legge come *dérèglement*.

A noi si presenta un primo problema: come tradurre *dérèglement*? sregolamento? sregolatezza? irregolamento?.. Ed un secondo problema, decisivo per il primo: cosa traduce il *dérèglement*? cosa intende significare?

In *Alchimie du verbe* (il secondo dei *Délires* — nella *Saison en enfer*), si annuncia l'opera del *dérèglement* — nelle *Illuminations* soprattutto, saranno percezioni stravolte, pensieri vertiginosi, allucinazioni di tutti i sensi ("inventer un verbe poétique accessible, un jour ou l'autre, à tous les sens" (40)). *Il Battello ebbro (Le Bateau ivre)* canta un viaggio senz'ancora, né timone, per il quale il battello si trova immerso nel Poema del Mare, come un annegato pensoso che vi scende ("je me suis baigné dans le Poème / De la Mer, infusé d'astres, et lactescent, / Dévorant les azurs verts; où, flottaison blême / Et ravie, un noyé pensif parfois descend" (41)). Lungo l'arcobaleno di immagini, lungol'ebbra navigazione, Rimbaud ha motivo di esprimere il rimpianto per gli antichi 'parapetti' ("Jeregrette l'Europe aux anciens parapets!", v. 84); nella chiusa giunge a desiderare persino una 'fredda nera pozza', contrapposta alla cascata di forme e colori; sempre acqua dunque, ma qui raccolta, circoscritta: "Si je désire une eau d'Europe, c'est la flache / Noire et froide où vers le crépuscule embaumé / Un enfant accroupi plein de tristesses, lâche / Un bateau frêle comme un papillon de mai" (42). Ripiegamento? Dall'esplosione

(39) *Villes (Illuminations)*.

(40) *Alchimie du verbe (Une Saison en enfer)*.

(41) Vv. 21-24 ("ho nuotato nel Poema / Del Mare, immerso d'astri, e lattescente, / Divorando i verdi azzurri; ove, livido affiorare / E rapito, a volte pensoso scende un annegato").

(42) Vv. 93-93 ("Se desidero un'acqua d'Europa, è la pozza / Nera e fredda ove al crepuscolo odoroso / Un bambino accovacciato e triste lascia / Un esile battello come a maggio una farfalla").

cromatica a segmenti minimi di mondo? Alla fine del proclama, la sua smentita?

Solde, una delle *Illuminations*, è stata spesso interpretata come un brano pessimistico del Rimbaud disilluso; non potrebbe essere invece la conclusione estrema del *dérèglement*? l'estremo compimento? Traduciamo *Solde* con Liquidazione. Liquidazione: qualcosa è svenduto; qualcosa si sconta. Il *dérèglement* sconta se stesso. Un andamento anaforico (A vendre...) regola una svendita che sembra non avere riserve. Un esempio significativo: "À vendre les applications de calcul et les sauts d'harmonie inouis. Les trouvailles et les termes non soupçonnés, possession immédiate" — in svendita la stessa poetica dell'inaudito. (D'altra parte nei versi di *Le loup criait sous les feuilles* Rimbaud annunciava già un destino di consumazione). Inoltre: con la liquidazione qualcosa si fa liquido, qualcosa va in acqua.

Ma torniamo al *dérèglement*: cosa traduce? L'eversione delle regole? È possibile regolare l'eversione? Sarebbe quasi teorizzare contro la teoria? O magari musicare de-musicalmente la musica? De-regolare? Deregolamentare? Decostruire?

Qualcosa come un anarchismo? Fra poeti, ricordiamo l'italiano Lucini rappresentare un anarchismo di inizio novecento con esemplare efficacia; e ricordiamo soprattutto, con ammirazione, Emilio Villa. Si pensi Villa nel suo rapporto con Joyce, per una distruzione della lingua⁽⁴³⁾ — ed anche Céline venga ricordato. Villa distrugge la lingua in cui opera? Come può distruggerla? Queste domande sono fondamentali per la nostra questione, la questione della regola. Innanzitutto, per essere distrutta, una lingua deve essere già data, definita in una forma che andremo a demolire. Ma qualcuno può dire quale sia la forma che definisce una lingua in tali termini? Chi la enuncia? Ove la si trova? Opere letterarie, linguaggio ordinario, linguaggi tecnici, vocabolari? Ed il fatto stesso che la si debba cercare in tal modo, non può far nascere il sospetto legittimo che tale forma non sia data? Inoltre, come si può demolire una lingua se per farlo è necessario ricorrere ad una lingua demolitrice? Se, per così dire, la demolizione avvenisse dall'interno (la lingua demolitrice nascerebbe in seno alla lingua demolita), la stessa opera demolitrice ammetterebbe la mancata realizzazione del progetto eversivo (in quanto *lingua* ed in quanto lingua-figlia, come potrebbe dire di aver demolito la lingua-madre? quali sarebbero le parole con cui demolisce e quelle con cui annuncia la demolizione? la relazione interna non presuppone un legame ineludibile? — un cordone ombelicale tagliato ma di cui avremo il segno? la demolizione non sarebbe piuttosto una mutazione o, volendo, un radicale

(43) Si veda un recente numero del *Verri*, il n. 7-8 del 1998, a Villa dedicato; p. 66 ss. in particolare per il rapporto con Joyce. Su Villa si veda pure, e soprattutto, l'ampio saggio di G. GRANA, *Lettura tematica e analisi dell'opera* di Villa, in 900, vol. V, parte seconda, Milano, Marzorati, 1993.

rinnovamento?); se invece la demolizione avvenisse dall'esterno, rimarrebbe oscura la provenienza della lingua demolitrice, ma non oscuro il suo medesimo statuto: come infatti riconosciamo un esterno? come lo enunciamo se non a partire da un interno (la lingua-madre)? Dunque a partire dalla stessa lingua che vorremmo demolita e che riconosce con successo la propria demolizione e la propria demolitrice?

E pensiamo l'effetto di una demolizione: la lingua si infrange in schegge? Non basta. Dal momento che parleremo di schegge, avremo aperta la possibilità di una ricostruzione, cioè della ricostruzione di un senso che è andato in pezzi e che comunque iniziamo a ricostruire nel momento stesso in cui raccogliamo le schegge. Raccogliamo le schegge e ci interroghiamo su di esse; se così non fosse, non sapremmo neppure parlare di schegge. Ciò non significa che dovremmo cercare di far rivivere un senso andato in frantumi; quanto detto nella seconda parte di queste note lo esclude radicalmente: non potremo mai riportare alla vita un passato, non potremo ricostruire qualcosa come era prima; per la ragione stessa che lo vorremmo ricostruire come era prima, non sarà come era prima, poiché è evidente l'assurdità di pensare che prima fosse come era prima (44). Ma possiamo ricostruire qualcosa che abbia un senso per noi, oggi, a partire da schegge e tracce. La 'germinazione' o la gemmazione' che articola alcuni testi di Villa chiama in causa un procedimento costruttivo (45). E dove si costruisce, si lavora su regole.

Si è parlato, ancora a proposito di Villa, di lingua "normalmente eccessiva" (46). Ora, conosce la sregolatezza chi ne regola la genesi? In cosa eccede chi normalmente eccede? (cioè chi eccede di norma, chi fa dell'eccedenza, o eccezione, la propria regola). E se tale lingua fosse veramente portata dalla propria normale eccedenza ad eccedere ogni regola e a divenire qualcosa di incomunicabile, qualcosa come una lingua informe che si avvicina al silenzio? al nulla del non-senso? Sarebbe compiuto il programma di Rimbaud? Crediamo di no. Il non-senso non si dà senza senso. Un'espressione vuota, o informe, non è vuota in sé, insignificante in sé. Lo è perché una lingua la riconosce come tale. Una parola può essere silenziosa? Come potremmo parlarne? Se ne parliamo, ci è stato possibile udirla. Se parliamo di una lingua, ancorché informe, la abbiamo riconosciuta come tale. Non ne parleremmo altrimenti.

(44) "The knowledge imposes a pattern, and falsifies, / For the pattern is new in every moment / And every moment is a new and shoking / Valuation of all we have been" (T.S. ELIOT, *East Cocker* - II, 84-87 - secondo dei *Four Quartets*). Non potremmo dire parole migliori di queste per significare il rinnovarsi del senso.

(45) Gli esempi possono essere molti; qui basti il riferimento ad alcune pagine del Verri citato: i testi *Primavera* (p. 53 - v. 2 ad esempio: "illusi-illesi riverberi di erbe"), *Sibylla (sabina)* (pp. 57-58), o il titolo *La Râge oublique. La Râge oubliée* (se ne veda l'analisi a p. 69 ss.).

(46) Ne ha parlato Nanni Cagnone, nel proprio contributo al citato numero del Verri (p. 63).

Si è fatta la distinzione fra *verbum totale* e scrittura antica divisa in generi e regolata da norme⁽⁴⁷⁾. Sarebbe più *moderna* una poesia totale? — ricordiamo come Rimbaud ci ha apostrofati: *Il faut être absolument moderne*⁽⁴⁸⁾. Diffidiamo di una post-modernità guidata da un anarchismo malinteso. Se il problema della post-modernità è quello di una (ri)costruzione, è il problema delle regole.

Rimbaud si propone di operare un *dérèglement*; esso non awiene da sé, esso è praticato, con la forza necessaria e la necessaria lucidità. La regola prima è di sowertere le regole. Rimbaud è volutamente eversivo, programmaticamente eversivo, rigorosamente eversivo, *normativamente* eversivo.

Cerchiamo a questo punto di delineare il nostro percorso: abbiamo rimandato l'irregolare al regolare; è un argomento strutturalistico? E facile e insoddisfacente dire che la regola rimanda al caso come il caso rimanda alla regola, la regola all'eversione e l'eversione alla regola. Sarebbe uno strutturalismo, e vorremmo dire 'una disposizione totalizzante delle possibilità' — la struttura come copertura di tutti i possibili, dunque una forma *necessaria*. La questione diviene differente se ci interroghiamo in termini inferenziali e fenomenici: si tratta di comprendere a quali inferenze è possibile procedere e per quali attestazioni fenomeniche. In senso lato non ha senso chiedersi se la regola preceda il caso o viceversa; ha senso procedere da inferenze ad inferenze, se avallate da attestazioni e identificazioni fenomeniche. Dunque il problema sarà quello del passaggio, dell'inferire: la *ricerca del nuovo* — nello specifico il problema delle forme di inferenza (deduzione, induzione, abduzione...) che qui comunque non potremo trattare specificamente. Ma in un senso più stretto potremmo dire che un problema nasce sempre da un caso, salvo che in un senso più ampio proprio il *passaggio* è la *regola*. Dunque la regola può vantare un carattere esplicativo che il caso non comporta. In termini formalizzati rimandiamo al concetto di *condizionale* — e se il condizionale, come passaggio, significa un 'generale' non-reificabile, *allora* il condizionale non è circoscrivibile ad uno o più oggetti: in altri termini, la regola è più della collezione dei casi che ne sono l'istanza.

Qui non sappiamo dire di più. Ci basterà porre il problema, e revocare in dubbio, per poterla destituire di senso, la pretesa che il caso sia al principio del senso stesso. In queste note non trovano spazio i problemi 'dinamici' del 'seguire una regola' o del generarsi di una regola; saranno comunque da affrontare, perché il discorso non rimanga sincronico-strutturalista, fermo all'indecidibilità fra regola e caso, regola ed eccezione, regola ed eversione; potremmo dire che questo saggio è solo un primo punto, e se lo è, lo è perché il senso è passaggio. E l'interesse per ciò che *costituisce* — la poesia — partecipa a far sì che proprio la genesi di una regola sarà fra i nostri primi problemi.

⁽⁴⁷⁾ Nel citato numero del *Verri*, p. 154.

⁽⁴⁸⁾ *Adieu* (*Une Saison en enfer*).

Secondo Peirce (7.189) ciò che più stupisce è la regolarità — non tanto l'irregolarità: "Nobody is surprised that the trees in a forest do not form a regular pattern, or asks for any explanation of such a fact. So irregularity does not prompt us to ask for an explanation". Nella cosmologia di Peirce la chance (il caso, la sorte, la fortuna?) è realmente costitutiva dell'universo, come altrettanto lo è la regolarità che da essa emerge per via di evoluzione (d'irrisolto c'è un legame con Darwin); che essa sia reale non significa comunque che sia un principio esplicativo, anzi viene spiegata in termini di legge (nella fattispecie la legge dell'evoluzione) — salvo che anche la legge dovrà essere spiegata...

È la regola a chiedere spiegazione, così come una legge richiede una ratio (una causa?); la irregolarità non chiede in quanto tale una spiegazione (se sarà spiegata sarà qualcosa di ben poco irregolare, e dovrà sempre all'esplicazione regolare il proprio statuto di irregolarità). Così fra regola ed eccezione, così fra regola e caso (salva la differenza di merito, evidentemente).

"Philosophers speak in universals; storytellers appeal to the omnipresent factors by being specific" ⁽⁴⁹⁾ — il 'caso' letterario: certo che una storia narrata è 'specificata' in quanto tale (con personaggi specifici ed una specifica trama), ma non può esserlo al punto da non essere compresa; ricorrerà infatti a ciò che potrà essere riconosciuto da chi non ne è l'autore; un presunto nominalismo narrativo è insostenibile. D'altra parte, la filosofia parla forse in termini universali tout *court*? Non nasce ogni interrogazione filosofica da qualche problema che sarà 'specifico'? Certo le dogmatiche delle discipline saranno diverse; ma il processo cognitivo-razionale? Ed un'interrogazione giuridica non sarà 'specificata'? Non nascerà da un caso la più raffinata speculazione dogmatica? (che per avere un senso non potrà certo limitarsi alla specificità nominalistica del caso). E non sarà forse una regola ad indicare l'outcome? Un caso 'specifico' attende l'enunciazione ben poco specifica di una regola — a meno che non si voglia sostenere che una regola sia anch'essa qualcosa di specifico, ma vorremmo sfidare chiunque a dimostrarlo rimanendo nella specificità — specificità di cosa? non ci si troverebbe nell'imbarazzo grave di dover ricorrere a qualcosa di ben poco specifico, ad esempio qualcosa come la stessa 'specificità'?

Questo valga per le teorie giuridiche rivendicanti un approccio 'casuist', a nome di un particolarismo più o meno radicale ⁽⁵⁰⁾.

Se nella seconda parte di queste note abbiamo preso in considerazione il caso come alea, nella terza esso emerge come circostanza, particolare

⁽⁴⁹⁾ R. WEISBERG, *Poethics*, cit., p. 203.

⁽⁵⁰⁾ Un esempio recente e particolarmente indicativo: D. JABBARI, *Reason, Cause and Principle in Law: The Normativity of Context*, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999 (2), pp. 203-242; Jabbari parla di 'radical particularism'.

occorrenza (e forse più di una volta ne abbiamo intrecciati i termini); ciò che conta è che entrambi i significati di 'caso' non possono prescindere dall'idea di regola, di legge — ma non in senso sincronico-strutturalista, quanto in senso inferenziale. Regola come scrittura della possibilità, né propriamente presenza né assenza; piuttosto passaggio. E solo attraverso la formalizzazione di possibili passaggi potremo scrivere il nuovo.

Tornando brevemente a Rimbaud, in *Mouvement*, ancora nelle *Illuminations*, vediamo la raffigurazione di ciò che intendiamo. Movimento come ciò che porta al nuovo; c'è l'agitazione che sarà del futurismo (il senso di tensione continua che sarà di Nietzsche), la fortuna e la novità della scienza e della tecnica (la fortuna *chimique*, risultato di studi durissimi); ma anche, più sottilmente, un riferimento all'Arca, ed una giovane coppia su di essa — "Un couple de jeunesse s'isole sur l'arche", alla luce "diluvienne". L'origine di una vita nuova dopo il diluvio. Possiamo ripensare quanto detto nella seconda parte: la vita dopo il diluvio è il senso a partire dall'assenza; e ancora si tratta di un'imbarcazione, un vascello (*Vaisseau*) che diviene arca, guidata da quelli che saranno i "conquéranrs du monde" ⁽⁵¹⁾. Le stesse *Illuminations*, come le leggiamo, si aprono con un brano intitolato *Après le déluge*. Ancora con Rimbaud, si pensi il caso di Marine, del 1872, una delle *Illuminations*, considerata il primo esempio di verso libero — verso libero che si diffonderà con la mediazione di Kahn e del manifesto simbolista del 1886. Il caso (il verso libero) è appunto tale a partire da una regola (la metrica, nella fattispecie — ma forse in genere la metrica è piuttosto una convenzione, e vedremo la differenza). E qui potrebbe ripresentarsi la questione del limite? Come abbiamo già detto, il problema del limite che tanto spazio ha recentemente avuto nel dibattito sull'ermeneutica ⁽⁵²⁾, si ridimensiona se si pensa a come il limite non sia mai al principio del sapere, quanto piuttosto sia da esso istituito. Quali confini? E quali confini fra diritto e letteratura? Indubbiamente, se certe posizioni del *law-and-literature* movement sono apprezzabili ⁽⁵³⁾ è per la consapevolezza che non vi sono confini dati, per il

⁽⁵¹⁾ Un'espressione esemplare della forza creatrice come condizione del nuovo si trova in *Jeunesse* (parte IV), fra le *Illuminations*. E se l'acqua è morte e rigenerazione, si veda la *Comédie de la soif*, poesia del 1872, per ciò che significa la mancanza d'acqua. In negativo, tra la pagine più cattive, come le potrà scrivere il Nietzsche nichilista, o Céline, si veda *Mauvais sang*, parte di *Une saison en enfer*: ricordiamo nel leggerle che la rigenerazione viene dal morire.

⁽⁵²⁾ Un esempio: U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990; il problema di Eco è quello squisitamente giuridico-positivo del limite che si vuole istituito; tra l'altro, anche *L'isola* del giorno prima, dello stesso Eco, si apre con un naufragio.

⁽⁵³⁾ Fra i recenti contributi, vedi J.B. BARON, *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1999 (n.5), pp. 1059-1085: si deve evitare di utilizzare "the «outside» discipline of literature as a tool to examine what is

semplice fatto che non vi sono discipline date: non abbiamo un diritto dato, non abbiamo un arresto di senso su ciò che sarebbe *il* diritto; così per ciò che riconosciamo essere letteratura. — Il che non significa necessariamente che parlare di *diritto/literatura* sia significativo: rimane da dimostrare, ed è ciò che forse stiamo facendo, in qualche modo.

È inoltre da precisare che il rifiuto di confini predefiniti non implica il rifiuto della nozione stessa di confine (boundaries, limite, i parapetti di Rimbaud), se con essa non si intende rifiutare quella di regola. Se ci interessa infatti la nozione di limite è in quanto effetto di un sapere che si struttura razionalmente in regole. Ci sembra che l'errore di certe impostazioni *law-and-literature* sia quello di opporre a se stesse "the dry and technical manipulation of rules" ⁽⁵⁴⁾: forse Rimbaud non manipola duramente delle regole? Il problema di una *razionalità* espressa è tutto qui. Ma c'è in effetti un problema sollevato dal nostro riferimento alla metrica,

Se la regola partecipa della struttura del ragionamento, se la regola è la fenomenologizzazione del principio di razionalità (articola un prima ed un dopo, un conosciuto ed uno sconosciuto), è ciò che permette una rappresentazione delle cose, è principio di giudizio: "la regola è la dimensione fenomenica di un sapere razionale, non è dell'ordine delle cose ma è ciò tramite il quale le cose si conoscono, perché è l'iscrizione di una misura fenomenica" ⁽⁵⁵⁾. Ora, ciò che qui è stupefacente è che Rimbaud possa cercare il *dérèglement* attraverso la ricorrente composizione di sonetti, una forma estremamente 'regolare'. Ergo? Forse la metrica non è una regola, quanto piuttosto una convenzione. In conclusione di queste note invitiamo a considerare la possibile distinzione fra regole e convenzioni ⁽⁵⁶⁾; ed invitiamo ad annotare qualcosa ancora sulla poesia, e sull'immagine, anche se ciò che diremo non sarà assolutamente esaustivo. La poesia non costituisce attraverso rigide convenzioni formali; costituisce attraverso regole, che cerchiamo a partire da premesse cui le convenzioni non saranno estranee. Riconoscere l'importanza delle convenzioni non signi-

or what it could be «inside» law" (p. 1063); bisogna evitare di pensare che ci siano "separate realms that can be like or unlike, useful or not useful to one another (p. 1075). "Fruitful exploration of interdisciplinarity in law and literature does not require the delineation of the «true» and «real» boundaries between law and literature. It cannot, for precisely the reason that «law» and «literature» are not natural categories describing disciplines that are just there, preexisting and predefined (p. 1082).

⁽⁵⁴⁾ Ibidem, p. 1083.

⁽⁵⁵⁾ P. NERHOT, *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, cit., p. 340; v. anche p. 372: "la regola è la manifestazione fenomenica di un sapere razionale" - razionale in quanto *misura* (misurare è conoscere, in una dimensione fenomenica).

⁽⁵⁶⁾ Rinviamo ancora a P. NERHOT, *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, cit., cap. V soprattutto.

fica sposare una posizione formalista. La metrica, la rima, predispongono uno spazio che non interdice una creazione: il non-saputo si iscrive nel saputo, si tratta di raggiungere nuove conoscenze a partire da quelle già organizzate. Rimbaud mantiene le convenzioni; a mutare sono le regole, per giungere a nuovi risultati, che le regole rendono possibili (e le strategie per ottenere risultati nuovi comprenderanno regole come l'analogia, o la sinestesia — ciò di cui spesso viene confuso il valore quando se ne parla in termini di figure retoriche). Le associazioni inaudite, le sinestesie inascolte sono un dérèglement messo in opera a cercare il nuovo (si vedano le *Illuminations*). Risultati nuovi. (Cosa identifica una sinestesia se non una novità di *effetti*, un intreccio in termini di effetti possibili? — pensare il possibile ci permette di conoscere il nuovo, potremmo dire). Se le regole fossero le convenzioni, non si potrebbe scrivere nulla di nuovo. E ricordiamo ancora che non potremmo conoscere il nuovo se ragionassimo in *termini* di necessità.

È allora possibile su questa base la formalizzazione di un principio di razionalità (di un processo cognitivo-razionale) che valga per una filosofia del linguaggio e della conoscenza, una filosofia giuridica, una filosofia dell'arte? Il problema della creazione è il problema delle regole della stessa, e delle convenzioni a partire da cui si può accedere al fenomenico che si mostra, e per cui si enuncia una regola. Certo, nessuno pensa l'ingenuità di sovrapporre il poetico e l'epistemologico — "But though poetry can never submit to exact truth, it must be confined by rules of art, discovered to the author either by genius or observation" ⁽⁵⁷⁾. Pensiamo che sia la dimensione della regola ad essere essenziale, costitutiva, per un conoscere razionale e per un creare razionale — salva la doverosità della seguente osservazione: se abbiamo detto che per noi il problema della regola è soprattutto il problema della sua genesi (creazione?), e qui diciamo che il problema della creazione è quello delle regole in cui si esprime, i due problemi parrebbero specchiarsi; l'unica risposta che ora sappiamo proporre è che solo il passare esprime un senso; dunque l'inferenza, nelle sue forme diverse, nell'ordine delle quali non è mai fissato a priori cosa preceda e cosa segua.

Qualcosa come i 'fenomeni' sono le immagini poetiche se intendiamo l'immagine nel senso inferenziale del collocarsi lungo un processo. L'immagine può divenire un nuovo "operatore poetico" ⁽⁵⁸⁾ in seno al dérèglement:

⁽⁵⁷⁾ D. HUME, *Of the Standard of Taste*, in *Essays. Moral, Political and Literary*, ed. by E.F. Miller, Indianapolis, Liberty Classics, 1987, p. 231; è significativo che anche chi non tenne certo in gran considerazione una razionalità normativa abbia avuto modo di esprimersi in tali termini?

⁽⁵⁸⁾ Y. BONNEFOY, *L'alchimista del verbo*, introduzione in A. RIMBAUD, *Opere*, Milano, Mondadori, 1992, p. LXXXVIII - e cosa significherà l'immagine per Ezra Pound, ad esempio..

immagini ottenute per scarti, lacerazioni, e rotture del tessuto semantico convenuto — e per il dire analogico, e la sintesi inaudita: "les inventions d'inconnu réclament des formes nouvelles" (dalla lettera del 15 maggio 1871, a Paul Demeny). L'immagine è il fenomeno che si costruisce lavorando su regole a partire da convenzioni. L'immagine non è un già-saputo, un già-leggibile. Se i sonetti rimangono tradizionali, nella metrica e in tutto ciò che è convenzionalmente stabilito, la ricerca avviene a livello di regole, di immagini nuove⁽⁵⁹⁾. Si legga la celeberrima *Voyelles*. E sa la regola conduce a qualcosa come l'immagine, le nuove forme che Rimbaud cerca non sono per nulla qualcosa di 'formale' — come abitualmente intendiamo il termine. Le nuove forme sono le nuove immagini. Tali forme non si danno a livello di convenzioni; delle convenzioni non è richiesto un necessario mutamento; le convenzioni possono restare invariate (così, tanti sonetti ancora in Rimbaud) e allo stesso tempo possono presentarsi forme nuove, cioè immagini nuove. Cioè, mutando i termini, *fenomeni* nuovi; e se un fenomeno non si dà se non attraverso una regola, le regole saranno la formalizzazione delle possibilità fenomeniche.

In termini di possibilità, la rima, il ritmo, il sonetto, sono ciò che consente un'apertura di senso, convenzioni finite che attraverso regole permettono un'infinità di risultati possibili. Non possiamo certo dire che l'arte sia l'esecuzione di convenzioni: cosa sarebbe allora il nuovo? E non possiamo dire che la lettura di un testo (letterario, giuridico, epistemico) sia l'esecuzione di una convenzione, la ripetizione di un già-saputo. Un testo non è mai un risultato necessario. Non è necessaria la sua scrittura, né la sua lettura, né disponiamo della chiave del testo, né esiste un senso nascosto da scoprire. Le regole che ci guidano non sono già scritte, Salvo che, e questo sarà fondamentale per allontanarsi da qualsiasi irrazionalismo, le enunciazioni a cui procederemo dovranno essere comunque giustificate in termini fenomenici.

Rimane da spiegare perché certi testi di Rimbaud constaterebbero il fallimento del *dérèglement* (li abbiamo indicati supra, e si veda *Solde* in particolare). Forse Rimbaud ebbe in animo di applicare letteralmente, cioè convenzionalmente, il *dérèglement*, cioè applicarlo a se stesso, come una convenzione che si ripeta in negativo, una regola che si de-regola.

Per concludere, il *dérèglement* è impossibile se inteso letteralmente, cioè convenzionalmente; e in tal senso è razionalmente inammissibile — forse per questo abbiamo rinunciato a tradurlo; è impossibile come la distruzione di una lingua è impresa disperata, folle, o meglio assolutamente (ir)regolare. Ciò significa che la regola della non-regola individua fenomeni diversi

⁽⁵⁹⁾ Si veda in un testo come *Vénus Anadyornène* a quale divaricazione si presti il sonetto, fra l'essere convenzionalmente composto e il proporre un'immagine assolutamente in contrasto con l'iconografia tradizionale — una Venere che non emerge dal mare, ma a fatica, decrepita e ripugnante, da una vecchia tinozza.

(convenzioni e regole come fenomeni differenti) ⁽⁶⁰⁾. Sulla regola del dérèglement, diciamo che: o si allestisce un ossimoro, o si individuano fenomeni diversi. Poniamo ad esempio la distinzione fra convenzioni e regole. Possiamo mantenere delle convenzioni e allo stesso tempo scrivere delle regole diverse; ma non possiamo mantenere delle convenzioni e cambiarle, né osservare eversivamente delle regole; né demolire una lingua e al contempo parlarla. In conclusione, o si tratta di fenomeni diversi (e qui potremo accedere all'idea di mutamento), o l'assurdo sarà il nostro tema.

In ogni caso, enunciando questa alternativa parleremo a nome di una regola: la regola della razionalità, che denuncia l'insensatezza. — Questa accezione di razionalità potrebbe suonare particolarmente *formale*; le si potrebbe preferire una razionalità intesa in senso *fenomenologico*: la capacità di dire il vero ed il falso; ma forse se ne può pensare l'articolazione: asserendo che in una certa circostanza si osserva una convenzione e non una regola, diciamo il vero se facciamo una distinzione significativa tra le due; asserendo che nella stessa circostanza si osserva una regola e al contempo non la si osserva, diciamo il falso poiché nessun fenomeno del genere può essere sensatamente attestato.

ABSTRACT

These notes perform in different parts a unique question, that is the rule-question. We deal with it in three steps: first, an analysis of some works of law-and-literature (Weisberg, Rorty); second, a reading of some poems (Coleridge, Eliot); third, the setting of a problem whose name is due to Rimbaud: dérèglement, to remove the rules. These notes aim at showing how in the rule-question rationality is at stake.

Queste note svolgono in parti differenti un argomento unico, la questione della regola. La affrontiamo in tre luoghi: innanzitutto un'analisi di certi lavori che associano diritto e letteratura (Weisberg, Rorty), quindi una lettura di alcuni testi poetici (Coleridge, Eliot), in ultimo il problema del dérèglement, espressione ripresa da Rimbaud, il 'togliere le regole'. Proposito delle note è mostrare come la questione della regola sia cruciale per la questione della razionalità.

⁽⁶⁰⁾ In verità una regola, come passaggio, è ciò che conduce ad un fenomeno e non direttamente un fenomeno in sé. Ma se dal concetto di regola passiamo a considerare una regola come 'oggetto' su cui sviluppare un ragionamento, cioè la regola come oggetto di un'inferenza, allora possiamo legittimamente parlare di regola come fenomeno.

SILVIA SCHIAVO

COSTANTINO ED IL *CIVILITER AGERE* IN MATERIA DI FALSO DOCUMENTALE

1. - Nell'ambito di un assai noto lavoro dedicato alla *fides scripturae* ed ai rimedi penali e, soprattutto, civili contro il falso documentale, G.G. Archi ⁽¹⁾ affronta l'esegesi di una serie di costituzioni imperiali dedicate a tale tematica, contenute innanzitutto nel titolo *Ad legem Corneliam de falso* del Codice Teodosiano ⁽²⁾ nonché nel titolo corrispondente, *Ad legem Corneliam de falsis*, del Codice di Giustiniano ⁽³⁾.

In tale scritto che, a quanto ci risulta, continua a rappresentare l'unico contributo di notevole spessore in argomento ⁽⁴⁾, l'Autore individua un particolare procedimento, definito per lo più nelle fonti con l'espressione *civiliter agere*, volto all'impugnazione del documento falsificato a prescindere dalla ricerca di una colpevolezza in capo a chi ha operato la falsificazione, ricerca che rimane oggetto della persecuzione penale ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale (Contributo storico-domatico al problema dell'efficacia della scrittura)* in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1947, pp. 16 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, pp. 1589 e ss..

⁽²⁾ Si tratta di CTh. 9,19,2 (320 d.C.) dell'imperatore Costantino e di CTh. 9,19,4 (376 d.C.) dell'imperatore Graziano.

⁽³⁾ In questa sede i testi di interesse sono molto numerosi; oltre a C.9,22,22 ed a C.9,22,23 che riportano, seppure con varianti assai notevoli, le sopraccitate costituzioni del Teodosiano, vanno infatti segnalate C. 9,22,5, C. 9,22,9, C. 9,22,11, C.9,22,16, C. 9,22,17, C. 9,22, 22, C. 9,22,23, C, 9,22,24, le quali cronologicamente spaziano dal 231 d.C. al 389 d.C.

⁽⁴⁾ Come si vedrà in seguito, infatti, la letteratura successiva tende a rifarsi, sostanzialmente, alle riflessioni proposte da Archi nel sopraccitato scritto.

⁽⁵⁾ Secondo G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., p. 1591, tale procedimento sarebbe paragonabile, relativamente agli effetti, alla nostra moderna querela di falso e romperebbe con ogni schema preconstituito: "Dal punto di vista strettamente romanistico la singolarità del fenomeno risiede in ciò, che una determinata fattispecie (nel caso nostro il falso documentale, così come a questa epoca il diritto romano lo ha concepito) dà luogo alla possibilità di un *agere* civile e di uno criminale senza per

Lo studioso ravvisa nell'espressione *civiliter agere* l'indicazione di un vero e proprio procedimento autonomo, esperibile tanto in via principale quanto in via incidentale, ossia nel corso di una causa già iniziata, e che darebbe vita ad un processo a sé stante, da concludersi con sentenza, finalizzato ad accertare la genuinità della scrittura prodotta.

Ebbene, lo studioso ritiene che questo mezzo di impugnazione del documento sia stato introdotto con una costituzione dell'imperatore Graziano riportata in C.Th. 9,19,4 e, con modifiche, in C. 9,22,23.

Quanto alle testimonianze più antiche che sembrano documentare l'esistenza di un tale rimedio per l'età precedente a Graziano, secondo Archi esse sarebbero frutto di interpolazioni effettuate dai compilatori ⁽⁶⁾.

questo configurarsi come un *crimen* e come un *delictum*, o più in generale e precisamente senza ricadere nello stesso tempo in una di quelle ipotesi contemplate in astratto dall'ordinamento privato sia civile che pretorio".

(6) G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit; in particolare, a questa tematica è dedicata la prima parte del lavoro.

Riteniamo opportuno, per una migliore comprensione del problema, riportare immediatamente tali costituzioni: C. 9,22,9 (Imp. Carinus et Numerianus AA. Messio) *Si docueris apud praesidem provinciae ab intestato te heredem eius extitisse, qui codicillos scripserat, ordinarium est, ut in hereditatis possessione constitutus fideicommissa praebeas, quae iure relicta sunt, nisi consilium est codicillos falsos arguere. Quod si criminaliter coeptum interventu indulgentiae sopitum est, habes tamen residuam indagacionem, potest de fide scripturae civiliter quaeri* (a. 284); C. 9,22,11 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Isidoro) *Si lis pecuniaria apud pedaneos iudices remissa est, etiam de fide instrumenti civiliter apud eos iuxta responsum viri prudentissimi Pauli requiretur* (a. 287); C. 9,22,16 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Fortunato) *De fide testamenti querenti duplex via litigandi tributa est. Quamvis itaque per procuratorem accusationem persequi non potes, disceptatione privata tamen de eius fide queri non prohiberis, cum reus ita conventus non tantum ab alio iuste, sed etiam eo qui civiliter egit sollemniter accusari possit* (a. 294); C. 9,22,17 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Menelao) *Sicut falsi testamenti vel codicillorum scriptura temporis intervallo firmari non potest, ita vera quae iure subsistit non evanescit. Si itaque de fide delicti vel per accusationem vel per privatum iudicium quereris, rector provinciae tunc demum eos exhiberi de quibus interrogatio fieri potest iubebit, si prius ceteris iudiciis fuerit commotus* (a. 294).

Archi sostiene che tutti questi testi siano stati interpolati dai giustinianeî tramite l'inserimento dell'espressione *civiliter agere* che sarebbe sconosciuta ancora nella tarda età classica.

Sarebbe, invece, in linea con i principi classici la seguente costituzione: C. 9,22,5 (Imp. Alexander A. Petronio) *Falsi quidem crimen vel aliud capitale movere vos matri vestrae secta mea non patitur, sed ea res pecuniarium compendium non aufert. Si enim de fide scripturae, unde eadem mater vestra fideicommissum sibi vindicat, dubitatio est, inquiri fides veritatis etiam sine metu criminis potest* (a. 230).

Secondo il pensiero dello studioso, questo rescritto dell'imperatore Alessandro darebbe al soggetto interessato la possibilità di indagare circa la genuinità del documento prodotto nell'ambito della medesima istruttoria afferente al processo (*pecuniarium compendium*) volto alla *vindicatio fideicommissi*. Tutto ciò sarebbe in

Per lo studioso, infatti, l'elaborazione del *civiliter agere* come forma di autonomo processo contro la scrittura sarebbe maturata solo in ambiente postclassico, precisamente attraverso due costituzioni di Graziano: quella, di cui si è detto prima, del 376 d.C., ed una successiva, del 378 d.C., riportata in CTh. 9,20,1 (=C. 9,31,1).

Premesso che tanto la cronologia ed il contenuto del *civiliter agere*, quanto gli aspetti peculiari che la persecuzione criminale *ex lege Cornelia de falso* assume nella specifica fattispecie della *falsa scriptura* prodotta in giudizio costituiscono l'oggetto di una più ampia ricerca ancora in svolgimento, qui ci limitiamo a revocare in dubbio la tesi di Archi circa l'introduzione del *civiliter agere* ad opera di Graziano, Ci pare infatti di poter sostenere che fosse già conosciuto almeno da Costantino (7).

Il testo costantiniano cui ci riferiamo, del 320 d.C., è contenuto in CTh. 9,19,2 e, con varianti, in C. 9,22,22.

2. - Leggiamo, prima di tutto, il testo di Costantino:

CTh. 9,19,2 (Imp. Constantinus A. ad Maximum P.U.)

Cum in praeterito is mos in iudiciis servaretur, ut prolatis instrumentis, si ea falsa quis diceret, a sententia iudex civilis controversiae temperaret eoque contingeret, ut imminens accusatio nullis clausa temporibus petitoem possessoremve deluderet, commodum duximus, ut, etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessorie momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas, ut tunc civili iurgio teminato secunda falsi actio subderetur. Volumus itaque, ut primum

linea con tendenze peculiari dell'età classica: contro la falsificazione di un documento esisterebbe, come mezzo autonomo, unicamente la persecuzione criminale *ex lege Cornelia* (cfr. D.48,2,18 di Modestino e D.48,10,24 di Cervidio Scevola), nonché una indagine da effettuarsi però non in via autonoma, ma nel corso della stessa causa in cui il documento è stato prodotto: inquire *fides* veritatis, *refelli* (cfr., in particolare, la posizione dell'oratoria: Quint. Inst. Orat. V,5).

(7) Va sottolineato che nella letteratura si riscontra già un tentativo di anticipare, a livello cronologico, la elaborazione di un vero e proprio autonomo processo avente per oggetto l'accertamento della *fides* di un documento, in particolare del testamento: H. KRÜGER, Querela non *numeratae* pecuniae, in ZSS, 58, 1938, pp. 1-16. In questo scritto l'autore, analizzando l'utilizzo nelle fonti del termine querela giunge a sostenere (pp.13 ss.) che in C. 9,22,12, C. 9,22,16, C.9,22,17 la terminologia querela falsi testamenti non si riferisce al processo penale di falso, quanto piuttosto ad un accertamento in via civile: "Damit ist nicht der Strafprozeß gemeint, sondern das *iudicium privatum*. Es handelt sich nur um die *fides* scripturae, also nur um die Feststellung der Tatsache der Falschung: Cod. 9,22 L.5; L.93 1; L. 16 cit.; L.23 pr. (= Cod. Theod. 9,19,4 pr. mit Interpret.). Die Folge des Feststellungsurteils, nämlich Nichtigkeit der falschen Verfügung verstand sich von selbst." Esprime, ovviamente, parere contrario, G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., p. 1650 nt. 30.

cesset inscribitio. Sed ubi falsi crimen inciderit, tunc ad morem pristinum quaestione civili per sententiam terminata acerrima fiat indago argumentis testibus scribaturarum conlatione aliisque vestigiis veritatis. Nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit iudex medius nec ulla quae sentiat interlocutione divulget, sed tamquam ad imitationem relationis, quae solum audiendi mandat officium, praebeat notionem, postrema sententia quid sibi liqueat proditurus. Ultimum autem finem strepitus criminalis, quem litigantem disceptantemque fas non sit excedere, anni spatio limitamus, cuius exordium testatae aput iudicem competentem actionis nascetur auspiciis: capitali post probationem supplicio, si id exigat magnitudo commissi, vel deportatione ei qui falsum commiserit imminente. P(RO)P(OSITA) VIII KAL. APRIL. IN FORO TRAIANI CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS. (a.320) (8)

Secondo la lettura tradizionale risalente a J. Gotofredo questo testo dell'imperatore Costantino avrebbe perseguito quattro fini, per il raggiungimento dei quali sarebbero state dettate quattro sententiae (9).

Secondo Gotofredo, tuttavia, Costantino avrebbe principalmente mirato ad eliminare un *praeteritus mos* in base al quale, quando nel corso di un processo civile veniva sostenuta la falsità dei documenti e veniva manifestata l'intenzione di agire criminalmente, il processo civile era interrotto affinché fosse lasciato spazio all'accusatio falsi. L'imperatore, consapevole dei disagi che un sistema di questo tipo comportava, soprattutto per la mancanza di limiti temporali entro cui il processo criminale di falso doveva svolgersi, avrebbe stabilito, invece, l'obbligo per il giudice civile di portare a termine la controversia principale. (10)

(8) Sulla data della costituzione si vedano: O. SEEK, *Regesten der Kaiser und Papste*, Stuttgart, 1919, p. 64; A.H.M JONES, J.R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Late Roman Empire*, Cambridge, 1971, p. 590; O. SEEK, *Die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, Milano, 1983 (ristampa anastatica a cura di M. Sargenti), p. 225.

(9) J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, III, Lipsiae, 1736-1743, *Ad hanc legem*, p. 179: «Processus criminalis in falsi crimine hac Constantini Magni constitutione stabilitur: Quadruplici fine: 1. Ne civili causae per iniectam falsi accusationem mora nat. 2. Ne accusator plus satis frustretur. 3. Vice versa, Ne reus in reatu diu nimis moretur: 4. Denique, Ne accusatio impune sit falso accusanti. Totidem igitur huius legis sunt sententiae, quot fines...».

(10) J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus*, cit., p. 179: «Incidentem falsi criminem quaestionem in causam civilem, puta si ex testamento legatum, vel chirographo pecunia credita peteretur, vel ex instrumento auctoritatis res, reive possessio vindicaretur (quo proprie haec lex pertinet): contra vero obiectum esset falsi crimen, adversus huiusmodi instrumentum civili causae principali moram inicere non debere, id est, non obstante falsi quaestione iniecta, civilem causam terminandam secundum instrumentum probatum, etsi falsum diceretur...».

Questo sarebbe il contenuto normativo più importante della costituzione in discorso, unito alle nuove regole dettate per il processo criminale di falso.

Gli studiosi moderni, aderendo acriticamente a questa interpretazione di Gotofredo, identificano il processo civile di cui si parla nel testo con il processo civile principale: dunque le espressioni *civili iurgio terminato* e *quaestio civili per sententiam terminata* presenti nella costituzione costantiniana indicherebbero la necessità che si giunga alla conclusione del processo civile principale prima che inizi la persecuzione criminale di falso ⁽¹¹⁾.

Nonostante l'autorevole paternità di questa lettura, che risale appunto a J. Gotofredo, essa a noi non sembra completamente appagante.

Una osservazione preliminare. A nostro parere quello che sarebbe stato lo scopo principale della costituzione, ossia imporre al giudice la conclusione

⁽¹¹⁾ Gli studiosi moderni, pressochè in maniera univoca, hanno inteso l'espressione *quaestio civilis terminata* come riferita al giudizio civile principale che ha costituito l'occasione per l'incidente di falso, e che dovrebbe essere portato a termine prima dell'indagine criminale; a quest'epoca l'unico mezzo predisposto per agire contro il falso documentale sarebbe l'accusatio falsi: B. BIONDI, *Summatim* cognoscere, in BIDR, 30, 1921, pp. 220-258, in particolare p.229; G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter* agere, cit., p. 1604 e 1605: "... Si tratta di C.Th. 9,19,2 di Costantino.. L'imperatore si preoccupa degli incidenti di falso sorti durante il corso di processi petitori: un'ottima occasione, quindi, per indicarci i mezzi processuali, attraverso i quali detto incidente si sarebbe svolto. Orbene nella c. si ricorda solo l'accusatio e appunto ci si preoccupa di stabilire i rapporti tra la causa civile principale e l'actio falsi (come dice il testo) sorta in via incidentale. Si noti poi che il linguaggio legislativo è tale che non lascia possibilità di dubbi: nel senso almeno che per *dicere* falsa gli instrumenta, non vi è altra possibilità che quella di accusare... Costantino ancora ignora un civiliter agere diretto ad accertare il falso documentale". Cfr. inoltre, l'ampia esegesi svolta alle pp. 1640 ss. L'autore riporta la medesima idea in uno scritto di qualche anno successivo: G.G. ARCHI, La prova nel diritto del basso impero, in IURA, 12, 1961 pp. 1-23, cfr. in particolare p. 10 e p.21. Sostanzialmente tale posizione è stata ripresa dalla letteratura successiva: L. MER, *L'accusation* dans la procedure *penal* du Bas- Empire Romain, (thèse), Rennes, 1953, pp.249 ss., in cui lo studioso mantiene l'idea che la *quaestio civilis* di cui parla Costantino sia la causa civile principale che va conclusa prima dell'inizio del procedimento criminale. Cfr., inoltre, C. DUPONT, *Le Droit Criminel* dans *les Constitutions* de Constantin. *Les Infractions*, Lille, 1953, pp. 70 e 71; F. AVONZO, Coesistenza e connessione fra iudicium publicum e iudicium privatum, in BIDR, 18-19, 1956, p. 178, pp. 195 s.; L. RAGGI, Studi sulle *impugnazioni* civili nel processo romano, Milano, 1961, pp. 88 ss.; C. DUPONT, *Les textes* constantiniens et le préfet de la ville, in *Revue Historique* de Droit Français et Étranger, 47, 1969, pp. 613-644, in particolare p.627; J.P. ADAM, *Le faux* en écritures en droit romain, (thèse), Paris, 1969, pp. 321 e ss.; D. SIMON, *Untersuchungen zum* Justinianischen Zivilprozess, München, 1969, pp. 308 e s.; inoltre, G. PROVERA, Recensione a D. Simon, in IURA, 21, 1970, pp. 211-225; M. LEMOSSE, *Cognitio. Étude sur* le rôle du juge dans l'instruction *du procès* civil antique, Roma, 1971 (rist. an. ed. Paris, 1944), pp. 250-251; M. BRUTTI, La problematica del dolo processuale *nell'esperienza* romana, II, Milano, 1973, p. 771; C. DUPONT, *La* procedure civile dans les constitutions de Constantin. *Traits* caractéristiques, in *RIDA*, 21, 1974, pp. 191-213, in particolare p. 205; T. HONORÉ *Ausonius and Vulgar Law*, in IURA, 34, 1984, pp. 75-85, in particolare p. 76; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa* del processo *criminale* romano, Milano, 1996, pp. 71 ss.

del procedimento civile prima di iniziare la persecuzione criminale (il *vetus mos* che si intendeva abrogare evidentemente consentiva di interrompere il giudizio civile in vista del *criminaliter agere*) non costituisce affatto una innovazione introdotta con il testo in oggetto.

L'imperatore, infatti, ne parla al passato ⁽¹²⁾: *commodum duximus, ut, etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessorive momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas, ut tunc civili iurgio terminato secunda falsi actio subderetur.*

Pensiamo che questa circostanza vada valorizzata; è pertanto assai probabile che contro quel *praeteritus mos* lo stesso Costantino o imperatori precedenti si fossero già pronunciati. Se è plausibile questa interpretazione, la portata innovativa della legge concerne essenzialmente il processo criminale di falso, cioè le modalità con cui l'*acerrima indago* deve svolgersi, l'apposizione ad essa di limiti temporali, la pena che grava sul falsario.

3. – L'aspetto principale che ci preme sottolineare è però un altro, il quale ci allontana ulteriormente dalla tradizionale esegesi del testo in discorso.

Rileggiamo la prima parte del passo costantiniano:

Cum in praeterito is mos in iudiciis sequaretur, ut prolatis instrumentis, si ea falsa quis diceret, a sententia iudex civilis controversiae temperaret eoque contingeret, ut imminens accusatio nullis clausa temporibus petitorem possessoremve deluderet, comnodum duximus, ut, etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessorive momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas, ut tunc civili iurgio terminato secunda falsi actio subderetur.

Secondo l'opinione comune che, come si è detto, trae origine da Gotofredo, Costantino, dopo avere accennato al *praeteritus mos* ed alla sua insoddisfacente disciplina, avrebbe espresso il contenuto della sua innovazione (*com-*

(12) Frequente, quasi corrente, è l'uso del verbo reggente al passato (*placuit, sanximus, ecc.*) ma, solitamente, il contenuto precettivo viene poi espresso con forme presenti o future (mentre nel testo in oggetto tutti i verbi usati sono storici). Si veda, per esempio, l'editto *De accusationibus* dello stesso Costantino: Ed. de accusationibus, 6-9: *Unde consulentes securitati provinciarum nostrarum eiusmodi remedia prospeximus, ut accusator quidem non omnimodo de iudicio repellatur, verum quicumque intentionibus suis probationes adere confidit...;* 28-35: *In servis quoque sive libertis, qui dominos vel patronos accusare aut deferre temptant, eiusmodi legem iuxta antiqui quoque iuris statutum observandam esse censuimus, ut scilicet professio tam atrocis audaciae statim in admissi ipsius exordio per sententiam iudicis comprimitur ac denegata audientia patibulo adfixus qui ad eiusmodi desperationem processerit, exemplum ceteris praestet, ne quis in posterum audaciae similis existat.* (FIRA, I, p. 458).

modum duximus) sul filo di un caso concreto di rei vindicatio: "poiché in passato era conservato nei giudizi quell'uso per cui, prodotti dei documenti, se qualcuno avesse detto che erano falsi, il giudice civile si asteneva dalla sentenza della controversia; e poiché accadeva che la futura accusa criminale potesse deludere il petitor o il possessor, non essendo limitata temporalmente, ritenemmo più utile che, quantunque l'uno o l'altro dei litiganti avesse proposto l'accusa criminale di falso, tuttavia l'autorità dei documenti esibiti conferisse il possesso (*momentum*) al petitor o al possessor; per cui allora, terminato il processo civile, subentrasse il processo criminale...".

Questa interpretazione è incardinata sull'idea che quello che si sta svolgendo sia un processo di rei vindicatio, il quale deve essere portato a termine con l'attribuzione, ad una delle parti, del possesso (*momentum*) della cosa oggetto della controversia ⁽¹³⁾.

Tale esegesi, in definitiva, conduce ad identificare il processo civile di cui si tratta e della cui conclusione si impone l'obbligo, esclusivamente con il procedimento principale, senza lasciare spazio alla possibilità che vi sia compreso anche un secondo procedimento sorto incidentalmente e volto ad accertare sul piano civile la *fides* dei documenti prodotti.

È nostro convincimento, invece, che la procedura, della cui conclusione Costantino ha imposto l'obbligo, possa essere un procedimento complesso, costituito da una causa principale su cui si è innestato un incidente di falso documentale.

Gli argomenti testuali che si possono addurre a sostegno di questa interpretazione sono essenzialmente due.

Prima di tutto non ci sembra ammissibile che in una *lex generalis*, quale è la costituzione in esame, si ricostruisca su di un caso concreto di rei vindicatio una disciplina che può interessare qualsiasi controversia civile dove una pretesa si basi su di un documento scritto (già Gotofredo individuava una vera e propria casistica di pretese fondate su una scrittura: richiesta di un legato sulla base di un testamento, di un credito sulla base di un chirografo, di una res sulla base di un documento... ⁽¹⁴⁾).

⁽¹³⁾ L'attribuzione alla parola *momentum* del significato di possesso (della cosa oggetto della controversia), risale a Gotofredo. Si veda, infatti: J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus*, cit., *Ad hanc legem*, p. 179, nt. f: «*Momentum, hic non tam firmamentum vel ius significat, verum proprie interdictum retinendae vel recuperandae possessionis: de quo momenti significatu dixi ad 2 4 sup. Unde vi*». Il Commentatore, consapevole della eterogeneità di significati attribuibili alla parola *momentum*, sceglie, in questo specifico ambito, quello di possesso, seguito in ciò dai moderni. Si vedano, in particolare modo, G.G. ARCHI, *Civiliter ve2 criminaliter agere*, cit., pp. 1640, 1641 nt. 94; C. DUPONT, *La procedure civile*, cit., p. 205; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., pp. 83 e ss.

⁽¹⁴⁾ Si rileggano, in relazione a ciò, le parole di J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus*, cit., *Ad hanc legem*, p. 179: «*Incidentem falsi criminales quaestionem in causam civilem, puta si ex testamento legatum, vel ex chirographo pecunia credita peteretur, vel ex instrumento auctoritatis res, reive possessio vindicaretur...*».

Ci sembra più plausibile, al contrario, la seguente lettura: "...ritenemmo più comodo che, quantunque l'uno o l'altro dei litiganti abbia proposto un'accusa di falso, l'autorità dei documenti esibiti conferisse il diritto (momentum) a colui che chiede l'accertamento della scrittura (petitor) o a colui che, possedendola, la esibisce (possessor): per cui allora, terminato il processo civile, subentrasse il processo criminale".

Se questa lettura è ammissibile, la testimonianza costantiniana acquista un altro respiro: si intravede uno scenario in cui in una causa civile principale si inserisce un procedimento diretto a stabilire quale sia l'auctoritas ⁽¹⁵⁾ dei documenti, la cui conclusione è presupposto per arrivare a decidere la causa principale. Con ogni probabilità, nella prospettiva del testo costantiniano, questo complesso di procedimenti è già stato incardinato (si dice infatti nella costituzione che il giudice civile, sulla base del *praeteritus mos*, in seguito alla manifestazione della volontà di una delle parti di agire in via criminale, si asteneva dall'emanare la sentenza della controversia civile: ciò significa che tale processo era già iniziato): essi vanno dunque portati a termine, affinché il petitor ed il possessor non vengano delusi. In questo contesto, pensiamo che il termine momentum debba leggersi non come "possesso", significato che si accorda unicamente con l'idea che il giudizio principale sia una *rei vindicatio*, bensì come "diritto", traduzione che è invece ammissibile in presenza di qualsiasi tipo di giudizio fra quelli ricordati precedentemente nell'ambito della casistica segnalata da Gotofredo; a questo proposito sottolineiamo che lo stesso Gotofredo, pur attribuendo a *momentum* il significato di "possesso", ricorda l'eterogeneità di letture riconducibili alla parola, fra cui appunto quella di *ius*. ⁽¹⁶⁾

Conseguentemente, il petitor ed il possessor non sono identificati con le parti di un processo petitorio bensì con le parti di un qualsivoglia processo: nel nostro caso specifico petitor è l'attore che richiede, nel processo civile de

⁽¹⁵⁾ A supporto della nostra tesi sottolineiamo come una idea di questo tipo si trovi espressa, seppure in maniera molto rapida e senza una esegesi della costituzione in discorso, in M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, III, Bonn, 1866, p. 287 e nt. 87-88. L'Autore sostiene che il testo costantiniano prescriverebbe al giudice civile di pronunciarsi sull'autenticità dei documenti prodotti, mentre il giudizio sulla falsificazione sarebbe oggetto solo del successivo procedimento criminale.

⁽¹⁶⁾ J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus*, cit, *Ad hanc legem*, p. 179, nt. f: «Momentum, hic non tam firmamentum vel ius significat, verum proprie interdictum retinendae vel recuperandae possessionis: de quo momenti significatu dixi ad l. 4 sup. Unde vi». Sul significato della parola momentum nell'ambito della costituzione costantiniana si veda E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, p.244 nt. 245.

fide scripturae, l'accertamento dell'auctoritas dei documenti, mentre il *possessor* è colui che, possedendo tali documenti ed avendoli esibiti a fondamento delle proprie pretese nella controversia principale, è convenuto nel processo *de fide* (17).

Se queste osservazioni sono plausibili, il testo costantiniano in discorso prova l'esistenza di un *civiliter agere* in materia di falso documentale, esercitabile almeno in via incidentale, conosciuto nel 320 d.C. e quindi già elaborato (si rammenti l'espressione *commodum duximus*, su cui ci siamo precedentemente soffermati).

Vi è un ulteriore argomento testuale che può essere posto a conferma di tale ipotesi; esso poggia essenzialmente sulla locuzione *secunda falsi actio subderetur*.

Nessuno, a nostra conoscenza, si è mai interrogato sul significato di queste parole.

Orbene, poichè senza dubbio la *secunda falsi actio* è l'*agere criminaliter*, e poichè il procedimento criminale può avvenire solo a conclusione di un processo civile, quest'ultimo sicuramente comprende una prima *falsi actio*, identificabile proprio con un processo civile volto all'accertamento della *fides scripturae*.

Concludendo, ci pare possibile affermare, contro la tradizionale linea interpretativa, che il *civiliter agere* in materia di falso documentale è già conosciuto da Costantino; conseguentemente, la costituzione di Graziano del 376 d.C. non introduce ex novo tale procedimento.

(17) Relativamente a questa accezione, più generica, dei termini *petitor* e *possessor*, intesi come attore e convenuto nell'ambito di qualsiasi processo, si vedano: A. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, III, Padova, 1965 (rist. an.), s.v. *petitor*, p. 695 e s.v. *possessor*, p. 773; F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, s.v. *petitor*, e s.v. *possessor*. L'utilizzo generico delle parole *petitor* e *possessor* nell'ambito della costituzione di Costantino del 320 d.C. viene già segnalato da CA. CANNATA, *Possessio, Possessor, Possidere* nelle fonti giuridiche del basso impero romano, Milano, 1962, p.136, nt.88: "L'uso di *possessor* (ovvero *is qui possidet*) per "convenuto" è assai frequente nelle fonti postclassiche... Aggiungerei che, nei luoghi addotti, *possessor* è riferito al convenuto di un'azione reale, ma non mancano esempi in cui il significato del termine è più vasto, alludendo genericamente al "convenuto" indipendentemente dal carattere del processo. Si veda Int. CTh. 2,12,7 dove con *possessoris* si rende la parola *rei* della costituzione interpretata, nonché CTh. 9,19,2 dove l'antitesi *petitor-possessor* è evidentemente posta in generale."

Si può ricordare, inoltre, un altro testo dell'imperatore Costantino, del 333 d.C. (Sirm. 1), in cui, ancora una volta, le parole *petitor* e *possessor* stanno ad indicare, genericamente, le parti processuali: "...*Quicumque itaque litem habens, sive possessor sive petitor vel inter initia litis vel decursis temporum curriculum, sive cum negotium peroratur, sive cum iam coeperit promi sententia, iudicium elegerit sacrosanctae legis antistitis, ilico sine aliqua dubitatione, etiamsi alia pars refragatur, ad episcopum personae litigantium dirigitur...*"

4. – Vediamo ora come la nuova lettura del testo costantiniano non contrasti con il sistema delle altre costituzioni del Teodosiano relative al falso documentale.

Si legga l'intervento dell'imperatore Graziano del 376 d.C.:

CTh. 9,19,4 (Imppp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. Ad Maximinum P.P.)

Damus copiam iurgantibus, si aput iudicem proferatur scriptura, de qua oritur aliqua disputatio, spatium ut habeat qui perurgeat profitendi, utrum de falso criminaliter an de scripturae fide statuatur civiliter experiri. Quod si expetens vindictam falsi crimen intenderit, erit in arbitrio iudicantis, an eum sinat etiam sine inscribitione certare: iudicis enim potestati committi oportet, ut de eo qui obiecta non probaverit sumat propositum antiquo iure supplicium. Rationi quoque huiusmodi plenissime suffragatur antiquitas, quae nequissimos homines et argui voluit et coherceri legibus variis, Cornelia de veneficiis sicariis parricidiis, Iulia de adulteris ambitusve criminibus ceterisque ita promulgatis, ut possit etiam sine inscribitione cognosci, poena tamen accusatorem etiam sine sollemnibus occuparet. De qua re et divus Antoninus rescribisse docetur, id in iudicis potestate constituens, quod nosmet in legibus iusseramus. Rernovebitur itaque istius lenitate rescripti praecepti superioris austeritas, ut, si quis deinceps tabulas testamenti chirographa testationesque nec non etiam rationes privatas, vel publicas, pacta et epistulas, vel ultimas voluntates, donationes venditiones vel si quid prolatim aliud insimulare conabitur, habeat praetermissis sollemnibus accusandi facultatem, pro iudicis motu sententiam relaturus. Civiles autem inquisitionis inter utrasque confligentium partes aequali motu ingruit et recurrit humanitas, cum is quae praeerit quaestioni intentiones falsas aut convicta crimina ex legibus poenis competentibus possit ulcisci. P(RO)POSITA ROMAE XVI KAL. MAI VALENTE V ET VALENTINIANO AA. CONSS. (a. 376)

La costituzione in esame stabilisce, in primo luogo, che quando è prodotta nel corso di un giudizio una scrittura sospettata di falso, sia lasciato un certo intervallo di tempo a chi intende impugnare l'*instrumentum* affinché egli possa scegliere se accusare di falso in via criminale o se agire tramite il *civiliter experiri de fide scripturae*.

In secondo luogo la cancelleria imperiale si preoccupa di dettare alcune indicazioni relative al processo criminale di falso, in particolare modo in relazione alle modalità introduttive dell'accusa, sottolineando il fatto che questo intervento dell'imperatore Graziano pare ispirarsi ad una

maggiore lenitas, nel disciplinare la materia, rispetto alla tradizione precedente (1⁸).

Come si è già detto gli studiosi hanno da sempre visto questo testo come il primo volto ad offrire la possibilità di un procedimento civile avente per oggetto l'accertamento della *fides* di un documento prodotto in giudizio (1⁹).

Nella nostra prospettiva, invece, questa costituzione non presenta alcuna valenza innovativa relativamente agli strumenti civili contro il falso documentale, poiché, se è plausibile l'ipotesi che abbiamo cercato di ricostruire, il civiliter agere per l'accertamento della genuinità della scrittura era già conosciuto, e ricordato, dall'imperatore Costantino. Dunque Graziano semplicemente richiama l'esistenza di due procedimenti che sono offerti dall'ordinamento giuridico a chi voglia contestare la *veritas* di una scrittura: vi è la possibilità di proporre l'accusatio falsi e la possibilità di richiedere in via civile una indagine sulla *fides* del documento.

Ciò che in questa sede ci preme sottolineare, è che Graziano si pone in una prospettiva parzialmente differente da quella costantiniana: l'imperatore Costantino partiva dal fatto che fosse già stato incardinato un complesso di procedimenti, quello principale e quello incidentale relativo alla *fides* dei documenti, e richiamava conseguentemente l'obbligo per il giudice di concludere il civile *iurgium* prima che venisse iniziata la persecuzione criminale (si ricordino queste parole: tunc civili iurgio *terminato* secunda falsi actio subderetur).

Al contrario Graziano pare enunciare, in astratto, l'esistenza delle due possibili strade che si offrono a chi intende contestare la genuinità del documento. Si rilegga la prima parte del testo:

(1⁸) Le questioni più dibattute, dal punto di vista penalistico, relativamente a CTh. 9,19,2 e CTh. 9,19,4, attengono alle modalità introduttive dell'accusa; in particolare in dottrina si è molto discusso sulla portata della riforma di Costantino che parrebbe eliminare la necessità dell'*inscriptio*, mentre l'intervento di Graziano sarebbe mirato a rimettere alla discrezionalità del giudice lo stabilire ciò, nonché le eventuali conseguenze negative in capo all'accusatore che non sia in grado di provare le proprie accuse. Si vedano, su queste tematiche: G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., pp. 1647 ss.; L. MER, *L'accusation*, cit., pp. 249 e ss.; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., pp. 71 e ss.; G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato*, Padova, 1998, pp. 58 e ss..

(1⁹) Per la letteratura su questo punto, cfr. la nt. 11. Sottolineiamo come Gotofredo, nel commento dedicato alla costituzione di Graziano, per la prima volta cerchi di definire il contenuto del *civiliter experiri de fide scripturae*: J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus*, cit., *Ad hanc legem*, p. 183, nt. *f*: «Nam hic de scripturae fide experiri, est omnino civiliter experiri: cui opponitur mox vindictam expetere. De scripturae fide, id est simpliciter de veritate eius (ut Interpretes explicat) citra vindictae persecutionem: in rem magis seu in scripturam concepta actione, quam in personam».

Come si può notare, le parole del commentatore del Teodosiano sottolineano la peculiarità del procedimento in questione, rivolto alla scrittura e non alla punizione dell'eventuale falsario.

Damus copiam iurgantibus, si aput iudicem proferatur scrib-
tura, de qua oritur aliqua disputatio, spatium ut habeat qui
perurgeat profitendi, utrum de falso criminaliter an de scriburae
fide statuatur civiliter experiri.

La situazione prospettata nel testo in oggetto è quella della presentazione, nel corso di un processo principale, di un documento della cui genuinità si dubita. Ebbene, non è ancora stato scelto dalla parte interessata il rimedio incidentale che si intende utilizzare contro tale documento (al contrario, nell'ottica che abbiamo rilevato in Costantino era già iniziato, oltre al procedimento principale, il procedimento incidentale civile *de fide scripturae*).

Graziano attribuisce uno *spatium* nell'ambito del quale chi, fra i due litiganti, desidera impugnare il documento, possa decidere se proporre l'accusa di falso o agire in via civile per l'accertamento della *fides*: rispetto al testo costantiniano, da cui non appariva con chiarezza in quale momento della complessa vicenda processuale fosse stato incardinato il processo civile *de fide scripturae*, la costituzione del 376 d.C. pare introdurre, come unico elemento di novità in quest'ambito, la possibilità di un momento di riflessione per le parti affinché esse effettuino la propria scelta.

5. - Leggiamo ora un altro testo del Teodosiano, fondamentale per la materia di cui ci stiamo occupando. Esso è dato da un'ulteriore costituzione di Graziano, del 378 d.C., l'unica del titolo *Victum civiliter agere criminaliter posse* ⁽²⁰⁾.

Si legga:

Sulla complessità del testo in questione, nonché sui suoi rapporti con CTh. 9,20,1 (di cui ci occuperemo tra breve) si veda: T. HONORÉ *Ausonius and Vulgar Law*, cit., p. 78 e ss.; ID., *The Making of Theodosian Code*, in ZSS, 103, 1986, pp. 133-222, in particolare, p. 208.

⁽²⁰⁾ Diamo conto anche della versione giustiniana della costituzione: C. 9,31,1 (Imppp. Valens, Gratianus, Valentinianus AAA. Antonio P.P.): *A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis sive civilis actio moveatur, nec si civiliter fuit actum, criminalem posse consumi, et similiter e contrario. Sic denique et per vim possessione deiectus, si de ea recuperanda interdicto unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem: et suppresso testamento cum ex interdicto de tabulis exhibendis fuerit actum, nihilo minus ex lege Cornelia testamentaria poterit crimen inferri: et cum libertus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Viselli criminaliter poterit perurguari. Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutum, et plurima alia sunt, quae enumerari non possunt, ut, cum altera prius actio intentata sit, per alteram quae supererit iudicatum liceat retractari. Qua iuris definitione non ambigitur etiam falsi crimen, de quo civiliter iam iactum est, criminaliter esse repetendum.* (a. 378)

CTh.9,20,1 (Imppp. Valens, Gratianus et Valentinianus A.AA. ad Antonium P.P.)

A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis conpetit actio, utraque licere experiri, nec, si civiliter fuit actum, criminalem posse consumi. Sic denique et per vim possessione deiectus, si de ea recuperanda interdicto unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem; et suppresso testamento cum ex interdicto de tabulis exhibendis fuerit actum, nihilo minus ex lege Cornelia testamentaria poterit crimen inferri; et cum libertus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgueri. Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutum. Et cum una excepta sit causa de moribus, sescenta alia sunt, quae enumerari non possunt, ut, cum altera prius actio intentata sit, per alteram quae supererit iudicatum liceat retractari. Qua iuris definitione non ambigitur etiam falsi crimen, de quo civiliter iam iactum est, criminaliter esse repetendum. DAT. PRID. ID. IAN. TREV(IRIS) VALENTE VI ET VALENTINIANO II AA. CONSS. (a.378)

Questo testo dell'imperatore Graziano si occupa della possibilità del cumulo fra azione criminale ed azione civile nelle fattispecie per cui esista, appunto, tale duplicità di mezzi processuali: è ancora possibile esperire l'azione criminale anche se è già stata proposta quella civile.

Dopo una elencazione di casi risalenti all'età classica esprimenti, secondo la lettura data dalla cancelleria imperiale, questa possibilità del cumulo, si afferma che senza dubbio siffatta regola è applicabile anche nel caso della fattispecie di falso: *qua iuris definitione, non ambigitur, etiam falsi crimen de quo civiliter iam iactum est, criminalem esse repetendum.*

Tale intervento dell'imperatore Graziano è caratterizzato da una grande complessità, toccando esso tematiche che noi ora non possiamo affrontare, e per le quali rimandiamo alla letteratura che se ne è occupata ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Si veda, innanzitutto, il commento di J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus*, cit., *Ad hanc legem*, pp. 186-187, in cui viene già messo in luce il fatto che tale costituzione si occupa del concorso fra *l'actio civilis* e *l'actio criminalis*.

Gli studiosi moderni hanno affrontato CTh. 9,20,1 da differenti angolazioni. In particolare, questa costituzione è stata analizzata nei suoi rapporti con i precedenti classici in essa citati, nonché dal punto di vista del rapporto che si crea fra *iudicium privatum* e *iudicium publicum*. Fra tutti, si vedano: TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 891, nt.5; L. DE SARLO, *Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 14, 1937, pp. 317-353; G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., pp. 1591 ss., pp. 1652 s.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24, 1955, p. 489 e p. 494 e ss., F. AVONZO, *Coesistenza e connessione*, cit., pp. 178 e ss.; F.

In questa sede è sufficiente ribadire che scopo della costituzione è quello di ricordare la possibilità di esercitare l'azione criminale anche qualora si sia agito già in via civile ⁽²²⁾.

Pensiamo che, pure in relazione a questa costituzione, la nuova lettura che abbiamo dato al testo costantiniano mantenga senso: Graziano, nel 378 d.C., ricorda, come già aveva fatto due anni prima, l'esistenza di una duplicità di strumenti utilizzabili in relazione ad un falso documentale, dicendo che qualora si sia già agito civilmente, è possibile proporre anche l'accusatio falsi.

Prima di tutto, ci pare necessario sottolineare che le parole di Graziano non sembrano essere volte ad introdurre ex novo il principio del cumulo fra civiliter e criminaliter agere in materia di falso documentale, bensì, semplicemente, a ricordarne l'esistenza ⁽²³⁾.

SERRAO, Il frammento leidense di Paolo, Milano, 1956, pp. 95 ss; L. RAGGI, Studi sulle impugnazioni, cit., pp. 211 ss; D. SIMON, Untersuchungen, cit., p. 309; G. NEGRI, s.v. Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., III, Torino, 1988, pp. 251-273, in particolare: p. 265; M.J. GARCIA GARRIDO- F. REINOSO BARBERO, Civiliter vel criminaliter agere. Los precedentes *jurisprudenciales* de la constitucion de Valente, Graciano y Valentiniano del año 378 (*CTh.* 9,20,1=C. 9,31,1), in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IX Convegno Internazionale, Napoli, 1993, pp. 439-456. Sulla versione giustiniana del testo si vedano, fra tutti: R. BONINI, Ricerche di diritto *giustiniano*², Milano, 1990, pp. 79 ss., con letteratura; M.A. DE DOMINICIS, Rapporti tra iudicium privatum e iudicium *publicum* dal diritto classico a Giustiniano, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, I, Milano, 1967, pp. 221-272; L. VACCA, Delitti privati ed azioni penali nel Principato, in *ANRW (Principat)*, 11.14, Berlin-New York, 1982, pp. 682-721, in particolare, p. 698 nt. 48; M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica, Padova, 1983, p. 13 nt. 4 e p. 240; G. NEGRI, s.v. Concorso, cit., p. 265; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano, 1998, p. 206.

⁽²²⁾ Complessivamente, in relazione a questo specifico punto, si riscontrano due opposte letture da parte degli studiosi: se da un lato c'è chi, soffermandosi sul tenore letterale della costituzione e mettendola in relazione con le varianti giustiniane di C. 9,31,1 sostiene, per questa fase storica, il necessario ordine civiliter-criminaliter per il cumulo dei procedimenti (De Sarlo, Archi, Raggi, Simon, Negri), dall'altro (in particolare Avonzo e Serrao) si sostiene l'idea che sia possibile il cumulo anche nel caso inverso, e che quindi le aggiunte effettuate dai compilatori in C. 9,31,1 siano meramente esplicative. Allo stato delle nostre conoscenze ci sentiamo di accogliere il primo di questi orientamenti, tendendo esso a valorizzare il dato testuale e sistematico: C. 9,31,1 sarà collocata, infatti, in un titolo avente portata generale (Quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri potest) in contrapposizione a quanto accadeva nel Teodosiano.

⁽²³⁾ Gli studiosi tendono, prevalentemente, a sottolineare la portata innovativa di questa costituzione. Si vedano, per tutti: G.G. ARCHI, Civiliter vel criminaliter agere, cit., pp. 1591 ss., pp. 1652 s.; F. AVONZO, Coesistenza e connessione, cit., pp. 178 e ss.; L. RAGGI, Studi sulle impugnazioni, cit., pp. 211 ss; D. SIMON, Untersuchungen, cit., p. 309; G. NEGRI, s.v. Concorso, cit; altri, invece, mettono in luce come il testo di Graziano semplicemente tramandi un principio già esistente nell'ordinamento romano: L. DE SARLO, Sulla repressione penale del falso, cit. p. 340; F. SERRAO, Il frammento leidense di Paolo, cit. pp. 95 ss.

Molto probabilmente, tale possibilità di cumulo era sottointesa dallo stesso Graziano nella precedente costituzione la quale, come abbiamo sostenuto poco sopra, richiama in astratto quali sono le due strade percorribili da chi intende contestare la genuinità di una scrittura prodotta nel corso di un giudizio: Gotofredo, nel suo commento a CTh. 9,20,1 sostiene, in due momenti differenti, che già il precedente intervento di Graziano si richiamava alle medesime tematiche ⁽²⁴⁾.

Noi pensiamo che, alla luce della nuova lettura che abbiamo cercato di dare al testo costantiniano del 320 d.C., si possa dire anche qualcosa in più.

Infatti, se è plausibile quanto abbiamo sostenuto fino a qui, ossia che Costantino già conosceva l'esistenza di un processo civile contro il falso documentale e ricordava che esso, una volta incardinato, doveva terminare prima che avesse inizio il processo criminale *ex lege Cornelia*, la possibilità di cumulare i due rimedi contro il falso era già accordata nel 320 d.C.

In definitiva, se è sostenibile l'ipotesi che siamo venuti ricostruendo fino a qui, la costituzione dell'imperatore Costantino del 320 d.C., anche alla luce del confronto con gli altri testi del Teodosiano fondamentali in materia di falso documentale, assume una particolare centralità nell'ambito di questa disciplina.

Essa appare contenere molti elementi necessari alla ricostruzione delle storia del *civiliter experiri de fide scripturae* e dei suoi rapporti con la persecuzione criminale *ex lege Cornelia*, nonostante gli studiosi le abbiano negato fin qui tale ruolo.

ABSTRACT

The author tries to demonstrate that *civiliter experiri de fide scripturae* was already known by Constantinus in 320 A.D. and that it wasn't created in 376 A.D. by Gratianus. Principal texts: CTh. 9,19,2; CTh. 9,19,4; CTh. 9,20,1.

L'autrice cerca di dimostrare che il *civiliter experiri de fide scripturae* era già conosciuto da Costantino nel 320 d.C. e che non è stato creato da Graziano nel 376 d.C.. Testi principali: CTh. 9,19,2; CTh. 9,19,4; CTh. 9,20,1.

⁽²⁴⁾ J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus*, cit., *Ad hanc Zegem*, p. 186: «De concurrentibus actionibus est haec Gratiani constitutio... haec lex nostra, est de primo illo concursus genere: de concursu inquam civilis actionis cum criminali: de quo concursu fuit quoque *lex ult. Sup. tit...*».

Un richiamo a CTh. 9,19,4 si rinviene anche nella parte conclusiva del commento: «*Extensio tandem seu applicatio Regulae ad accusationem falsi ex lege ult. superioris Tituli manifesta est*».

LIVIA NALLI

LA FIGURA DEL PROCURATORE NELLO STATUTO DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE (1)

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'ufficio del procuratore - 3. Le funzioni del procuratore - 3.1. Acquisizione e verifica della notizia di reato - 3.2. La decisione di aprire le indagini - 3.3. La fase investigativa - 3.4. L'esercizio dell'azione penale - 3.5. Il processo - 3.6. Le impugnazioni.

1. - Attorno a questo tema si sono sviluppati numerosi dibattiti sia in sede di lavori del Comitato Preparatorio (PrepCom) (2), sia in sede di Conferenza Intergovernativa per l'approvazione dello Statuto. Si trattava infatti di prendere decisioni sui vari aspetti concernenti la figura del Procuratore (il testo della bozza dello Statuto in materia è assai ricco di parentesi quadre) (3) e soprattutto si trattava di effettuare una scelta basilare per il funzionamento di quest'organo, cioè decidere sul suo ruolo. Da una parte quindi vi erano coloro che sostenevano una soluzione che permettesse al Procuratore di indagare solo su denuncia di uno Stato o su un referral (4) del Consiglio di

(1) Intervento in veste di socio di Studi per la Pace alla conferenza di Studi per la Pace, Crimini di guerra e giurisdizione internazionale, 22 giugno 1999, Biblioteca Comunale Ariostea, Ferrara, www.studiperlapace.org.

(2) Si tratta di un Comitato istituito dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel Dicembre del 1995 con il compito di elaborare una bozza del testo dello Statuto da presentare ad una Conferenza di plenipotenziari. Tra Marzo del 1996 e Marzo 1998 il PrepCom si è riunito in sei sessioni. Grazie all'attività svolta da questo comitato i delegati degli Stati nel giugno 1998 si sono potuti recare alla Conferenza di Roma avendo a disposizione un testo che costituiva una base accettabile per le negoziazioni, il quale si componeva di 13 parti e 116 articoli.

(3) Le frasi tra parentesi, molto frequenti nel testo della bozza dello Statuto, sono quelle sulle quali vi era maggior disaccordo e sulle quali le negoziazioni si sono poi rivelate più intense.

(4) Dal punto di vista terminologico, si dà atto del fatto che nella bozza di Statuto si faceva riferimento allo State complaint e al Security Council's referral, nel testo definitivo, invece, si utilizza indistintamente il termine referral. Tale termine infatti

Sicurezza, mentre dall'altra vi erano coloro che preferivano un Procuratore che potesse avviare indagini anche di propria iniziativa, tuttavia non prima che un altro organo, una camera preliminare del tribunale (Pre-Trial Chamber), avesse valutato la sussistenza di un ragionevole fondamento per procedere ⁽⁵⁾. Il timore principale di coloro che ostacolavano la proposta di attribuire al Procuratore il potere di procedere anche in assenza di una sollecitazione da parte di uno Stato o del Consiglio di Sicurezza risiedeva nel rischio di una politicizzazione del Tribunale, che poteva ledere la sua immagine e compromettere la sua credibilità; tuttavia, a costoro veniva obiettato che il rischio di un'inerzia da parte degli Stati della Comunità internazionale nel denunciare «situazioni» che ricadevano nella giurisdizione del Tribunale era forse più grave, dal momento che non avrebbe permesso a tale organo di operare ⁽⁶⁾.

Tra i diversi punti di vista relativi ai mezzi e alle procedure attraverso le quali un caso può essere portato davanti al Tribunale internazionale, è prevalsa quella che sosteneva l'autonomia del ruolo del Procuratore nell'avvio dell'azione penale, rispetto alla quale era stato prospettato maggior scetticismo, dato il timore di un'eccessiva concentrazione di poteri nelle mani di quest'organo.

Alla fine della quarta settimana di Conferenzasi è svolto il primo dibattito generale sull'argomento e subito è emerso il favore nei confronti di un Procuratore dotato di poteri di iniziativa autonomi; addirittura nella seconda stesura della proposta da sottoporre alla discussione era scomparsa la possibilità di escludere in toto il potere per il Procuratore di aprire procedimenti d'ufficio e la scelta doveva quindi cadere tra l'opzione di affiancare al Procuratore la Pre-Trial Chamber con una funzione di «contrappeso processuale» di controllo sull'attività del Procuratore ⁽⁷⁾ oppure quella di prevedere garanzie ulteriori (su tale questione però non sono state elaborate proposte concrete) ⁽⁸⁾.

indica che un determinato evento viene portato all'attenzione del Procuratore perché avvii le indagini con riferimento a determinate "situazioni", senza che vi sia alcun riferimento ad una denuncia da parte di alcun ente (Stato/Consiglio di Sicurezza). Cfr. MARCHESI, *Initiation of proceedings before the International Criminal Court*, in LATTANZI (a cura di), *The International Criminal Court*, cit., p. 127.

⁽⁵⁾ Cfr. il documento "The European Parliament calls on the Rome Diplomatic Conference to conclude the text of a Statute for an independent, fair and effective International Criminal Court and stresses all fundamental provisions of this Court" del 22 giugno 1998, pubblicato al sito internet: <http://www.agora.stm.it/npwj/europ.htm>.

⁽⁶⁾ Cfr. MARCHESI, *Initiation of proceedings before the International Criminal Court*, cit., p. 121 ss.; ROBERGE, *The new International Criminal Court: a preliminary assessment*, in *IRRC*, 1998, p. 676.

⁽⁷⁾ Cfr. POLITI, *Il diritto umanitario alla svolta della Conferenza di Roma*, in AA.VV., *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Napoli, 1999, p. 50.

⁽⁸⁾ Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 52.

La Conferenza di Roma ha optato per la prima soluzione, subordinando quindi il potere del Procuratore all'autorizzazione di una Camera «preliminare»: tale autorizzazione costituisce una forma di controllo interno, libero da interferenze di carattere politico, il quale non dovrebbe costituire un ostacolo eccessivo all'azione del Procuratore nell'interesse della comunità internazionale nel suo complesso ⁽⁹⁾.

Il fatto che il Procuratore del Tribunale internazionale possa esercitare l'azione penale ex officio, sia pure dietro autorizzazione della Pre-Trial Chamber, fa sì che gli Stati, se vogliono evitare legittime «intrusioni» da parte del Tribunale Penale Internazionale su casi di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità, dovranno investigare, accusare e giudicare in modo efficace ed imparziale gli autori di tali crimini ⁽¹⁰⁾.

Dall'esame delle disposizioni dello Statuto che regolano la figura di questo organo ⁽¹¹⁾ emergono la sua indipendenza e la sua imparzialità; in proposito è stato anche prospettato che non si tratti essenzialmente di un organo di accusa, bensì di un organo di giustizia posto a presidio della legalità dell'ordinamento internazionale ⁽¹²⁾.

Il sistema che è stato delineato dallo Statuto riconosce al Procuratore un ruolo centrale e determinante nel valutare l'opportunità di avviare il procedimento, anche se innescato dagli Stati o dal Consiglio di Sicurezza, e nel decidere se esercitare o meno l'azione penale; inoltre si riconosce che la Corte e l'ONU assolvono a finalità diverse ed hanno diverse responsabilità: la prima, attraverso il Procuratore, deve realizzare obiettivi di giustizia, la seconda, attraverso il Consiglio di Sicurezza, deve salvaguardare la pace e la sicurezza internazionali.

2. - L'Ufficio del Procuratore della Corte Penale Internazionale costituisce il primo ufficio internazionale della pubblica accusa con competenze generali previsto come organo autonomo e indipendente con una organizzazione burocratica stabile. Il sistema creato è di stampo tendenzialmente accusatorio: l'articolo 42 dello Statuto infatti prevede che l'ufficio del Procuratore agisca in maniera indipendente e quale organo separato della Corte.

Nel modello accusatorio l'assunto di partenza è la parità fra i contendenti», portatori di una verità soggettiva, e la terzietà dell'organo giudicante.

⁽⁹⁾ Cfr. POLITI, *The Rome Statute of the ICC: Rays of Light and some Shadows*, in *Atti del Convegno "Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale: una sfida all'impunità"* tenutosi a Trento dal 13 al 15 maggio 1999, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁰⁾ Cfr. DONAT CATTIN, *Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale: riflessioni*, cit., p. 710.

⁽¹¹⁾ Cfr. *infra* paragrafo 3 Le funzioni del Procuratore.

⁽¹²⁾ Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 81.

La scelta operata durante i negoziati della Conferenza di Roma prevede che il Procuratore abbia il compito di svolgere le indagini, decidere circa l'esercizio dell'azione, portare in giudizio le prove e sostenere l'accusa, tuttavia al giudice sono attribuiti poteri di controllo e di intervento lungo tutto il corso del procedimento. Si tratta, come vedremo, di sistema misto, nel quale, su una base sostanzialmente accusatoria, sono stati innestati istituti derivati da esperienze di sistemi inquisitori; esso deriva dalle soluzioni approntate dagli statuti dei Tribunali ad hoc e, pertanto, sarà necessario verificare nella prassi la resistenza dei compromessi raggiunti.

L'Ufficio dovrà essere guidato dal Procuratore, il quale avrà piena autorità circa l'organizzazione e la amministrazione dello stesso e verrà coadiuvato da uno o più Deputy Prosecutors, che dovranno compiere tutti gli atti richiesti dal Procuratore.

Il Procuratore e i Deputy Prosecutors dovranno provenire da nazioni diverse, avere un'adeguata preparazione professionale e una notevole esperienza pratica relativa alla persecuzione di criminali.

Il Procuratore verrà eletto a maggioranza assoluta dei membri dell'Assemblea degli Stati Parte, mentre i Deputy Prosecutors verranno eletti, sempre a maggioranza assoluta, tra una lista di candidati presentata dal Procuratore, il quale dovrà indicare tre nominativi per ogni posto di Deputy Prosecutor.

Salvo che non venga previsto un termine inferiore prima delle elezioni, il Procuratore e i Deputy Prosecutors resteranno in carica nove anni e non potranno essere rieletti.

I membri dell'Ufficio inoltre non potranno prendere parte ad attività che possa ragionevolmente far dubitare della loro imparzialità e, nel caso in cui siano stati in passato coinvolti, in qualsivoglia veste, in un caso pendente davanti alla Corte, o in un caso ad esso collegato, dovranno essere spogliati del caso (13). A tal fine anche la persona sottoposta alle indagini può «ricusare» il Procuratore o il Deputy Prosecutor e l'interessato potrà presentare le sue osservazioni in merito alla propria ricusazione.

Emerge, come già detto, una commistione di istituti che in qualche modo inquina la base accusatoria del meccanismo prescelto, comportando compromessi che mal si conciliano con i principi ispiratori di un sistema accusatorio (14) e il tentativo di istituire un organo per quanto possibile autonomo, imparziale e dotato di una preparazione professionale idonea al compito che saranno chiamati a svolgere i componenti dell'Ufficio.

(13) Ogni questione collegata all'esonero di un membro dell'Ufficio del Procuratore verrà decisa dalla Camera di Appello.

(14) Si fa riferimento alla previsione della possibilità di ricusare il Procuratore e dell'obbligo in capo allo stesso di ricercare prove a favore dell'accusato.

3. - Dallo Statuto emerge che il Procuratore costituisce il vertice di un ufficio della pubblica accusa organizzato gerarchicamente, all'interno del quale i poteri, le funzioni e le responsabilità dell'ufficio vengono ricondotti al Procuratore capo. In base alle previsioni dello Statuto l'attività del procuratore si snoda in quattro fasi: dapprima egli raccoglie le informazioni relative alla commissione di reati; quindi decide discrezionalmente se procedere all'apertura delle indagini ed eventualmente svolge l'attività di indagine e di ricerca della prova (terza fase); infine formula le imputazioni ⁽¹⁵⁾.

3.1. - La prima fase dunque è quella relativa alla acquisizione della c.d. notizia criminis ⁽¹⁶⁾, nella quale il Procuratore riceve informazioni in ordine ad un fatto che potenzialmente rientra nella giurisdizione della Corte, verificandone la fondatezza (o la non manifesta infondatezza). La notizia di reato deve essere portata a conoscenza del Procuratore da uno Stato aderente allo Statuto o dal Consiglio di Sicurezza. Inoltre, come già detto, l'articolo 13 prevede la possibilità che il procuratore intraprenda un'indagine motu proprio.

La lettera dello Statuto prevede che vengano portate all'attenzione del Procuratore delle «situazioni»: in base a questo dato testuale vi è chi ritiene che l'intenzione dei compilatori dello Statuto fosse quella di minimizzare la politicizzazione della Corte che si avrebbe sottoponendo al Procuratore denunce ad personam ⁽¹⁷⁾, altri invece non escludono che uno Stato possa sottoporre al Procuratore notizie concernenti crimini commessi da una o più persone e che addirittura indichi i nomi dei presunti responsabili ⁽¹⁸⁾. I sostenitori di questa ultima, ampia, interpretazione della disposizione in esame ritengono che essa sia legittimata da quanto affermato nel preambolo dello Statuto stesso: la Corte viene costituita per porre fine all'impunità dei responsabili dei più gravi crimini che riguardano l'intera comunità internazionale. Tuttavia, una denuncia che indichi nominativamente i presunti responsabili non sarebbe ammissibile qualora provenisse dal Consiglio di Sicurezza ⁽¹⁹⁾: la motivazione principale di ciò risiederebbe nel fatto che il

⁽¹⁵⁾ L'articolo 43 dello Statuto prevede che il Procuratore sia competente a ricevere le notizie di reato ed ogni informazione fondata relativa a crimini che rientrano nella giurisdizione della Corte, ad esaminarle, a condurre le indagini e ad esercitare l'azione penale davanti alla Corte.

⁽¹⁶⁾ La nozione ricomprende qualsiasi informazione, scritta od orale, di un fatto in cui si possono ravvisare gli elementi costitutivi di un reato. Cfr. SIRACUSANO, CALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 1996, vol I.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ARSANJANI, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, in *AJIL*, 1999, p. 27.

⁽¹⁸⁾ Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 55.

⁽¹⁹⁾ Cfr. KAUL, *Towards a Permanent International Criminal Court: some observations of a negotiator*, cit., p. 171.

Consiglio di Sicurezza può riferire notizie di reato al Procuratore agendo nell'ambito del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, nel quale si fa sempre riferimento a «situazioni»⁽²⁰⁾. Inoltre si ritiene più corretto che tale organo, in considerazione della sua natura politica, si astenga dall'individuare i singoli presunti responsabili dei fatti da sottoporre all'esame della Corte.

La previsione del potere di attivare la Corte in capo al Consiglio di Sicurezza è finalizzata all'eliminazione della necessità, per tale organo, di dover creare altri tribunali ad hoc. Tuttavia, stante il carattere complementare della giurisdizione della Corte rispetto alle giurisdizioni nazionali, non è certo che in futuro il Consiglio non avverta la necessità di ricorrere nuovamente alla creazione di siffatte istituzioni, caratterizzate dal loro primato sulle giurisdizioni degli Stati ⁽²¹⁾.

Qualsiasi Stato parte può quindi chiedere al Procuratore di intraprendere indagini su «situazioni» nelle quali siano contemplati fatti che rientrano nella giurisdizione della Corte; a tal fine sarà necessario che il referral dello Stato sia corredato di tutte le informazioni utili a sua disposizione.

L'articolo 18 prevede che il Procuratore, avvalendosi dei mezzi che ritiene più idonei in relazione alle esigenze del caso concreto (protezione dei soggetti coinvolti, conservazione delle prove, garanzia della cattura dei responsabili, ecc.), prima di procedere metta al corrente tutti gli Stati - parti e non parti - che potrebbero esercitare la loro giurisdizione in relazione ai fatti in questione. Gli Stati, da quando ricevono l'informazione, hanno un mese per comunicare al Procuratore se le autorità nazionali hanno già indagato o se stiano indagando sui fatti oggetto della denuncia.

Qualora nessuno Stato comunichi l'apertura di un procedimento nazionale (o l'intenzione di aprirne uno) il Procuratore sarà libero di svolgere le indagini avvalendosi dei poteri che gli sono conferiti dallo Statuto.

Nel caso in cui, invece, uno Stato comunichi di voler procedere alle indagini o che esse sono già in corso davanti alle proprie autorità, stante il principio della complementarità della Corte rispetto alle giurisdizioni nazionali, il Procuratore si spoglierà del caso.

Al secondo paragrafo della disposizione in esame è tuttavia previsto che, se il Procuratore lo richiede, la Pre-Trial Chamber possa autorizzarlo ad indagare. Questa previsione, con ogni probabilità, è volta a far sì che uno

⁽²⁰⁾ Cfr. articolo 40: «Al fine di prevenire l'aggravarsi della situazione, il Consiglio di Sicurezza può, prima di procedere a fare raccomandazioni o decidere sulle misure previste all'articolo 39...».

⁽²¹⁾ Si veda l'intervento del Prof. Politi al Convegno internazionale tenutosi presso l'università di Trento (13-15 maggio 1999) dal titolo: "Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale: una sfida all'impunità" tenutosi a Trento dal 13 al 15 maggio 1999, in corso di pubblicazione.

Stato non intraprenda delle indagini solamente per evitare la giurisdizione della Corte ⁽²²⁾.

Qualorasia stato attivato un procedimento davanti alle autorità nazionali competenti, al Procuratore spetta comunque il compito di controllare sull'operato degli organi statali: egli può richiedere periodicamente alle autorità nazionali un rapporto sullo stato delle indagini e, ogni sei mesi, queste saranno oggetto di un review, sempre che le circostanze non abbiano subito cambiamenti che denotino la mancanza di volontà o la materiale impossibilità di portare a termine il procedimento. Nel qual caso, in pendenza del procedimento nazionale, in via del tutto eccezionale, il procuratore può essere autorizzato dalla Pre-Trial Chamber ad aprire un procedimento incidentale per acquisire anticipatamente delle prove, laddove vi sia un concreto ed imminente pericolo che possano andarne perdute le fonti ⁽²³⁾.

La acquisizione della notizia criminis può aver luogo anche attraverso un referral del Consiglio di Sicurezza che agisce ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, cioè nell'ambito di azioni di minaccia alla pace, attentato alla pace o atti di aggressione ⁽²⁴⁾. In tale evenienza il Procuratore non ha alcun obbligo di informare dell'avvenuta denuncia gli Stati che potrebbero normalmente esercitare la propria giurisdizione ⁽²⁵⁾, né su di lui incombe il compito di sottoporre la stessa all'attenzione della Pre-Trial Chamber ⁽²⁶⁾.

⁽²²⁾ Infatti, l'articolo 17 prevede che la Corte, nel valutare l'ammissibilità di un procedimento, si accerti che il procedimento in corso davanti alle autorità nazionali non sia unicamente un pretesto per evitare l'attivazione della giurisdizione della Corte stessa.

⁽²³⁾ L'articolo 56 prevede un meccanismo di acquisizione anticipata delle prove che rischierebbero altrimenti di scomparire durante la fase investigativa e tende a garantire che esse vengano acquisite alla presenza del giudice e in contraddittorio con la difesa: si tratta in sostanza di un incidente probatorio.

⁽²⁴⁾ Si ricorda che, nell'ambito del Capitolo VII della Carta, il Consiglio di Sicurezza per rendere effettive le proprie decisioni può avvalersi di misure che non comportino l'uso della forza.

⁽²⁵⁾ In questo caso le esigenze di pubblicità che sottendono all'obbligo del Procuratore di informare gli Stati sono garantite dal procedimento cui deve attenersi il Consiglio di Sicurezza in virtù del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

⁽²⁶⁾ L'attivazione della Camera risulta non necessaria poiché essa è stata istituita per evitare una politicizzazione della Corte nel caso di indagini svolte dal Procuratore motu proprio; tuttavia nel caso in esame il Procuratore si attiva su impulso del Consiglio di Sicurezza, organo sì politico, ma che per attivare la Corte necessita del consenso della maggioranza dei suoi membri. Si dà comunque atto del fatto che un controllo da parte della Pre-Trial Chamber avverrà nel momento in cui il Procuratore formulerà i capi di imputazione. Inoltre si ricorda che il Consiglio può portare all'attenzione del Procuratore delle "situazioni" generiche e non fatti specifici (cfr. supra).

È opportuno domandarsi se il Procuratore dovrà limitarsi ad indagare sugli episodi specifici che gli Stati o il Consiglio di Sicurezza avranno eventualmente descritto, oppure se avrà, relativamente alla questione di cui è stato investito, un potere più ampio che gli consenta di investigare su violazioni commesse nel quadro dei fatti oggetto della denuncia ma avvenute in seguito. È evidente che, facendo riferimento alle finalità perseguite dalle norme dello Statuto che riguardano le funzioni della Corte, si deve giungere alla conclusione che il Procuratore goda di un ampio potere di individuare ed identificare i fatti specifici di reato ⁽²⁷⁾.

L'ultimo modo per la acquisizione della notizia criminis, con conseguente attivazione della Corte, si ha nel caso in cui il Procuratore (agendo motu proprio o ex officio) abbia ricevuto informazioni relative a crimini che ricadono nella giurisdizione della Corte. Si tratta, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 15, 2° comma, di informazioni delle quali il Procuratore dovrà verificare la fondatezza ricercando ulteriori conferme o aspetti delle stesse presso gli Stati, presso gli organi delle Nazioni Unite o presso organizzazioni governative e non governative.

Da quanto previsto da questa disposizione emerge la consistenza dei poteri del Procuratore che agisce di propria iniziativa nella fase precedente la necessaria autorizzazione a procedere da parte della Pre-Trial Chamber: egli infatti può approfondire i fatti a lui segnalati al fine di verificarne la fondatezza e potrà procurarsi elementi di prova solidi per ottenere dalla Camera l'autorizzazione ⁽²⁸⁾; inoltre, in questa fase su di lui non incombe nemmeno l'obbligo di dare comunicazione agli Stati che potrebbero esercitare la loro giurisdizione in relazione ai fatti in questione ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto: tale obbligo diventerà operativo solamente nel momento in cui egli deciderà di sottoporre il caso all'attenzione della Pre-Trial Chamber ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 56.

⁽²⁸⁾ Con riferimento all'ampiezza dei poteri del Procuratore in questa fase cfr: VENTURINI, *Da Roma l'ok a una giustizia universale contro i delitti che offendono l'umanità*, in *G.dir.*, 1998, n° 30, p. 13 e ss., la quale esprime il timore che l'ufficio del Procuratore venga sovraccaricato da denunce di privati e di ONG; contra si veda ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 62, secondo il quale un esame prima facie della serietà della denuncia potrà permettere di scartare le informazioni pretestuose.

⁽²⁹⁾ Un'eventuale interpretazione orientata in senso contrario, che cioè ponesse a carico del Procuratore l'obbligo di notificare agli Stati tutte le informazioni ricevute che si siano rivelate astrattamente idonee a facilitare l'apertura di un procedimento, cagionerebbe un serio rallentamento ed intralcio all'attività dell'ufficio del Procuratore.

3.2. - In base a quanto previsto all'articolo 53, 1° comma, il Procuratore, valutate le informazioni a sua disposizione, se non le considera manifestamente infondate o irrilevanti, deciderà di iniziare delle indagini.

Nel valutare l'opportunità di aprire le indagini dovrà lasciarsi guidare da vari elementi: il fatto che vi siano fondati sospetti che un crimine rientrante nella giurisdizione della Corte sia stato commesso (o si stia commettendo), l'ammissibilità del caso ai sensi dell'articolo 17 ⁽³⁰⁾, il fatto che non vi siano ragioni sostanziali che lascino pensare che un'indagine non soddisferebbe l'interesse della giustizia sulla base della gravità dei crimini e dell'interesse delle vittime ⁽³¹⁾.

In caso di referral da parte di uno Stato parte o del Consiglio di Sicurezza il Procuratore può dare avvio alle indagini senza che sia necessaria l'autorizzazione della Pre-Trial Chamber (nel caso di referral da parte di uno Stato l'avvio del procedimento è subordinato alla notifica agli altri Stati che potrebbero esercitare la loro giurisdizione in relazione ai fatti in questione); invece, laddove il Procuratore decida di aprire il procedimento *ex officio*, per poter procedere alle indagini dovrà investire la Pre-Trial Chamber della questione. Al fine di ottenere l'autorizzazione ad aprire il procedimento investigativo egli dovrà depositare presso la stessa un'apposita richiesta suffragata da ogni informazione e materiale utile concernente la notizia di reato ⁽³²⁾. Se la Camera ritiene che sussistano motivi sufficienti per procedere ad un'indagine e che il caso ricada tra quelli oggetto della giurisdizione della Corte, autorizzerà l'apertura delle indagini.

L'autorizzazione della Camera è espressione di un potere interdittivo ad essa spettante al fine di esercitare un controllo di legittimità quanto alla

⁽³⁰⁾ Ricordiamo che questa disposizione prevede che un caso non potrà essere portato all'attenzione della Corte laddove: le autorità nazionali di uno Stato che normalmente sarebbero competenti abbiano già intrapreso indagini o iniziato un procedimento, sempre che lo Stato non dimostri di non volere o di non essere in grado di portarle/o a termine; il caso sia stato oggetto di indagini da parte di autorità nazionali che abbiano deciso di non procedere, sempre che tale decisione non sia frutto di un'incapacità o di una mancanza di volontà dello Stato; il presunto responsabile sia già stato processato per la condotta oggetto della denuncia ai sensi dell'articolo 20, 3° comma dello Statuto; il caso non presenti una tale gravità da giustificare un'ulteriore azione da parte della Corte.

⁽³¹⁾ Nel caso in cui il Procuratore ritenga di non dover procedere e fondi la sua decisione tenendo in considerazione unicamente l'interesse della giustizia, dovrà comunque darne notizia alla Pre-Trial Chamber, la quale potrà rivedere la decisione anche su richiesta di uno Stato coinvolto o del Consiglio di Sicurezza. Cfr. ARSANJANI, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 38.

⁽³²⁾ Molti Stati manifestarono una notevole sfiducia nei confronti di un autonomo potere di iniziativa in capo al Procuratore: si temeva innanzitutto l'inevitabile impatto politico di un'indagine penale concernente crimini quali quelli sottoposti alla giurisdizione della Corte. L'autorizzazione della Camera è stata prevista proprio per filtrare le iniziative autonome del Procuratore ed evitare abusi da parte sua.

competenza della Corte e all'ammissibilità del caso, e quanto ad una verifica nel merito relativamente alla ragionevolezza dell'apertura delle indagini ⁽³³⁾. Ogni valutazione relativa all'opportunità del procedimento è, come abbiamo visto, lasciata al Procuratore (articolo 53, comma 1).

Qualora la Pre-Trial Chamber neghi l'autorizzazione, al Procuratore non è precluso di riproporre una domanda di autorizzazione all'apertura di un'indagine relativa allo stesso fatto, sempre che questa si fondi su nuovi fatti o su nuove prove. Siffatta previsione legittima a ritenere che il Procuratore, prima di richiedere l'autorizzazione della Camera ed anche dopo un rifiuto della stessa, possa svolgere attività volte a raccogliere elementi che supportino la sua decisione di aprire un'inchiesta.

Nel momento in cui il Procuratore inoltra alla Pre-Trial Chamber la richiesta di autorizzazione a procedere alle indagini, avendo la Corte carattere complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali, dovrà anche informare gli Stati che normalmente potrebbero esercitare la propria giurisdizione.

Tuttavia, indipendentemente dal meccanismo che determina l'avvio del procedimento ⁽³⁴⁾, è necessario che il Consiglio di Sicurezza non chieda la sospensione delle indagini o dell'esercizio dell'azione.

3.3. - Si tratta della fase nella quale il Procuratore svolge il ruolo di dominus in un modello prevalentemente accusatorio ⁽³⁵⁾.

Le principali attività del Procuratore in questa fase consistono nel raccogliere ed esaminare le prove; nell'invitare a comparire gli indagati, le vittime, i testimoni per interrogarli; nel richiedere la cooperazione degli Stati o delle organizzazioni internazionali o nello stipulare con essi accordi relativi alle rispettive sfere di competenza; nel concludere accordi per facilitare la cooperazione di uno Stato/organizzazione intergovernativa/individuo; nel concludere accordi per la divulgazione di materiale consegnato gli confidenzialmente allo scopo di generare altre prove; nel prendere tutte le misure necessarie ad assicurare la protezione di informazioni confidenziali, elementi di prova e persone ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 64.

⁽³⁴⁾ Come è stato rilevato, risulta assai improbabile che il Consiglio di Sicurezza eserciti tale potere nel caso in cui egli stesso abbia richiesto l'inizio del procedimento; tale circostanza è ipotizzabile nel caso in cui il Consiglio, per ragioni politiche o per mutate circostanze di fatto, modifichi le sue precedenti determinazioni e ritenga che la prosecuzione delle indagini non sia più nell'interesse della pace, Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 65.

⁽³⁵⁾ Sulle caratteristiche del sistema accusatorio, contrapposto a quello inquisitorio, cfr. SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 37 ss.

⁽³⁶⁾ Si ricorda che in questa fase, ai sensi dell'articolo 68, incombe sul Procuratore la responsabilità della protezione dei testimoni.

Nello svolgimento dell'istruttoria il Procuratore viene affiancato dalla Pre-Trial Chamber, la quale può emettere le ordinanze e i mandati necessari alle indagini (es.: inviti a comparire, ordinanze di produzione di documenti, misure per conservare elementi di prova, ecc.), su istanza del Procuratore stesso⁽³⁷⁾. La Camera, quindi, all'interno della Corte svolge il ruolo di garante: per gli Stati, nell'eventualità che il Procuratore apra procedimenti investigativi ex officio; per l'imputato, contro eventuali abusi dello stesso nella fase istruttoria; per il procedimento stesso, attraverso la conservazione degli strumenti di prova.

L'articolo 54 prevede che il Procuratore eserciti la funzione di organo della giustizia ricercando sia le prove a carico che quelle a favore dell'accusato, adottando tutte le misure necessarie per assicurare uno svolgimento efficace dei procedimenti e rispettando pienamente i diritti delle persone sanciti dallo Statuto.

Nel portare avanti le indagini il Procuratore può cooperare con le autorità nazionali, conducendole inchieste sul loro territorio e, eccezionalmente, può compiere direttamente atti investigativi sul territorio degli Stati, previa autorizzazione della Pre-Trial Chamber, la quale dovrà aver accertato che lo Stato non è in grado di eseguire la richiesta di cooperazione o che le autorità competenti ad eseguirla non sono reperibili.

3.4. – Al termine della fase relativa alle indagini il Procuratore dovrà effettuare la scelta circa l'esercizio dell'azione penale davanti alla Corte. Tale azione non è obbligatoria, tuttavia il Procuratore è soggetto al controllo della Pre-Trial Chamber e, qualora optasse per l'archiviazione, dovrebbe informare il Consiglio di Sicurezza o lo Stato che ha operato il referral, indicando le ragioni sulle quali ha basato la sua decisione⁽³⁸⁾.

L'assenso della Pre-Trial Chamber al mancato esercizio dell'azione da parte del Procuratore è volto ad operare un controllo sulla discrezionalità riconosciuta a tale organo nel determinarsi o meno all'esercizio dell'azione, a garantire la trasparenza dell'operato della Procura (attraverso la pubblicità

⁽³⁷⁾ L'assistenza da parte di un organo giurisdizionale è stata voluta dalla Francia e rappresenta un chiaro indice del compromesso raggiunto tra i vari sistemi processuali.

⁽³⁸⁾ Secondo l'articolo 54 l'azione non va esercitata laddove manchino sufficienti elementi di fatto o di diritto per chiedere l'emissione di un invito a comparire o di un mandato di arresto; nel caso in cui il presunto responsabile sia già stato giudicato per la condotta oggetto delle indagini del Procuratore oppure nel caso in cui le autorità nazionali competenti si siano già attivate; laddove non sia nell'interesse della giustizia procedere alla formulazione delle imputazioni. In quest'ultimo caso il Procuratore ha un'ampia discrezionalità: si tratta di ipotesi in cui la situazione potrebbe essere in astratto portata davanti alla Corte, ma rispetto ad essa vi possono essere ragioni di opportunità che inducano il Procuratore ad evitare il dibattimento.

del procedimento) e la conformità all'interesse della giustizia delle ragioni che possono indurre il Procuratore a non chiedere il rinvio a giudizio.

Nel caso in cui il Procuratore decida di esercitare l'azione, l'articolo 61 prevede che abbia luogo un'udienza davanti alla Pre-Trial Chamber nella quale egli formulerà le imputazioni presentando le prove a carico dell'indagato e chiedendo la conferma delle imputazioni da parte della Camera, che è competente a fissare la data per l'udienza di apertura del dibattimento.

A questo punto il ruolo principale spetta alla Pre-Trial Chamber, che potrà rigettare le accuse, oppure confermarle totalmente o solo in parte. In quest'ultimo caso esistono due possibilità per la Camera: indicare una nuova data di udienza invitando il Procuratore a presentare ulteriori elementi di prova in relazione ad una particolare imputazione; oppure procedere direttamente alla modifica del capo di imputazione, in considerazione della rosa di crimini rientranti nella giurisdizione della Corte ⁽³⁹⁾.

La verifica giurisdizionale delle accuse avviene in contraddittorio tra le parti e ad uno stadio successivo rispetto all'emissione del mandato di arresto o dell'invito a comparire.

Per quanto concerne le imputazioni così come sono state eventualmente confermate dalla Pre-Trial Chamber, sembra che in base ad una interpretazione a contrario dello Statuto non siano destinate a rimanere immutabili, bensì, prima dell'apertura del dibattimento, possano essere modificate dal Procuratore (ovviamente dietro la preventiva autorizzazione della Pre-Trial Chamber) ⁽⁴⁰⁾.

3.5. – Sul Procuratore incombe l'onere della prova ed egli, dopo l'apertura del dibattimento, deve sostenere l'accusa ⁽⁴¹⁾.

Prima dell'apertura del dibattimento è fatto carico al Procuratore di comunicare alla difesa tutto il materiale probatorio in suo possesso: quello a carico, quello a discarico e quello che in qualche modo possa attenuare la responsabilità dell'imputato o intaccare la credibilità delle prove dell'accusa. Questa previsione è inserita nell'ottica della tutela dei diritti dell'imputato disciplinati all'articolo 67, il quale sancisce, tra le altre cose, il diritto di essere

⁽³⁹⁾ Nei procedimenti davanti ai Tribunali della ex Jugoslavia e del Rwanda il giudice quando conferma l'atto di accusa emette il mandato d'arresto: ciò consente all'imputato di essere informato in dettaglio delle imputazioni formulate a suo carico sin dal momento in cui arriva in Tribunale. Cfr: PERDUCA, *Tribunale per i crimini nella ex Jugoslavia: giustizia sul filo della cooperazione*, cit., p. 9; Tribunale internazionale per il Rwanda, 6 novembre 1996 - Camera di prima istanza n°1-Kayishema.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 74.

⁽⁴¹⁾ A proposito dell'onere della prova a carico dell'accusa cfr. le previsioni del Patto internazionale sui diritti civili e politici - art. 14 - e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - art. 6 -.

informato puntualmente ed in dettaglio di quanto risulta a suo carico, al fine di poter organizzare una difesa adeguata.

Lo Statuto prevede anche delle eccezioni a questo principio di comunicazione delle prove alla difesa, giustificate dalla esigenza di tutela dei testimoni: laddove, nella fase pre-dibattimentale, la comunicazione dell'identità degli stessi possa causare un grave pregiudizio alla sicurezza loro o dei loro familiari, il Procuratore può differire la indicazione alla difesa, tenendo sempre presente anche i diritti dell'imputato e il principio del processo giusto e imparziale.

Dall'esperienza dei Tribunali ad hoc è emerso il problema relativo al mancato rispetto, da parte del Procuratore, dell'obbligo di comunicazione delle prove alla difesa e quindi delle sanzioni previste a suo carico. Al riguardo, nel testo dello Statuto sono previste delle sanzioni a carattere disciplinare: gli estremi sono costituiti dalla rimozione dall'ufficio per cattiva gestione o grave inadempimento dei propri doveri e dall'adozione di altre sanzioni disciplinari che dovranno essere previste nel regolamento di procedura e di prova; dette misure non sembrano tuttavia garantire il principio di giustizia all'interno del procedimento, assicurando la tutela dei diritti processuali. Per soddisfare le esigenze del giusto processo sarebbe più opportuno prevedere anche dei meccanismi sanzionatori di carattere processuale a tutela dei diritti dell'imputato (*) quali, ad esempio, l'inammissibilità dei testimoni le cui dichiarazioni rese in fase preliminare al dibattimento non siano state comunicate alla difesa o la nullità degli atti compiuti in violazione delle norme ⁽⁴³⁾.

Durante il dibattimento invece il Procuratore è libero di decidere la strategia da adottare, i testimoni da citare e l'ordine in cui ascoltarli.

Con riferimento alla presentazione delle prove a carico, lo Statuto pone dei principi guida che si ispirano per lo più alla procedura di common law; regole più dettagliate dovranno essere previste nel Regolamento di procedura e di prova, che dovrà essere redatto dal PrepCom e adottato dall'Assemblea degli Stati parti a maggioranza qualificata dei suoi membri, così come previsto all'articolo 51 dello Statuto ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ La Camera di prima istanza n°2 del Tribunale per l'Ex Jugoslavia davanti al comportamento di un Procuratore che ha più volte violato o ritardato ad adempiere agli obblighi di comunicazione delle prove alla difesa, si è dovuta limitare ad indirizzare proteste formali al Procuratore capo. In tema di sanzioni per violazioni dei termini da parte del Procuratore nel comunicare le prove alla difesa cfr: *Osservatorio sul Tribunale penale internazionale*, in *Dir.pen e proc.*, 1998, p. 587-588.

⁽⁴³⁾ Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci ed ombre*, cit., p. 78.

⁽⁴⁴⁾ Sul Regolamento di Procedura la ONG Human Rights Watch ha elaborato un documento: "Human Rights Watch commentaires pour la Commission Preparatoire" del Febbraio 1999 reperibile a questo sito internet.

Laddove il Procuratore intenda presentare come prove dei documenti o delle informazioni che, se rivelati, potrebbero pregiudicare degli interessi nazionali, è necessario che cooperi con gli Stati coinvolti al fine di reperire una soluzione che permetta di soddisfare le esigenze di assunzione probatoria e i legittimi interessi nazionali. L'argomento della tutela delle informazioni relative alla sicurezza nazionale degli Stati ha costituito uno dei punti più dibattuti in seno alla Conferenza intergovernativa di Roma, nella quale alcuni hanno sostenuto che la decisione relativa alla divulgazione di informazioni riservate dovesse in sostanza spettare allo Stato interessato, mentre altri hanno obiettato che la possibilità per uno Stato di opporre ragioni di sicurezza nazionale debba spettare alla Corte. I negoziati sono stati molto difficili e si sono protratti fino al penultimo giorno della Conferenza, quando è stato adottato un testo che prevede una procedura assai complicata ⁽⁴⁵⁾, in base alla quale lo Stato può invocare ragioni di sicurezza nazionale e la Corte, qualora ritenga che le prove siano significative e necessarie per stabilire la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, può attivare una procedura di consultazione al fine di discutere le istanze dello Stato. Allorché la Corte ritenga che lo Stato si voglia sottrarre agli obblighi di cooperazione che lo Statuto pone a suo carico, ai sensi dell'articolo 87, 7° comma, essa può riferire la questione all'Assemblea degli Stati parti o al Consiglio di Sicurezza ⁽⁴⁶⁾ affinché si individui una soluzione o si decida di imporre una sanzione di carattere politico. La Corte inoltre, dal rifiuto di cooperare proveniente da di uno Stato parte che invochi la sicurezza nazionale, può trarre delle conclusioni circa l'esistenza o meno di un fatto ⁽⁴⁷⁾.

Comunque, in tema di riservatezza delle informazioni per ragioni di sicurezza nazionale, lo Stato coinvolto conserva ampi poteri nel decidere se rivelarle o meno ⁽⁴⁸⁾.

Contrariamente a quelli che sono i principi base del sistema accusatorio, la Corte può richiedere che le vengano presentate tutte le prove che ritiene necessarie al fine di accertare la verità; questa previsione dovrebbe spronare

⁽⁴⁵⁾ Il 6° comma dell'articolo 72 prevede che lo Stato possa notificare l'impossibilità di divulgare informazioni riservate indifferentemente alla Corte o al Procuratore, considerati su un piano di parità, senza indicare ulteriori criteri di distinzione. Si può ragionevolmente presumere che il riferimento sarà l'uno o l'altro organo in relazione allo stadio del procedimento in cui abbia luogo la procedura volta ad ottenere la "disclosure of information". Cfr. ZAPPALÀ, *Il Procuratore della Corte Penale Internazionale*, cit., p. 80.

⁽⁴⁶⁾ La Corte farà riferimento al Consiglio di Sicurezza nel caso in cui il procedimento abbia avuto inizio su suo referral.

⁽⁴⁷⁾ Tuttavia essa non potrà mai ritenere provato un fatto a carico dell'imputato in base a questa disposizione, sia perché l'onere della prova incombe sul Procuratore, sia per l'affermazione del principio della presunzione di innocenza (cfr. art. 66 dello Statuto).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. ARSANJANI, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 39.

il Procuratore a ricercare con impegno la verità, altrimenti verrà richiesto di produrre le prove che si ritengono necessarie a tal fine. Da notare che incombe sulle parti l'onere di produrre la prova, posto che la Corte non può disporre d'ufficio la acquisizione della stessa ⁽⁴⁹⁾.

Al termine del dibattimento il Procuratore chiede la condanna dell'imputato e la comminazione della pena oppure l'assoluzione. Nei regolamenti di procedura dei Tribunali ad hoc era inizialmente previsto che la fase per l'accertamento della responsabilità fosse distinta dalla fase volta a determinare la pena ⁽⁵⁰⁾; lo Statuto contiene una previsione analoga, tuttavia la convocazione di un'udienza specifica per il dibattito relativo alla determinazione della pena è un'ipotesi eventuale determinata da una apposita richiesta delle parti o da una decisione della Corte in tal senso.

3.6. - Il Procuratore ha il potere di fare appello contro una sentenza di assoluzione, ma i motivi di impugnazione sono limitati all'errore di procedura e all'errore di fatto o di diritto.

È inoltre prevista la possibilità che il Procuratore, in quanto organo di giustizia che tende all'imparzialità, proponga appello, nell'interesse dell'accusato, contro una sentenza di condanna per le stesse ragioni per le quali è consentito alla difesa e per qualsiasi motivo che abbia potuto influenzare l'imparzialità o l'affidabilità del procedimento.

Sempre in tema di impugnazioni si dà atto anche del potere del Procuratore di proporre la revisione del processo a nome del condannato e del fatto che manchi una previsione che permetta a tale organo di proporre la revisione laddove siano emersi nuovi elementi che facciano ritenere ingiusta la sentenza.

ABSTRACT

The article outlines the elements which are peculiar to the Prosecutor of the International Criminal Court and specifies the most important stages of its activity.

The study describes the steps which led to the approval of the Statute of the International Criminal Court. Indeed the approval of the articles regulating the Prosecutor's activity has been very hard due to the different positions of the Representatives of the States which took part at the Intergovernmental Conference which took place in Rome during the summer of 1998.

⁽⁴⁹⁾ Ricordiamo che lo Statuto del Tribunale per l'ex Jugoslavia prevede invece che il Tribunale abbia il potere di ordinare proprio motu la comparizione dei testimoni.

⁽⁵⁰⁾ In seguito alla modifica del regolamento di procedura del Tribunale per l'ex Jugoslavia nel luglio 1998, nella decisione sulla responsabilità è determinata anche la pena.

L'articolo ha come obiettivo di delineare gli elementi che caratterizzano la figura del Procuratore dell'istituenda Corte penale internazionale, nonché di individuare i momenti principali nei quali si esplica l'attività di quest'organo.

Lo studio tiene conto anche dell'iter che ha portato all'approvazione dello Statuto della Corte penale internazionale che, con riferimento agli articoli relativi alla figura del Procuratore, è stato piuttosto travagliato a causa delle divergenze di veduta tra i rappresentanti degli Stati facenti parte della Conferenza Intergovernativa che ha avuto luogo a Roma nell'estate del 1998.

KOLJA CANESTRINI

I DIRITTI DELL'UOMO NELLE RELAZIONI INTERNAZIONALI TRA GLI STATI ANALISI COMPARATA DELLA POSIZIONE DI JÜRGEN HABERMAS (1)

SOMMARIO: 1. Introduzione — 2. L'universalismo umanitario tra politica di potenza e generosità umana — 3. Qualità dei diritti umani — 4. Conclusioni.

1. — Jürgen Habermas già da tempo (2) evidenzia come l'evoluzione, ed in particolare il crollo delle certezze metafisiche e religiose accompagnato dalla separazione della "forza vincolante di convinzioni razionalmente motivate e la costrizione imposta da sanzioni esterne (3)", abbia determinato nell'ordine sociale un vuoto di legittimità.

La guerra in Kosovo dimostra, secondo il filosofo francofortese (4), quali siano nel quadro dei rapporti internazionali i pericoli insiti a tale sviluppo: in

(1) KOLJA CANESTRINI, socio di Studi per la Pace. Intervento alla conferenza di Studi per la Pace, Diritti umani e ordine internazionale, 12 maggio 1999, Biblioteca Comunale Ariostea, Ferrara (www.studiperlapace.org).

(2) JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, F.a.M. 1992, trad. it. *Fatti e norme*. Contributi ad una teoria discorsiva del *diritto e* della democrazia, Guerini e Associati, Milano 1996.

(3) JÜRGEN HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 35.

(4) L'intervento più recente è JÜRGEN HABERMAS, *I Guardiani dell'Ordine* tra il diritto e la morale, *La Repubblica*, 8.5.1999, nonché (in versione integrale) *Umanità e bestialità — una guerra ai confini tra diritto e morale*, www.caffeeuropa.it/attualita/33habermas-guerra-ok.html (le citazioni a quest'ultimo saggio saranno prive delle indicazioni di pagina per la evidente difficoltà di fornire un criterio univoco di impaginazione di un testo scaricato da Internet). Ma già in passato il filosofo si era occupato della questione: JÜRGEN HABERMAS, *Kant's Idee des ewigen Frieden — aus dem historischem Abstand von 200 Jahren*, *Kritische Justiz*, 1995, 293 — 319 (trad. it. *L'idea kantiana della pace perpetua — 2 secoli dopo in Paradigmi*, 1996, 15-31, nonché in JÜRGEN HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 1998, 177-215. NB.: a quest'ultima traduzione si riferiscono le citazioni).

assenza di un modello normativo unico il parametro di riferimento consiste nel "diritto non istituzionalizzato", cioè il diritto del più forte, che non solo non colma il vuoto di legittimità ma anzi lo accresce ⁽⁵⁾.

2. – Ulrich Beck ha recentemente ⁽⁶⁾ messo a fuoco un aspetto cruciale della guerra in Kosovo: con essa è cominciata una nuova politica postnazionale di "umanesimo militare", di intervento di potenze transnazionali che si muovono per far rispettare i diritti umani oltre i confini nazionali. Ma la buona notizia è anche la cattiva: il potere egemonico decide cos'è il diritto e cosa i diritti umani. E la guerra diventa il proseguimento della morale con altri mezzi ⁽⁷⁾. Ma andiamo con ordine.

Dal 1945 quelli che oggi vengono chiamati "interventi umanitari ⁽⁸⁾" sono stati promossi solo nell'ambito delle Nazioni Unite e con la approvazione formale degli Stati interessati ⁽⁹⁾ (nella misura in cui non mancasse

⁽⁵⁾ Infatti Habermas, prendendo spunto dall'idea kantiana dell'autolegislazione, ritiene che il diritto, strumento indispensabile per l'integrazione delle società complesse, possa considerarsi legittimo solo e nella misura in cui i suoi destinatari possano dirsene anche autori. Per approfondire questo concetto e le conseguenze che ne derivano cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., in particolare 103 ss.

⁽⁶⁾ ULRICH BECK, *Ecco l'era* delle guerre postnazionali, *Reset* 54, maggio — giugno 1999, 10-12.

⁽⁷⁾ ULRICH BECK, *cit.*, 10.

⁽⁸⁾ Sul concetto di "guerra umanitaria" si è svolto negli ultimi mesi un dibattito vastissimo. Si indicano, senza pretesa di completezza: il dibattito sulle pagine Web di *Caffè Europa*, <http://www.caffeeuropa.ital> link "Attualità/Gli intellettuali discutono della guerra" (in particolare i contributi di Luigi Ferrajoli, Danilo Zolo e Norberto Bobbio); ALBERTO ASOR ROSA, *Solidali per la libertà o ubbidienti per l'Impero*, *La Repubblica* 6.04.'99; ANTONIO CASSESE, *Le cinque regole per una guerra giusta*, *L'Unità* 9.04.'99; HENRY KISSINGER, *La NATO non ha scelta dovrà inviare le truppe*, *La Repubblica* 14.04.'99; MARIO PIRANI, *I fantasmi dell'Imperialismo*, *La Repubblica* 14.04.'99; HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *L'arte della guerra a fine millennio*, *La Repubblica* 15.04.'99; SUSAN SONTAG, *Ricordando Sarajevo è una guerra giusta*, *La Repubblica* 19.04.'99; ADRIANO SOFRI, *Da Auschwitz a Pristina*, *La Repubblica* 26.04.'99; MIRIAM MAFAI, *I megafoni del regime*, *La Repubblica* 26.04.'99; NORBERTO BOBBIO, *intervista*, *L'Unità* 26.04.'99; UMBERTO ECO, *Quando la guerra è un'arma spuntata*, *La Repubblica* 27.04.'99; GIORGIO RUFFOLO, *Il pantano della guerra*, *La Repubblica* 30.04.'99; TONY BLAIR, *L'Occidente non aveva scelta*, *La Repubblica* 4.05.'99; ADRIANO SOFRI, *ma non è giusto chiamarla guerra*, *La Repubblica* 7.05.'99; MICHAEL WALZER, *L'idea di guerra giusta non è per niente abbandonata*, *Caffè Europa* cit.; MARIO VARGAS LLOSA, *Ma la guerra pulita può essere inutile*, *La Repubblica* 10.05.'99; IDA DOMINIJANNI, *Sto fallendo ma era giusta. La guerra di Bobbio*, *Il Manifesto*, 18.05.'99; BILL CINTON, *La mia guerra giusta*, *La Stampa* 24.05.'99 e, infine, AMOS OZ, *L'amara illusione del villaggio globale*, *La Repubblica* 26.05.'99.

⁽⁹⁾ Per l'istituzione della no fly zone e delle "zone di protezione" per i profughi kurdi sul territorio iraqeno le Nazioni Unite avevano addotto (risoluzione 688/1991) infatti non la necessità di difendere la minoranza kurda, ma la "minaccia alla sicurezza internazionale" rappresentata dal regime di Saddam Hussein.

del tutto un governo capace di funzionare). Ancora nel 1992, con la risoluzione 46/182, l'Assemblea Generale ribadisce questo principio stabilendo che "sovranità, integrità territoriale e unità nazionale di ogni Stato devono essere pienamente rispettate, in accordo con la Carta delle Nazioni Unite".

La guerra iniziata dopo il fallimento delle trattative di Rambouillet costituisce invece un precedente di eccezionale gravità contrario a questa prassi: l'alleanza del Nord Atlantico agisce senza alcun mandato del Consiglio di sicurezza (10), giustificando l'intervento per il suo fine ufficialmente dichiarato, cioè il soccorso alla minoranza kosovara oppressa (11). Con quest'inversione di tendenza si può dire (12) che la nostra epoca si sta trasformando da "era dei diritti dei singoli stati" a "diritti dei singoli e basta". In altre parole, si sta verificando un superamento dello stato di natura tra gli Stati, trasformando il diritto internazionale da sistema dei rapporti tra gli Stati a "ordine cosmopolita compiutamente giuridico (13)", in un "diritto di cittadinanza universale (14)", nel quale l'intero onere di legittimazione viene trasferito sui diritti umani: i paesi membri della Nato hanno iniziato la guerra dichiarando di voler ripristinare un ordinamento liberale autonomo per il Kosovo, in nome di una politica di diritti umani *che di per sé* (cioè senza la necessità di un mandato dell'ONU) dovrebbe fungere da base di legittimazione.

Contro questa concezione, il cd. "universalismo umanitario", si sono

(10) Per le problematiche relative al ruolo dell'ONU e della Nato si vedano gli atti (in corso di pubblicazione su Internet e che possono essere richiesti all'indirizzo studiperlapace@usa.net) della conferenza di STUDI PER LA PACE, "Onu e Nato negli interventi armati: profili internazionali e profili interni", Biblioteca Comunale Arioste, Ferrara, 12 maggio 1999.

(11) Commettendo cioè una violazione del divieto di ingerenza sancito dalla Carta delle N.U. all'art.2, par.7: «nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato», salva l'applicabilità del Capitolo VII.

(12) RAFFAELE ORIANI, Habermas: meglio costruire il diritto che fare del bene, www.caffeeuropa.it/attualita/33habermas-oriani.html. Cfr. inoltre JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana della pace*, cit., in *L'inclusione*, cit., 195 ss.

(13) JÜRGEN HABERMAS, *Umanità*, cit.

(14) IBIDEM. Habermas in quest'intervento indica anche le conseguenze più immediate di un diritto che travalichi la sovranità degli stati: innanzitutto il cittadino "del mondo" sarebbe protetto dalle violazioni dei suoi diritti anche contro l'arbitrio del suo stesso sfato, mentre si affermerebbe anche la responsabilità personale dei singoli funzionari per i crimini commessi anche nell'esercizio delle loro funzioni (Habermas porta il caso Pinochet come esempio per quest'ultima evoluzione).

sollevate una serie di obiezioni ⁽¹⁵⁾, che Habermas ⁽¹⁶⁾ sintetizza nei seguenti enunciati:

a) la politica dei diritti umani, servendo ad imporre norme che sono parte di una morale universalistica, conduce a guerre che — mascherandosi da "azioni di polizia" — assumono una valenza morale;

b) alla moralizzazione della guerra segue la demonizzazione dell'avversario, "distrugge[ndo] la limitazione giuridicamente istituzionalizzata dello scontro militare (o politico) che ci contrappone a lui ⁽¹⁷⁾", rendendo cioè la politica d'intervento sui diritti umani una lotta del Bene contro il Male ⁽¹⁸⁾.

In altre parole, se uno dei grandi meriti civilizzatori dello stato costituzionale democratico è stata la limitazione giuridica del potere politico sulla base della sovranità di soggetti riconosciuti dal diritto internazionale, Habermas si pone il dubbio che la politica dei diritti umani, sbattendo "contro l'egoismo di un potere politico, nel quale è iscritto indelebilmente l'impulso all'autoaffermazione collettiva di una particolare essenza comune ⁽¹⁹⁾", porti in ultima analisi ad un *Menschenrechtsfundamentalismus*, ad un fondamentalismo dei diritti umani.

3. – Punto d'inizio per cercare di rispondere a questa domanda cruciale — cioè se e sotto quali condizioni la politica dei diritti umani porti ad un fondamentalismo umanitario — è senz'altro l'analisi dello *status* che Habermas attribuisce ai diritti umani. In sostanza ⁽²⁰⁾ Habermas ritiene che il concetto di "diritti dell'uomo" non sia di origine morale, bensì "una forma

⁽¹⁵⁾ Il critico forse più aspro di questa concezione è stato Carl Schmitt, il quale traduce il proverbio "Wer Menschheit sagt, lügt", cioè "chi dice umanità dice una bugia" nella formula "umanità, bestialità". L'"inganno dell'umanesimo" avrebbe radice nell'ipocrisia di un pacifismo giuridico che vorrebbe condurre "guerre giuste" sotto le insegne della pace e del diritto cosmopolitico. "Se uno stato combatte il suo nemico politico in nome dell'umanità, la sua non è una guerra dell'umanità, ma una guerra per la quale un determinato stato cerca di impadronirsi, contro il suo avversario, di un concetto universale per potersi identificare con esso (a spese del suo nemico), allo stesso modo come si possono utilizzare a torto i concetti di pace, giustizia, progresso e civiltà, per rivendicarli a sé e sottrarli al nemico. "Umanità" è strumento particolarmente idoneo alle espansioni imperialistiche [...]» in *Der Begriff des Politischen [1932]*, tr.it. in IDEM, *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, 139. Seguiamo qui JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 201.

⁽¹⁶⁾ JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 202 s. e idem, *Umanità*, cit.

⁽¹⁷⁾ JÜRGEN HABERMAS, *eadem*.

⁽¹⁸⁾ Per dirla ancora con Carl Schmitt, il nemico belligerante viene trasformato in "quel mostro disumano che non può essere solo sconfitto ma deve essere definitivamente distrutto", in IDEM, *Le categorie del politico*, cit., 139 (citazione da JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 212).

⁽¹⁹⁾ JÜRGEN HABERMAS, *Umanità*, cit.

⁽²⁰⁾ Per un'analisi completa cfr. JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., in particolare 202 ss.

specificata del moderno concetto di "diritti soggettivi", vale a dire una categoria specificatamente giuridica. I diritti dell'uomo sono *fin dall'inizio* di natura giuridica (21)".

E ancora: "Ciò che conferisce loro [ai diritti dell'uomo] l'apparenza di diritti morali non è il loro contenuto — né tantomeno la loro struttura — bensì piuttosto quel senso di validità [*Geltungssinn*] che li proietta "al di là" di tutti gli ordinamenti giuridici nazionali (22)". La loro caratteristica peculiare consiste nel fatto che, anche se attuati soltanto nell'ambito di un certo ordinamento giuridico nazionale, essi fondano entro questa sfera comunque diritti validi per tutte le persone, non solamente per i cittadini dello stato. Ed è questa caratteristica, questa loro "prestesa di validità universale (23)", che i diritti fondamentali condividono con le norme morali. Tuttavia questo non basta secondo Habermas a togliere ai diritti umani fondamentali la loro qualità giuridica, né li trasforma in norme morali. Infatti "le norme giuridiche - nel senso moderno di diritto positivo - conservano la loro forma giuridica a prescindere dal tipo di ragioni che utilizzano per fondare la loro pretesa di legittimità. Il carattere giuridico delle norme riguarda la loro struttura e non il loro contenuto (24)".

L'analisi fin qui svolta riguarda evidentemente il caso in cui i diritti umani siano stati positivizzati sotto forma di diritti fondamentali, recepiti cioè nell'ordinamento positivo (ad es. nella Carta Costituzionale) di uno stato: il problema del fondamentalismo dei diritti umani in questo caso non si pone neppure, in quanto i diritti umani non rilevano in quanto tali.

Diversa è la situazione di cui si sta discutendo a causa della guerra: ammesso che (25) che la Carta delle Nazioni Unite non è "Costituzione di una

(21) JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 203. In questo modo risulta superato l'imbarazzo di quei filosofi che, attribuendo ai diritti umani uno status intermedio tra diritti positivi e diritti morali, si trovavano a dover spiegare il fatto che anche i diritti fondamentali possano subire la sorte di qualsiasi diritto positivo, e cioè possano essere modificati o addirittura aboliti. Si veda anche JÜRGEN HABERMAS, *Legittimazione in forza dei diritti umani*, *Fenomenologia e società*, 2, 1997, 3-13 e in IDEM, *L'inclusione*, cit., 216 ss.

(22) JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 203.

(23) Essa deriva dal fatto che, a differenza delle altre norme giuridiche, i diritti fondamentali possano essere fondati anche soltanto da una prospettiva morale. Infatti, se per le altre norme giuridiche argomenti morali sono quasi sempre affiancati da argomenti politici o pragmatici, i diritti fondamentali regolano materie tanto generali che gli argomenti morali sono senz'altro sufficienti alla loro fondazione. Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 204.

(24) JÜRGEN HABERMAS, *ibidem*.

(25) Cfr. l'intervento del prof. Giovanni Battaglini alla conferenza ONU e Nato negli interventi armati, cit., che si riferisce, tra gli altri, a Rolando Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 1949, 247 e 257, nonché a Gaetano Arangio Ruiz, *Postfazione*, in Laura Picchio Forlati (cur.), *Le Nazioni Unite*; Giappichelli, Torino 1998; ancora, sebbene visto nell'ottica di una necessità di riforma delle Nazioni Unite, D. ARCHIBUGI, *From the United Nations to Cosmopolitan Democracy*, in D. ARCHIBUGI, D. HELD, (cur.), *Cosmopolitan Democracy*, Cambridge 1995, 121 ss..

entità statale allargata", ma piuttosto uno "statuto giuridico (...) [dell'] organizzazione di una parte delle relazioni fra Stati e della loro cooperazione (26)", e cioè l'ONU, i diritti umani ai quali la Carta fa riferimento espresso (27) non possono essere valutati, per quanto interessa in questa sede, alla stregua dei diritti fondamentali contenuti negli ordinamenti positivi degli stati democratici. Ciò si traduce nella loro qualità di norme morali e non di norme giuridiche (28). E questo, a sua volta, permette a parte degli stati occidentali coinvolti nella guerra di richiamarsi ai "diritti umani come punto di riferimento etico per la valutazione di obiettivi politici (29)", generando la "nuova miscela di generosità umanitaria e logica di potenza" (Ulrich Beck), che conduce, in ultima istanza, alla commistione tra diritto e morale da cui nasce quel *Menscherechtsfundamentaiismus* da cui la nostra analisi aveva preso le mosse.

4. – Da quanto detto emerge che, almeno fino a quando le Nazioni Unite non saranno oggetto di un'ampia riforma che le trasformi in una "democrazia cosmopolitica" dotata di parlamento (mondiale), apparato giudiziario globale autonomo e di un potere esecutivo indipendente che sia in grado di imporre, se necessario, mediante interventi diretti l'osservanza della Dichiarazione dei diritti umani, questi ultimi non possono godere di una tutela globale legittima sotto il punto di vista giuridico — normativo. Solo infatti se le Nazioni Unite riusciranno a chiudere il cerchio tra applicazione vincolante del diritto e legiferazione democratica i diritti umani potranno acquistare la qualità di diritti soggettivi "globali" (30). Fino al quel momento, per quanto

(26) GAETANO ARANGIO RUIZ, *Postfazione*, cit., 259.

(27) Cfr. l'art. 1 della Carta.

(28) Sulla distinzione si veda, ancora una volta, JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 204 e 205, nonché IDEM, *Fatti e norme*, cit., 128 — 143. In sostanza, la differenza che qui maggiormente interessa fra questi due tipi di norme consiste nel fatto che le norme giuridiche, a differenza delle norme morali che sono fondate su doveri che vincolano la volontà libera [den freien Willen] di persone autonome, servono a proteggere la libertà di arbitrio [Willkürfreiheit] del singolo individuo, permettendogli di fare tutto ciò che non è esplicitamente vietato da leggi generali limitanti la libertà. Si veda anche Immanuel Kant, secondo il quale "l'unico diritto originario spettante ad ogni uomo in forza della sua umanità" è la libertà, intesa come indipendenza dall'arbitrio costruttivo altrui (IDEM, *La metafisica dei costumi*, tr.it. di G. Vidari, Laterza, Roma-Bari 1991, 44 — citazione da JÜRGEN HABERMAS, *L'idea kantiana*, cit., 205).

(29) JÜRGEN HABERMAS, *Umanità*, cit.

(30) Diversa è la questione sulla opportunità politica di tale riforma: in dottrina è molto sentito il timore che ciò assoggetterebbe gli stati ad un "pactum subiectionis di rigore mai conosciuto nella storia" (Rolando Quadri, cit., 247).

etici possano essere nel loro contenuto, resteranno delle limitazioni imposte con la forza ⁽³¹⁾.

Per concludere con le parole di Habermas ⁽³²⁾ "le norme morali che fanno appello alle nostre migliori convinzioni non possono essere imposte come diritto consolidato", pena l'accettazione del rischio che, "passando dall'età dei diritti all'età dell'etica in libertà ⁽³³⁾" domani un'altra coalizione rivendichi il diritto di risolvere un conflitto, questa volta forse tra gli stessi paesi membri dell'Alleanza Atlantica, secondo il proprio arbitrio travestito da etica.

ABSTRACT

The evolution from the age of the state rights to the age of the rights of the individuals hides the danger of a moralization of law, which could permit to force a particular ethical vision as consolidated law.

Nell'età moderna sembra compiersi il passaggio da "era dei diritti dei singoli stati" a "diritti dei singoli e basta". Questo passaggio cela però il pericolo di attribuire alle norme morali la qualità di norme giuridiche: anche le norme morali che fanno appello alle nostre migliori convinzioni non possono essere però imposte come diritto consolidato, pena l'accettazione del rischio che, "passando dall'età dei diritti all'età dell'etica in libertà" domani altri vogliano imporre come legge il proprio arbitrio travestito da etica.

⁽³¹⁾ Per dirla con le parole di Leonardo Ceppa, *Postfazione*, in JÜRGEN HABERMAS, *L'inclusione*, cit., 269: "Il diritto legittimo — democraticamente prodotto in istituzioni storicamente individuate e applicato con forza concentrata e preventivamente regolata — deve poter azionare in maniera prevedibile ed efficace i diritti rivendicati dagli associati. Invece l'istanza morale della coscienza individuale non può presumere di farsi valere senza mediazioni in sede giuridica, giacché in tal caso essa rischierebbe davvero di incrementare la "politica della guerra civile mondiale".

⁽³²⁾ JÜRGEN HABERMAS, *Umanità*, cit. In realtà ALESSANDRO PIZZORNO, *Ma l'intervento Nato è poco umanitario*, *La Repubblica*, 20.05.'99 (in versione integrale su *Caffè Europa*, cit.), sembra interpretare la posizione habernasiana in senso opposto da quella che emerge dalla presente analisi, forse intendendo il senso della frase che conclude l'ultimo saggio habernasiano ("Ma l'autoinvestitura della Nato non può diventare la regola", JÜRGEN HABERMAS, *Umanità*, cit.) in senso giustificativo anziché, come appare più consono al pensiero habernasiano alla luce di quanto esposto, in senso "accusatorio".

⁽³³⁾ RAFFAELE ORIANI, cit.

KOLJA CANESTRINI

L'ACCORDO DI RAMBOUILLET (1)

SOMMARIO: 1. Cenni storici — 2. Alle radici dell'accordo — 3. Le trattative di Rambouillet — 4. Il testo dell'accordo fallito di Rambouillet — 5. Riflessioni sul fallimento — 6. Considerazioni conclusive.

1. - Le conferenze di Rambouillet non sono state l'unico tentativo di domare le tendenze nazionaliste balcaniche da parte delle grandi potenze europee, le quali in questo secolo per ben tre volte deciderono quali popoli dovevano abitare in quali stati. Il tentativo d'accordo di Rambouillet è stato definito (2) come «tentativo di correggere gli errori fatti in quelle occasioni».

Sono state le potenze europee ad attribuire il Kosovo ai Serbi. Dopo che l'alleanza balcanica formata da Bulgaria, Serbia, Montenegro e Grecia si era scrollata di dosso il dominio ottomano nella prima guerra balcanica (1912-1913), la conferenza di pace di Londra (1913) attribuì agli albanesi uno stato proprio per evitare l'allargarsi del conflitto. In quell'occasione le grandi potenze frenarono anche le tendenze espansioniste della Serbia che aveva già occupato il Kosovo e voleva dividersi la neonata Albania con la Grecia. Le ragioni dell'attribuzione del Kosovo alla Serbia furono più pragmatiche che politiche: gli albanesi non sembravano ancora in grado di fondare uno Stato nazionale, comprendente cioè tutta la popolazione di etnia albanese, mentre la Serbia era disposta a tutto pur di mantenere il Kosovo. Gli albanesi ricevettero dunque un loro Stato, il quale tuttavia non comprendeva tutta la popolazione albanese. Alla Serbia invece fu concesso di riunire in un unico

(1) KOLJA CANESTRINI, socio di Studi per la Pace, Intervento alla conferenza di Studi per la Pace, Diritti umani e ordine internazionale, 12 maggio 1999, Biblioteca Comunale Ariostea, Ferrara (www.studiperlapace.org).

(2) BORIS KALONKY, *Die Kosovo Konferenz und ihre historischen Vorgänger*, *Die Welt*, 11.2.1999. <http://www.welt.de/archiv/1999/02/11/0211eu05.htm>. Traduzione nostra.

Stato più popoli. Solo 7 anni dopo i trattati di Versailles che posero fine alla prima guerra mondiale ratificarono lo status quo, proclamando Belgrado capitale di uno stato che comprendeva altre cinque popolazioni ⁽³⁾.

L'ultimo tentativo di costruire una pace «durevole» nei Balcani fu fatto con gli accordi di Dayton il 21 novembre 1995, a cui si giunse dopo i bombardamenti sui serbo-bosniaci, dopo le stragi di Srebrenica ⁽⁴⁾. La questione del Kosovo, pur essendo presente nella scaletta dei lavori di Dayton, fu però subito abbandonata quando Milosevic esternò la sua assoluta contrarietà a discuterne ⁽⁵⁾. Dunque gli accordi di Dayton rilevano per l'argomento de qua più per quello che tacciono che per quello che dicono: la Realpolitik vinse l'esigenza di trovare un assetto geopolitico durevole, il Kosovo venne depennato dall'agenda dei lavori e venne rimosso anche dalla coscienza politica ⁽⁶⁾. È stato affermato che da Bosnia ed il Kosovo sono due aspetti [Schauplatze] della stessa guerra e le trattative di Rambouillet non si sarebbero rese necessarie senza la fatale eredità di Dayton ⁽⁷⁾».

2. - L'accordo che si andrà ad analizzare è in realtà l'ultimo di una serie di contatti intercorsi tra le forze interessate. Si cercherà di tracciare una linea rossa per ripercorrere le tappe più importanti di tali intese: si premette tuttavia che, come del resto ogni sintesi, anche questo studio non può che essere lacunoso ed incompleto, rinviando ai documenti originali citati uno studio più approfondito della complessa questione.

Punto d'inizio per una disamina delle relazioni internazionali tra la

⁽³⁾ Le vicende storiche relative alla regione del Kosovo sono ricostruite anche in un'intervista ad Armando Pitassio, Professore di Storia orientale all'Università di Perugia contenuta in *Liberal*, Il libro nero di Milosevic, allegato al n.59 di *Liberal*, 15, 22 aprile 1998, p.56 ss.

⁽⁴⁾ Quelle bombe «permisero al presidente serbo di andare a Dayton e di parlare a nome di tutti i serbi (...) intascando subito il riconoscimento della Repubblica Srpska [di Bosnia]» permettendogli di «tornare a casa conservando tutti i poteri, nonostante i disastri che aveva provocato in Krajina e nella Slavonia orientale». Pinocchio, Ci siamo oppure ci facciamo?, in *Kosovo. L'Italia in guerra. I quaderni speciali di Limes*, supplemento al n.1/99 di *Limes - Rivista Italiana di Geopolitica*, p.106.

⁽⁵⁾ Paolo Galimberti, intervenendo alla trasmissione «Jugoslavia- morte di una nazione» trasmessa da RAITRE il 10.05.99, ha definito la pace di Dayton una «pace finta, fittizia», riportando anche i contenuti di una conversazione con Holbrooke che confermano il totale rifiuto di Milosevic di parlare anche della situazione Kosovara per motivi storici-ideologici, economici e geostrategici.

⁽⁶⁾ KATJA RIDDERBUSCH, Aus Bosnien nichts gelernt, *Die Welt*, 15.2.1999 Traduzione nostra. <http://www.welt.de/archiv/1999/02/15/025fo05.htm>.

⁽⁷⁾ IDEM.

Repubblica federale di Jugoslavia e la Comunità internazionale⁽⁸⁾ volta a riportare il conflitto serbo-kosovaro nei limiti della legalità internazionale può essere considerata la Convenzione relativa ad una missione di Verifica per la provincia della Repubblica Jugoslavia di Serbia, Kosovo-Metohija siglata a Belgrado il 16 ottobre 1998 dall'Osce, l'organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa, e dalla Repubblica federale di Jugoslavia⁽⁹⁾ (RFJ) «per contribuire al rispetto e all'applicazione delle risoluzioni 1160 e 1199 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite⁽¹⁰⁾». In tale accordo si stabilisce la presenza sul territorio di 2000 verificatori disarmati provenienti dai paesi membri dell'Osce⁽¹¹⁾ che formeranno la cd. missione di verifica che per la durata di un anno⁽¹²⁾: «viaggerà per il Kosovo per verificare il mantenimento del cessate il fuoco da parte di tutti gli elementi⁽¹³⁾». L'accordo, che segue ad un ultimatum Nato, vuole essenzialmente far cessare la repressione degli albanesi ed indurre Milosevic a ritirare le sue truppe dal Kosovo. I punti salienti dell'accordo consistono essenzialmente nelle seguenti pattuizioni:

assunzione di responsabilità da parte della RFJ, delle autorità serbe e del Kosovo di fornire piena cooperazione e supporto alla missione di verifica (art.1, 9);

assistenza della missione di verifica all'Unhcr, Icrc e alle altre organizzazioni internazionali nel facilitare il ritorno dei profughi di guerra alle proprie case (art.3, 6);

e, infine, una sorta di controllo da parte del direttore della missione concernente abusi perpetuati da parte del personale militare o di polizia (art.3, 8).

⁽⁸⁾ Si considerano solamente gli accordi strettamente correlati all'accordo fallito di Rambouillet del marzo 1998 che costituisce l'oggetto in senso stretto del presente studio. Per l'analisi dettagliata dei rapporti tra Kosovo e Serbia negli ultimi anni, in particolare agli sviluppi delle relazioni politiche tra le province jugoslave, si rinvia al saggio di ARJAN KONOMI, *Che cosa vogliono i kosovari*, in *Kosovo. L'Italia in guerra. I quaderni speciali di Limes*, supplemento al n.1/99 di *Limes - Rivista Italiana di Geopolitica*, p.49 ss.

⁽⁹⁾ Essa è stata firmata dal ministro degli Esteri jugoslavo Jovanovic e dal capo dell'Osce Bronislav Geremek, ma è passata alla storia come «accordo Holbrooke-Milosevic». Il testo dell'accordo è stato pubblicato, tra l'altro, anche da *Avvenimenti*, 91, 18 aprile 1999, p.26 ss.

⁽¹⁰⁾ Preambolo dell'accordo, quarto capoverso.

⁽¹¹⁾ Articolo IV, punto 2 dell'accordo.

⁽¹²⁾ Articolo I, punto 10 dell'accordo, che ne prevede anche la possibile proroga su richiesta congiunta del presidente in carica dell'Osce e del governo della RFJ.

⁽¹³⁾ Articolo III, punto 1 dell'accordo che si riferisce al cessate il fuoco stabilito dalle risoluzioni citate.

La missione Osce procede fino al 15 gennaio 1999, quando formazioni paramilitari serbe e forze della milizia attaccano i villaggi di Racak e Petrove massacrando 51 persone, in stragrande maggioranza civili. Quando arrivano sul posto i verificatori dell'Osce il capo della missione Walker⁽¹⁴⁾ «mette sotto accusa Milosevic, che risponde dichiarandola persona non grata. La missione Osce è virtualmente fallita⁽¹⁵⁾».

3. - In seguito alla strage di Racak il Gruppo di Contatto, composto dai ministri degli Esteri di Italia, Francia, Russia, Germania, Gran Bretagna e Stati Uniti d'America si attiva per arrivare al più presto ad una soluzione negoziale del conflitto. Il 6 febbraio 1999 si apre il primo vertice di Rambouillet⁽¹⁶⁾. Dopo alcune settimane di trattati-

⁽¹⁴⁾ Durante la trasmissione Moby Dick trasmessa da ITALIA1 il 06.05.1999 un'inviata Osce che faceva parte della missione di verifica ha fatto notare come con «una strana commistione di ruoli il capo missione viaggiava su una macchina bianca delle Nazioni Unite contrassegnata tuttavia dalla bandiera americana».

⁽¹⁵⁾ ARJAN KONOMI, *Che cosa vogliono i Kosovari*, in *Kosovo. L'Italia in guerra. I quaderni speciali di LiMes*, supplemento al n.1/99 di *Limes - Rivista Italiana di Geopolitica*, p.54.

⁽¹⁶⁾ La prima difficoltà da affrontare è però antecedente all'apertura formale delle trattative e concerne la questione cruciale delle parti da invitare alle trattative. Alla fine viene invitato anche l'UCK, Ushtria Clirimtare e Kosvoes, cioè l'Esercito di Liberazione del Kosovo. L'UCK nasce tra il 1992 ed il 1993 e costituisce il «braccio armato» dell'LPK, il Movimento popolare del Kosovo, uno dei partiti ostili alla politica nonviolenta moderata dell'LDK, il Partito Socialdemocratico di Katjusha Jashari, di cui Ibrahim Rugova è esponente di punta. L'LPK, LDSH, il Movimento democratico albanese nato da una scissione dell'LDK e l'UCK in principio sostenevano apertamente una costituzione di una Grande Albania; in seguito rinunciano in parte al progetto geopolitico citato per conservarsi l'appoggio delle potenze occidentali. Per una ricostruzione completa del panorama partitico - politico del Kosovo (e dal quale sono tratte le informazioni qui riportate) si vedano comunque ARJAN KONOMI, *Che cosa vogliono i kosovari*, in *Kosovo. L'Italia in guerra. I quaderni speciali di LiMes*, supplemento al n.1/99 di *Limes - Rivista Italiana di Geopolitica*, p.50 ss. e BRANKO JOKIC, *Il mistero dell'UCK*, in *La Notte del Kosovo. Indice internazionale, I libri di Internazionale* 1/99, p.45 ss. L'invito al vertice di Rambouillet lo fornisce di una legittimazione internazionale pericolosa e dubbia sotto il punto di vista della rappresentatività democratica: infatti interlocutore da parte albanese avrebbe dovuto essere solo Ibrahim Rugova, rieletto Presidente nelle elezioni del 22 marzo 1998 (vedi tuttavia BRANKO JOKIC, cit., p.46). Sulle trattative pende inoltre come una spada di Damocle l'autorizzazione della Nato al suo segretario Javier Solana di ordinare i bombardamenti su Belgrado nel caso le trattative non raggiungano i risultati sperati. Il consigliere per la sicurezza nazionale di Clinton, Sandy Berger, dichiara alla CNN che le trattative di Rambouillet costituiscono «l'ultima possibilità» di evitare i bombardamenti da parte dei Serbi. Rugova invece assicura la propria partecipazione, mentre l'UCK nella persona del suo rappresentante politico, Adem Demaci, si riserva di decidere in quanto contrariamente alla richiesta di indipendenza avanzata dallo schieramento al quale appartiene la base d'accordo preparata parla di una «auto-

ve (17) appare chiaro che le parti non sono in grado di raggiungere un accordo: il Gruppo di Contatto il 23 febbraio cerca di fissare i risultati raggiunti emettendo un comunicato a sei punti (18) che stabilisce:

il rispetto della sovranità nazionale e della integrità territoriale della Repubblica Federale Jugoslava (conclusion 1) e

l'accordo raggiunto su un'autonomia sostanziale del Kosovo, che comprenda i meccanismi necessari — per elezioni libere e eque delle istituzioni democratiche di un governo kosovaro, — per la protezione dei diritti umani e dei diritti dei membri delle comunità etniche e — per la costituzione di un sistema giudiziario giusto (conclusion 3).

Infine, il Gruppo di Contatto si augura il rispetto del cessate il fuoco, l'astensione da ogni provocazione ulteriore nonché l'adeguamento alle risoluzioni ONU (conclusion 5). «Determined to monitor closely that this commitment is fully respected» (conclusion 4), si rinvia dunque la prosecuzione delle trattative al 15 marzo 1999.

In realtà il comunicato emesso dal Gruppo di Contatto configura una situazione largamente insoddisfacente, ma non tanto per la Serbia, che ha ottenuto che venisse omissivo dal documento ogni riferimento ad aspetti militari (mentre perfino la presenza di truppe straniere viene definita dall'allora vice-premier Vuk Draskovic «meno doloroso» perché d'arrivo di una forza di pace faciliterà il disarmo dell'UCK (19)), quanto per gli albanesi,

nomia sostanziale» della provincia kosovara. DW, Mehr Befugnisse für Solana, *Die Welt*, 1.2.1999, <http://www.welt.de/archiv/1999/02/01/0201eu02.htm>.

(17) È stato notato come le trattative di Rambouillet in realtà si svolgessero ben al di là delle mura del Castello: questo sia per un basso profilo politico-diplomatico dei rappresentanti serbi i quali in realtà erano meri esecutori degli ordini provenienti da Belgrado attraverso il Presidente del Consiglio dei Ministri serbo Milan Milutinovic, ma anche perché mentre i tre mediatori internazionali (Christopher Hill per gli Stati Uniti, l'incaricato speciale dell'Unione Europea Wolfgang Petritsch, ambasciatore austriaco a Belgrado e il diplomatico russo Boris Majorski) erano completamente assorbiti dall'attività di mediazione così da lasciare al ministro degli Esteri americano signora Albright il compito di fare pressioni sia sulla parte serba, minacciandol'inizio dei raid aerei, che sulla parte albanese, negando che gli Stati Uniti avrebbero assunto il ruolo di aviazione dell'UCK, come era nelle speranze dell'Uck. KATJA RIDDERBUSCH, *Das große Trinken von Rambouillet oder di Konferenz*, die keine war, *Die Welt*, 25.2.1999, <http://archiv/1999/02725/0225eu02.htm>,

(18) Il comunicato è consultabile sull'indirizzo Internet della BBC, BBC Online Network, cliccando qui.

(19) <http://www.ecn.org/est/balcani/kosovo/kosovo26.htm> Il presidente Milutinovic ha dichiarato che «Belgrado è in qualche modo riuscita a salvare il

in particolare per l'UCK. Essi infatti condizionano la firma di un accordo al piano di pace alle seguenti condizioni:

alla possibilità di organizzare un referendum per definire lo stato definitivo della provincia serba del Kosovo (da tenersi dopo tre anni di autonomia);

la stessa delegazione albanese appare spaccata: se Rugova appare più propenso a siglare un accordo che preveda un'autonomia sostanziale sotto protezione della Nato ⁽²⁰⁾, i delegati dell'UCK rifiutano ogni ipotesi d'accordo che preveda un loro disarmo ⁽²¹⁾.

4. - Con il trattato di Rambouillet ⁽²²⁾ vengono perseguiti fondamentalmente tre obiettivi: riportare la pace nel Kosovo (Framework, II, punto 1), reinstaurare l'autogoverno della provincia (preambolo all'accordo nonché Framework, I, 4) e garantire il diritto ad ognuno di ritornare alla propria terra (Framework, II, 3). Inoltre i firmatari si impegnano ad imporre un immediato cessate il fuoco non appena l'accordo venga reso esecutivo (Framework, II, 1). Entro nove mesi dalla firma dell'accordo (Chapter 5, IV, 2) è previsto lo

documento politico ... ma non ha escluso un ulteriore accordo sul documento militare», eadem.

⁽²⁰⁾ Infatti la dichiarazione ufficiale della delegazione albanese a Rambouillet parla di «unanimità nella decisione di firmare l'accordo tra due settimane» <http://www.ecn.org/est/balcani/kosovo/kosovo26.htm> nonché DW, *Rambouillet - letzte oder vorletzte Chance für Kosovo - Parteien?*, *Die Welt* 24.2.1999 <http://w.../archiv/1999/02/24/0224au01.htm>.

⁽²¹⁾ Albin Kurti, portavoce del rappresentante politico dell'UCK, Adem Demaci, il 23 febbraio ha tenuto una conferenza stampa riguardo all'esito di Rambouillet in cui dichiara che «gli albanesi del Kosovo non accetteranno il piano di Rambouillet per una soluzione pacifica della crisi perché non soddisfa nemmeno lontanamente le richieste avanzate in Francia dal gruppo di negoziatori guidato da Hashim Thaqi». Cfr. <http://www.ecn.org/est/balcani/kosovo/kosovo26.htm>. Invece la BBC in Gabriel Partos, *Analysis: the obstacles to a deal* del 22.2.1999 mette l'accento più sulla indipendenza negata come motivo del mancato accordo. Tuttavia nell'articolo del 16.3.1999 Gabriel Partos, *Analysis: The elusive peace deal* si fa riferimento ad un comportamento ambiguo da parte dei rappresentanti albanesi tra le circostanze che hanno aiutato Milutinovic ad evitare (fino a quel momento) i raid aerei della Nato.

⁽²²⁾ Il testo integrale dell'accordo di Rambouillet può essere scaricato, tra l'altro, da <http://www.repubblica.it/online/dossier/rambodramboramboul.html>. Per una visione globale dell'accordo si veda inoltre Gabriel Partos, *Kosovo talks: what's on table?*, *Bbc online* del 16.03.1999, all'indirizzo <http://news2.thdo.bbc.co.uk/hi/english/world/europe/newsid%5F297000/297866.stm>.

svolgimento di elezioni per dare al Kosovo proprie ed autonome istituzioni nel quadro della permanenza della provincia all'interno della federazione jugoslava (Chapter 3, I-III).

Il rispetto dell'accordo è garantito dalla combinazione di disarmo delle parti contendenti (milizie serbe ed UCK in primis, Framework, II, 2) e contemporaneamente dalla presenza di una «forza militare di implementazione della pace» (Kfor), che «le parti invitano la NATO a costituire e guidare» (Chapter 7, I, 1, a), mentre è previsto che l'esercito federale si ritiri completamente dal Kosovo (a parte 1500 uomini che hanno il compito di pattugliare i confini meridionali della provincia). Inoltre è prevista una Missione Internazionale simile a quella in Bosnia prevista dagli accordi di Dayton che abbia i seguenti poteri (Chapter 5, I-V):

supervisione e direzione dell'attuazione delle misure riguardanti gli aspetti civili dell'accordo anche attraverso la possibilità di emettere «binding instructions» riguardanti l'ordine e la sicurezza pubblica (Chapter 2, I, 2);

indicare alle autorità competenti ufficio o organi di istituzioni la cui rimozione sia necessaria per l'attuazione del trattato e, se queste non dovessero prendere le decisioni appropriate, la rimozione diretta di tali uffici o organi;

fungere da mediatore in controversie tra le parti riguardanti l'applicazione di misure civili del trattato.

Il trattato prevede poi particolari meccanismi di protezione per le minoranze etniche che vivono nel Kosovo che è abitato al 90% da popolazione di cultura ⁽²³⁾ albanese. Infatti una quota del 30% (40 seggi su 120) del costituendo Parlamento kosovaro è riservata a non-albanesi (secondo modalità di elezione esplicitate nel Chapter 1, II, 1, i e ii). È previsto inoltre che le forze di polizia rispettino nell'esercizio dei loro poteri la composizione multi-etnica della popolazione (Chapter 2, I-VIII, ed in particolare I, 1 per il divieto di discriminazioni basate su sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione, origine o condizione sociale, appartenenza a comunità nazionale o proprietà, nonché di ogni altro stato) nonché un meccanismo che permetta

⁽²³⁾ La percentuale proviene citato articolo della BBC Online. NB: Qui si è ricorso al termine «cultura» mentre in altre occasioni si è usato, per chiarezza e semplicità espositiva, il termine «etnia». In realtà riteniamo pericoloso l'uso di quest'ultimo termine proprio perché traccia solchi che troppo facilmente possono essere prodromici ad operazioni di pulizia, appunto, etnica.

alla Criminal Justice Administration (un organismo previsto e regolato dal Chapter 2, II, 3, a-C) di richiedere (e provvedere direttamente al) la rimozione dell'autorità giudiziaria inquirente competente qualora vi sia motivo di temere un pregiudizio anche etnico (Chapter 2, VIII, 2, a).

5. - Alla luce di quanto detto si possono fare le seguenti ipotesi circa le circostanze che hanno determinato il fallimento dell'accordo:

la legittimazione dell'UCK: l'invito di rappresentanti dell'UCK ha reso la trattativa «una partita a quattro: Nato, Russia, Repubblica Jugoslava e UCK⁽²⁴⁾», con la conseguenza che non solo la mediazione tra le parti è diventata più difficile, ma ha introdotto anche la difficoltà decisiva che, acquistata la legittimazione a trattare⁽²⁵⁾, l'UCK si è sempre rifiutato di deporre le armi⁽²⁶⁾ (e tuttora continua a mantenere questo atteggiamento). Anzi, l'Esercito di Liberazione ha disconosciuto la rappresentatività di Rugova⁽²⁷⁾, che rimane l'unico legittimo rappresentante della minoranza

⁽²⁴⁾ Intervista a Sergio Romano al T3 del 07.05.1999.

⁽²⁵⁾ Vedi anche note 13 e 20. Sulla legittimazione la Reuters il 22.02.1999 scrive: «.. Gli Stati Uniti gli [cioè a Hashim Thaqi, uno dei 15 componenti della delegazione albanese a Rambouillet, vicino all'UCK e ritenuto primus inter pares dei negoziatori. Nota nostra] hanno riservato una particolare attenzione durante le trattative, a spese di Ibrahim Rugova, il più noto politico albanese e un avvocato della non violenza come modo per conseguire l'indipendenza del Kosovo dalla Serbia». Sempre la Reuters il 23.02.1999 scrive: «Washington ha posto molte delle sue speranze nel ventinovenne commissario politico dell'UCK Hashim Thaqi. Albright l'ha preso sotto la sua ala e ha cercato di dargli l'immagine di un «Gerry Adams del Kosovo». <http://www.ecn.org/est/balcani/kosovo/kosovo27.htm>.

⁽²⁶⁾ Il Chapter 7, II prevede l'impegno delle parti a demilitarizzare le loro forze.

⁽²⁷⁾ Xhavit Haliti, ambasciatore del governo del Kosovo di Hashim Thaqi a Tirana e uno dei componenti della delegazione albanese a Rambouillet, già in un'intervista a il Manifesto del 25 aprile 1999 alla domanda: «Ibrahim Rugova è un traditore?» risponde «Se è stato sincero, direi che è un traditore. Ma io non penso che sia un traditore, è un ostaggio del terrorista Milosevic. Era il Presidente del Kosovo, adesso è un semplice cittadino.» La France Presse scriveva il 23.02.1999: «La spaccatura tra l'ala moderata e quella dura all'interno della delegazione albanese alle trattative per il Kosovo è andata ampliandosi nel corso della notte, appena poche ore prima della scadenza per un accordo, segnalano fonti vicine alle trattative. Le tensioni erano molto forti tra le due parti, che praticamente non parlavano più l'una con l'altra», dice una fonte europea vicina alle trattative. [...] I dissensi tra i moderati, rappresentati da Ibrahim Rugova, e i duri dell'UCK, ha riguardato in quale misura la posizione da adottare durante le trattative doveva essere intransigente. Rugova, a quanto si dice, è più possibilista riguardo alla bozza di piano di pace che chiede un'ampia autonomia per la provincia a maggioranza albanese durante un periodo temporaneo di tre anni, mentre i membri dell'organizzazione separatista UCK insistono su una garanzia scritta del fatto che il loro obiettivo di piena indipendenza venga preso in considerazione. <http://www.ecn.org/est/balcani/kosovo/kosovo27.htm>.

kosovara in quanto democraticamente eletto nelle elezioni clandestine del marzo del 1998;

la presenza di forze militari Nato: si è già accennato al fatto che il trattato parla della presenza di una forza di implementazione militare (Kfor) che, su invito delle parti, sarà composta da forze Nato. Il Chapter 7 che regola tale «corpo militare di pace» è corredato da un'appendice (Appendix B del trattato rubricato Status of multi-national military) che al suo articolo 8 recita ⁽²⁸⁾ «il personale Nato dovrà godere, con i suoi veicoli, vascelli, aerei e equipaggiamento di libero ed incondizionato transito attraverso l'intero territorio della Federazione delle Repubbliche Jugoslave, ivi compreso l'accesso al suo spazio aereo e alle sue acque territoriali. Questo dovrà includere, ma non essere a questo limitato, il diritto di bivacco, di manovra e di utilizzo di ogni area o servizio necessario al sostegno, d'addestramento e alle operazioni». Precedentemente, all'articolo 7, l'appendice estende alle truppe Nato operanti nella Repubblica Federale Jugoslava (in tutto il suo territorio) lo status di cui godono quelle che operano, per esempio, in Italia ⁽²⁹⁾. Vi si dice che «il personale Nato sarà immune da ogni forma di arresto, inquisizione e detenzione da parte delle autorità della Repubblica Federale Jugoslava. Il personale della Nato erroneamente arrestato o detenuto dovrà essere immediatamente riconsegnato alle autorità Nato».

Autonomia o indipendenza: per un'analisi dettagliata della distribuzione dei singoli poteri attribuita al Parlamento kosovaro e ai rapporti con la

⁽²⁸⁾ Traduzione nostra. Vedi anche LUCIANA CASTELLINA, *Mettereste la vostra firma sotto quell'accordo?*, <http://arte.digiland.it/1221/rambouillet.htm>.

⁽²⁹⁾ Si parla a proposito del cd. Privilegio del Cermis. Vedi LUCIANA CASTELLINA, *cit.* Agli articoli 9 e 10 del trattato si precisa che la Nato non sarà tenuta a pagare tasse così come ogni altro onere, fiscale o tariffario, o subire qualsivoglia controllo doganale; l'articolo 15 chiarisce che quando si parla di servizi si intende includere il pieno e libero uso delle reti di comunicazione, inclusa la tv e il diritto di usare l'intero campo elettromagnetico; e tutto ciò «free of costs», gratis. Inoltre, in relazione ai «rapporti di lavoro» la stessa appendice (paragrafo b) dell'articolo 20 che il personale locale eventualmente impiegato dalla Nato sarà soggetto esclusivamente alle «condizioni ai termini stabiliti dalla Nato stessa». Inoltre l'articolo 21 afferma che la Nato è autorizzata a «detenere persone e a consegnarle al più presto alle autorità appropriate».

⁽³⁰⁾ In particolare per stabilire se il trattato configuri una situazione di autonomia o di indipendenza l'analisi dovrebbe comprendere uno studio comparato con gli accordi fra Israele e l'OLP. Per questi ultimi vedi, fra gli altri, FABIO MARCELLI, *Gli accordi fra Israele e OLP nel diritto internazionale*, *Riv. dir. int. le.*, 1995, p.430 ss. Vedi inoltre, per il diritto all'autodeterminazione, ARANGIO RUIZ, *Autodeterminazione* (diritto dei popoli alla), in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma 1988.

⁽³¹⁾ Il ministero degli Esteri americano, ha così riassunto i punti principali del trattato: «Gli Accordi di Rambouillet costituiscono un'intesa ad interim della durata di 3 anni che provvederà a un'autonomia democratica, pace e sicurezza per tutti gli abitanti

Repubblica Federale Jugoslava e alla Serbia si rinvia al Chapter 1, I-XIII⁽³⁰⁾. In sintesi, secondo quanto previsto dal trattato, il Kosovo avrebbe dovuto godere di un'autonomia particolarmente ampia⁽³¹⁾, dotato di Parlamento, Presidente e Governo propri che avrebbero avuto una competenza esclusiva (Chapter 1, II, 5) sulla maggior parte delle questioni relative al Kosovo, compresa l'amministrazione locale, l'educazione e la sanità. Inoltre al Kosovo sarebbe stato consentito di avere proprie relazioni estere, mentre la Repubblica federale avrebbe mantenuto l'esclusivo esercizio di politica monetaria e difesa (Chapter 1, I, lss.).

In realtà la parte più controversa e discussa ai vertici di Rambouillet è stata quella contenuta al Chapter 8, I, 3 che recita: «Tre anni dopo l'entrata in vigore del presente accordo sarà convocata una riunione internazionale al

del Kosovo. L'autonomia democratica contemplerà tutte le questioni di importanza quotidiana per il popolo del Kosovo, quali l'istruzione pubblica, la sanità, e lo sviluppo economico. Il Kosovo avrà un Presidente, un Parlamento, un proprio tribunale, un governo locale e istituzioni comunitarie nazionali. La sicurezza sarà garantita da truppe internazionali schierate sull'intero territorio del Kosovo. La polizia locale, in rappresentanza di tutte le comunità nazionali nel Kosovo, farà osservare le leggi ordinarie. Un'assemblea internazionale sarà convocata dopo 3 anni per definire una soluzione definitiva per il Kosovo. La volontà del popolo sarà un fattore determinante. L'autonomia democratica: Durante il periodo ad interim, i cittadini del Kosovo si autogoverneranno democraticamente con l'aiuto di istituzioni del Kosovo stesso. Il Kosovo avrà una Costituzione. La Costituzione richiede l'elezione democratica di un Presidente, di un Primo Ministro e di un Governo, di un Parlamento e di autorità pubbliche. Il Kosovo avrà la propria Corte suprema, la propria Corte costituzionale e altre Corti, i propri pubblici ministeri. Le elezioni avranno luogo entro i nove mesi dall'entrata in vigore del Trattato, sotto la sorveglianza della OSCE. Il Kosovo sarà autorizzato a emanare leggi, non soggette a modifiche da parte della Serbia o della Repubblica Federale della Jugoslavia, comprese le imposizioni di tasse, e a istituire programmi per promuovere lo sviluppo economico, scientifico, tecnologico, regionale e sociale. Le comunità nazionali del Kosovo potranno tutelare le proprie identità, incluse la salvaguardia delle loro lingue e la gestione di scuole e ospedali. Saranno garantiti i diritti umani e i diritti dei componenti di tutte le comunità nazionali. Il ruolo della comunità internazionale sarà di garantire che questi provvedimenti vengano eseguiti. La sicurezza: Le Parti inviteranno la Nato a schierare una forza militare (Kfor) che sarà autorizzata a intervenire per garantire la conformità agli Accordi, tutelare le agenzie internazionali e fornire un ambiente sicuro per tutti. La sicurezza in Kosovo sarà gestita dallo Kfor. Le forze degli eserciti jugoslavi si ritireranno del tutto dal Kosovo, tranne una limitata forza di guardia ai confini (in azione soltanto entro 5 km dall'arca di confine) e personale di supporto. L'Esercito per la liberazione del Kosovo passerà la sicurezza nel Kosovo alle truppe nato e sarà demilitarizzato. La polizia locale assumerà tutte le operazioni di milizia nel Kosovo entro 1 anno, prorogabile per un periodo limitato soltanto da parte del Capo della Missione di Attuazione. Le procedure per una soluzione definitiva: Per una soluzione definitiva tre anni dopo l'entrata in vigore degli Accordi, un'assemblea internazionale sarà convocata per definire una procedura per una soluzione definitiva nel Kosovo, sulla base della volontà del popolo e delle opinioni delle autorità pertinenti». Traduzione di Walter Artur Gulia. Per un'analisi molto approfondita cfr. i links alla fine della pagina.

fine di definire una procedura per giungere a una soluzione definitiva in Kosovo, sulla base della volontà popolare («on the basis of the will of the people»), del punto di vista delle autorità competenti relativi agli sforzi compiuti da ogni parte rispetto all'applicazione del presente accordo e dell'Atto finale della conferenza di Helsinki; e inoltre per intraprendere una valutazione completa dell'applicazione del presente accordo; e per prendere in considerazione le proposte avanzate da qualsivoglia parte per delle disposizioni aggiuntive ⁽³²⁾». E in questo passaggio che emerge l'ambiguità della trattativa ⁽³³⁾. Secondo la France Press ⁽³⁴⁾ «nonostante la parola «referendum» non compaia nel testo, gli albanesi del Kosovo ritengono che la menzione delle 'aspirazioni del popolo' significhi nei fatti un referendum sull'indipendenza di questa provincia serba».

6. - A 7 settimane dall'inizio dei bombardamenti la situazione è tutt'altro che risolta. E sembra difficile poter dire che le potenze occidentali abbiano fatto tutto il possibile per trovare una soluzione che non approfondisca ulteriormente le ferite nelle popolazioni interessate,

Links per ulteriori approfondimenti (tratti da www.ecn.org, che ringraziamo):

- analisi in dettaglio del trattato di Rambouillet;
- l'accordo di Rambouillet nella versione della delegazione Jugoslava (in due parti).

ABSTRACT

The articles gives an introduction to the Rambouillet Agreement, where both the historical dimension and the analytical reconstruction give to the reader an objective point of view of this complex topic.

In the historical context, the Rambouillet Agreement appears such as an unsuccessful attempt to rectify the previous errors — it looks like the last negotiated solution in order to repress the Balkan trends of nationalism.

As for as the analytical reconstruction is concerned, the Rambouillet Agreement is considered under two different ways:

- an exhaustive description of the most relevant contents which allows to underline the main aims of this significant document;
- a deep reflection upon the main reasons of its failure. Essentially, these motivations concerning:

i) the doubtful legitimation of the KLA (Kosovo Liberation Army) in order to

⁽³²⁾ Traduzione nostra.

⁽³³⁾ Si noti che il testo nulla dice se il «will of the people» riguardi la popolazione kosovara (serba ed albanese) oppure quella dell'intera Repubblica Jugoslava.

⁽³⁴⁾ Del 23.02.1999. <http://www.ecn.org/estlbalcanilkosovo/ko27.htm>.

negotiate;

ii) the presence of the Nato military force;

iii) the ambiguous conclusion between «autonomy» or «independence».

This kind of arguments attest a general inadequacy of this agreement in order to get a fair solution.

L'articolo vuole fornire una ricostruzione dell'accordo di Rambouillet, attraverso una sintetica ricostruzione delle vicende storiche che hanno portato al suo fallimento ed una breve analisi in dettaglio dell'accordo stesso.

Per quel che riguarda la ricostruzione storica, l'accordo può essere visto come un tentativo fallito di rimediare ad errori precedentemente commessi, nello sforzo di evitare, attraverso una soluzione negoziale, il rafforzamento delle posizioni nazionaliste.

L'analisi del contenuto dell'accordo invece si sofferma, dopo una panoramica a tutto tondo, sulle possibili cause del fallimento delle trattative. Essenzialmente queste sono:

i) la dubbia legittimazione a trattare da parte dell'UCK;

ii) la presenza di forze NATO;

iii) l'ambiguità di un Kosovo «autonomo» o «independente».

Arrigo D. MANFREDINI

JUSTINIEN ET L'ANALYSE GRAPHOLOGIQUE: *VARIA RERUM NATURA* (*)

1. - Comme vous le savez, le droit romain n'exigeait que rarement que les actes juridiques revêtissent la forme écrite. Dans la règle, la validité des actes juridiques n'était pas subordonnée à la confection d'un écrit. La forme écrite n'était guère nécessaire ad *substantiam*.

En revanche, les Romains recouraient fréquemment à la forme écrite pour assurer la preuve des actes juridiques; on rédigeait des documents probants, ad probationem; cela tout au moins à partir de l'époque de Cicéron. L'orateur affirme d'ailleurs avoir lu des stipulations ⁽¹⁾. C'est évidemment l'influence exercée par les provinces orientales qui se fait sentir ici, influence allant croissant après la constitutio Antoniniana.

Dès lors on apportait la preuve d'un acte juridique aussi bien par un document écrit (*instrumentum*) que par des témoins (*testes*), *Instrumenta* et *testes* avaient la même valeur, tout du moins à partir de Constantin ⁽²⁾, mais ils comportaient aussi le même degré d'incertitude et de méfiance en raison de leur fréquente fausseté. C'est donc par ces deux procédés utilisés simultanément, qu'on essaie d'assurer la preuve des actes juridiques. Comme nous le verrons, ce système va être consacré et renforcé par Justinien.

Ce n'est qu'au cours de l'histoire qu'apparaîtront des documents qui inspirent plus de confiance. Il s'agissait tout d'abord de documents consignés en mains de certaines autorités qui les conservaient. Les gouverneurs des provinces et d'autres autorités centrales ou municipales conservaient des archives dans lesquelles les actes privés étaient déposés [*insinuatio* apud

* Testo della conferenza tenuta alla Università de Lausanne il 17.V.1999, con un apparato meramente orientativo,

⁽¹⁾ Cic. fam. 5,6,2. En général, M. TALAMANCA, sv. *Documentazione e documento* (dir. romano), ED, XIII, Milano 1964, p. 548 ss.

⁽²⁾ C.4,21,15.

acta (3)]. Les autorités s'assuraient que le document correspondait effectivement à la volonté de celui ou de ceux qui l'avaient rédigé. Grâce à ces archives, l'authenticité était garantie et la conservation assurée.

Il y avait aussi des documents notariés, appelés *instrumenta publica* ou *publice confecta* (4). Le notaire (*tabellio*) n'est pas un fonctionnaire public. Mais il participe à la confection de l'acte: on parle de *completio*. Ainsi l'acte juridique possède un plus grand degré d'authenticité que l'acte rédigé par les contractants devant témoins et, à plus forte raison, de l'acte rédigé sans témoins.

Enfin, il y avait un troisième type d'écrit: le document privé, rédigé et soussigné par son auteur (5). Il arrivait qu'il contienne également les souscriptions de témoins, mais cette formalité n'était que rarement nécessaire (6), bien qu'elle donna plus de crédibilité à l'acte. S'il y avait, on l'appelait alors *scriptura quasi publice confecta* (7). Sans signature des témoins, il s'agissait d'un simple *chirographum* (*idiochira, cautio*) (8). Il a été largement utilisé car il était parfois difficile de trouver des autorités publiques, des notaires ou tout simplement des témoins. C'est essentiellement pour ce type de document qu'existaient des risques majeurs de falsification. Aussi, on rencontrait de grandes difficultés pour prouver son authenticité, lorsque celle-ci était niée par l'adversaire.

Malgré cet inconvénient, au début du règne de Justinien, l'acte (9) qui accompagnait une demande en justice pouvait être, d'après ce que nous savons, un simple *chirographum* (10). J'ai prêté 100 à Titius. Celui-ci m'a délivré un *chirographum* déclarant avoir reçu 100 et muni de sa signature. Titius ne me rembourse pas. Je le cite en justice et fournis comme preuve le document. Selon un principe ancien (11), Titius peut nier reconnaître son écriture et exiger que je prouve son authenticité (*imponere fidem*) (12). Si je ne

(3) A. PERNICE, *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen*, 1882; F. GALLO, sv. Pubblicità (dir. rom.), ED, XXXVII, Milano 1988, p. 973 s..

(4) M. AMELOTI, G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma 1975, p. 19 ss.

(5) C.8,17,11 pr.; C.8,53,31.

(6) Trois témoins: C.8,17,11,1; C.4,2,17; C.4,20,15,5; C.4,20,17.18; C.4,21,20; C.4,29,23 etc.

(7) C.8,17 (18),11.

(8) M. AMELOTI, Συγγραφή, χειρόγραφον-*testatio, chirographum*, Scritti giuridici, Torino 1996, p. 129 ss.

(9) M. AMELOTI, *Il documento nel diritto giustiniano. Prassi e legislazione* (G. ARCHI ed.) *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana. Caratteri e problematiche*, Ravenna 1985, p. 131 ss.

(10) Mais v. nt.6.

(11) CTh.11,39,4.6.7; C.9,22,11.

(12) G. G. ARCHI, «*Civiliter vel criminaliter agere*» in tema di falso documentale, Scritti in onore di *Contardo Ferrini* pubblicati in occasione della sua beatificazione, I, Milano 1947, p. 1 ss. En syntèse, M. AMELOTI, *Giustiniano e la comparatio litterarum*, Scritti Giuridici, cit., p. 216.

possède pas d'autres moyens à cet effet, par exemple des témoins⁽¹³⁾, il ne reste que l'analyse de l'écriture, par comparaison de la graphie (*comparatio Zitterarum*). Cette *comparatio Zitterarum*⁽¹⁴⁾ consiste en l'examen des particularités graphiques du document litigieux par rapport à celle de l'écriture du plaideur, en l'espèce Titius. On s'appuie sur ce qu'on appelle aujourd'hui une «écriture de comparaison» et c'est là que surgissent les problèmes. En effet, selon les cas, l'adversaire peut être obligé de fournir sur le champ une telle pièce, mais cela lui donne la possibilité de déformer son écriture. On peut aussi essayer de trouver un autre document écrit par la même main que celle du document dont l'authenticité a été niée. Dans ce cas malheureusement, la falsification est également possible.

Lorsqu'il y a un document de comparaison et que celui-ci n'est pas douteux, il reste encore l'incertitude quant à l'identité des écritures.

2. – Ce type de preuve, jugé incertain déjà à l'époque de Quintilien⁽¹⁵⁾, représente un véritable souci pour Justinien qui revient sur la question à quatre reprises.

Sa première intervention en la matière est destinée à augmenter la force probante du document de comparaison. Il s'en occupe dans une constitution de 530, rapportée par le Code 4,21,20: «Il est reconnu que dans les écrits privés et dans les autres titres non authentiques, la comparaison d'écriture suscite fréquemment des accusations de faux et cela aussi bien dans les actions que dans les contrats. C'est pourquoi, nous ordonnons que les comparaisons d'écritures privées ne soient permises que si les pièces de comparaisons portent la signature de trois témoins et qu'au préalable ces témoins, ou au moins deux d'entre eux, aient reconnu l'authenticité des écritures. Cette vérification des écritures par les témoins doit se faire sans comparaisons d'écritures... Nous défendons d'admettre la comparaisons d'écritures dans tout autre cas...excepté lorsqu'il s'agit d'écritures émanées des juges, du titre public et authentique, ou des écritures privées dont nous venons de parler. Nous défendons qu'il soit procédé à aucune comparaison d'écriture, avant que ceux qui doivent y procéder n'aient affirmé et juré que dans cette comparaison ils ne sont mus par aucun gain ni par aucune inimitié ou partialité...⁽¹⁶⁾».

⁽¹³⁾ C.4,20,15,6; 4,21,16.

⁽¹⁴⁾ Ou *collatio litterarum*. Nous considérons cette procédure quand il s'agissait de *fide instrumenti civiliter requirere* (C.9,22,11) mais la *comparatio Zitterarum* était employée aussi dans le *criminaliter agere de falsis* (C.Th.9,19,2=C.9,22,22).

⁽¹⁵⁾ Quint.inst.5,5.

⁽¹⁶⁾ C.4,21,20: *Comparationes litterarum ex chirographis fieri et aliis instrumentis, quae non sunt publice confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare et in iudiciis et in contractibus manifestum est. 1 Ideoque sancimus non Zicere comparationes Zitterarum ex chirographis fieri nisi trium testium habuerint subscriptiones et prius*

Ceci nous confirme que, avant la promulgation de cette constitution, on pouvait utiliser, dans le procès, comme document de comparaison, tout écrit qu'il ait été rédigé sur place, ou récupéré Dieu sait où.

Justinien veut modifier radicalement cette situation. Les écritures de comparaison sont constituées avant tout par des actes publics. En ce qui concerne les documents privés, seuls sont admis ceux qui portent la signature de trois témoins. Dans cette hypothèse et avant de procéder à la comparaison, les témoins, ou au moins deux d'entre eux, doivent reconnaître leur propre signature et par là même l'authenticité du document. Ce n'est qu'après cette *impositio fidei* que le document pourra être comparé avec la pièce dont l'authenticité est contestée par l'adversaire. S'il s'avère qu'ils sont de la même main, l'écrit de comparaison donne foi au document litigieux.

Justinien semble vouloir limiter le plus possible la *comparatio litterarum* pour diminuer les risques de falsification. Cette volonté se manifeste clairement dans l'exigence de la comparution personnelle des témoins appelés à reconnaître leur signature. Cette comparution est indispensable pour donner foi au document de comparaison, exigence préalable à une comparaison d'écriture.

La volonté de Justinien résulte également de la nécessité de prêter un serment d'impartialité. On combat ainsi la corruption dont les expertises pouvaient être entachées.

3. - La deuxième intervention de Justinien est réalisée par la novelle 49 de l'année 537. Celle-ci tend à apporter quelques exceptions à cette réglementation rigoureuse qui exclut le *chirographum* comme pièce de comparaison, s'il n'est pas souscrit par les trois témoins et reconnu par au moins deux d'entre eux.

Dans la novelle 49,2 de Justinien, nous lisons: «... Nous avons, il y a longtemps, promulgué une constitution interdisant la comparaison d'écritures privées et autorisant celle d'actes publics. Mais la pratique judiciaire a montré que ces dispositions doivent être révisées. De nombreux plaideurs en

litteris eorum fides imponatur vel ex ipsis hoc deponentibus (sive cunctis sive omni modo duobus ex his) sive comparatione litterarum testium procedente, et tunc ex huiusmodi cartula iam probata comparatio fiat. 2 Aliter etenim fieri comparationem nullo concedimus modo, licet in semet ipsum aliquis chartam conscriptam proferat, sed tantummodo vel ex forensibus vel publicis instrumentis vel ex huiusmodi chirographis quae enumeravimus comparatione trutinanda. 3 Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, nisi iuramento antea praestito ab his qui comparationes faciunt fuerit adfirmatum, quod neque lucri causa neque inimicitii neque gratia tenti huiusmodi faciunt comparationem... Sur ce texte de Justinien et les suivants, v.: N. VAN DER WAL, *Manuale Novellarum Iustiniani*, Groningen, Amsterdam 1964, p. 137 ss.; D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, Muenchen 1969, p. 289 ss.; M. AMELOTI, *Giustiniano e la comparatio Zitterarum*, cit., p. 217.

ont d'ailleurs fait les frais et nous voulons remédier à ces inconvénients. Il arrive souvent que le demandeur produise un écrit privé, sans souscription de témoins, en tant que titre et preuve de ses allégations. Le défendeur produit alors des écrits de la même main, par lesquels il veut prouver que les allégations du demandeur ne sont plus fondées (par exemple une quittance). Le défendeur réclame alors la comparaison d'écriture entre les deux documents, pour prouver la véracité de celui qu'il détient. Jusqu'à présent le demandeur pouvait se prévaloir de la constitution qui, autorisant la comparaison d'actes publics, prohibe celle d'écritures privés sans souscription. 1 Mais nous ordonnons que dans ce cas, le demandeur ne puisse plus refuser la comparaison avec le titre sur lequel il s'est basé, sous prétexte que celui-ci ne présente pas de souscription de témoins. Et bien qu'il s'agisse d'un écrit privé, il ne pourra empêcher la comparaison d'écriture... 2 Nous décrétons que la comparaison d'écriture est admise, lorsqu'on produit une pièce provenant des archives publiques, telle une quittance délivrée par le bureau du préfet, car une telle pièce jouit de la foi publique. Dans le but d'éviter à tout prix les crimes de falsification, nous ordonnons en outre que les experts prêtent serment... (17)».

Comme nous le voyons, Justinien a maintenu le principe selon lequel la comparaison d'écritures privées suppose la signature de trois témoins qui la reconnaissent personnellement comme authentique.

Mais Justinien prévoit des exceptions. Dans deux hypothèses, un écrit privé peut servir de document de comparaison et cela même si la signature des témoins fait défaut.

Première hypothèse: l'écrit constitue le titre de celui qui le produit. Par exemple un marchand a emprunté de l'argent à un banquier (argentarius). Ce

(17) Iust. nov.49,2 (trad. it.): *Sed illud quoque huic legi adiciendum existimavimus: quoniam enim iam legem scripsimus quae ex instrumentis propria manu scriptis nullam fieri vult comparationem, sed ex solis forensibus, videndum autem rerum experientiam idonea emendatione legis egere, idque ex ipso litigantium experimento reperimus, emendare illam secundum hanc formam volumus. Saepe enim prolato aliquis chirographo atque ex eo vel actione vel allegationum suarum probatione petita, cum eiusdem manus litteras pars adversa proferret atque legitimam probationem fieri vellet ex illis quae ipse adversarius sibi protulisset, is quidem abutebatur lege quae ex forensibus instrumentis fieri comparationes nec vero ex chirographis iubet. 1 Sancimus igitur, si quid eiusmodi eveniat ac velit quis ad ipsas litteras ab adversario prolatas examen institui, ne id tamquam non recte factum insimuletur. Nam cui ipse fidem habet quodque protulit et unde propria iura corroborat, id non potest insimulare neque quominus comparatio litterarum cum illo fiat prohibere, licet forte privata scriptura sit. Neque enim secum ipse pugnabit et quae affirmat ea insimulabit. 2 Quod si etiam ex publicis archivis charta proferatur, veluti apocha mensae gloriosissimorum praefectorum praetorio (scimus enim de hoc quoque quaesitum esse), etiam quod ex publicis monumentis proferatur et publicum habeat testimonium ipsum quoque ad comparationes admittendum esse statuimus...*

dernier a enregistré le prêt dans ses livres de comptes. Ayant remboursé son emprunt, le marchand reçoit une quittance (apocha) de la part du banquier. Produisant ses écritures comptables, le banquier réclame le paiement une seconde fois et engage des poursuites contre le marchand. Celui-ci produit la quittance. Le banquier en conteste l'authenticité. Dans ce cas, le défendeur peut demander la *comparatio litterarum* entre la quittance et les livres de comptes. Le banquier ne peut pas s'y opposer, même si le document n'est pas signé par trois témoins.

Deuxième hypothèse: l'écrit de comparaison est un acte privé conservé aux archives publiques, comme les quittances déposées dans les *mensae* des préfets.

La novelle de Justinien, révisant ces règles, se termine par un avertissement: les experts sont obligés de prêter serment non seulement lorsqu'ils procèdent à une comparaison d'écriture avec un acte public ou semi-public, mais aussi lorsque la comparaison se fait avec un écrit privé dans les deux hypothèses mentionnées (18).

Avant de traiter de la troisième mesure législative de Justinien en matière d'analyse graphologique, mentionnons rapidement la constitution anonyme que nous rapportent les Basiliques et les éditions modernes du Code (19). Il s'agit là probablement d'une constitution de Justinien lui-même. Elle prévoit une peine de 24 *solidi* à l'encontre de l'adversaire qui n'a pas reconnu son écriture alors que son authenticité a été reconnue à la suite d'un procédé de comparaison. Cette sanction freine l'insolence de ceux qui ne reconnaissent pas les chirographes, écrits de leur propre main. Comme nous le montre ce passage des Basiliques, Justinien reste sceptique vis-à-vis de la comparaison de deux écritures et de la fiabilité de cette méthode.

4. – Passons à la troisième mesure législative de Justinien. Elle est consacrée par la novelle 73, datée de juin 538, donc postérieure de quelques mois à la novelle 49 de août 537.

Justinien continue à se méfier du procédé utilisé pour donner foi à un document privé.

Il déclare avoir constaté, dans les derniers temps, de nombreux cas de faux commis devant la justice. Il fait aussi allusion à des faux documents servant à la comparaison mais confectionnés par des faussaires, experts dans la reproduction des graphies. Justinien avoue, plus ou moins ouvertement, qu'un document public ou un document privé souscrit par trois témoins n'empêche pas les falsifications. En outre, la comparaison d'écritures peut aussi être un moyen dont l'adversaire se sert pour tirer le procès en longueur. Mais il semble que l'empereur souligne avant tout l'incertitude intrinsèque de

(18) Iust. nov. 49,2,2.

(19) C.4,21,16

ce moyen de preuve. Deux écritures, même si elles ont été écrites par la même main, peuvent se révéler différentes lors de la comparaison si elles n'ont pas été rédigées à la même époque. Lorsqu'on est jeune et robuste on écrit d'une certaine façon, lorsqu'on est vieux et faible, l'écriture se modifie; le matériel sur lequel on écrit peut s'altérer avec le temps. Il peut aussi arriver que le résultat de la comparaison soit incertain, le juge ne sait décider si le document est authentique ou non et les litiges sont interminables⁽²⁰⁾.

Il existe un exemple arménien particulièrement significatif du caractère aléatoire de la comparaison d'écriture, poursuit Justinien. Un document portant sur un échange est produit, mais son existence est niée par le débiteur. Faute de témoins, il fallait procéder à la *comparatio litterarum*. Suite à cette comparaison, on est arrivé à la conclusion que le document du créancier est faux. C'est alors que des témoins se présentent et reconnaissent leur signature...⁽²¹⁾ d'où une contradiction dramatique entre le résultat de l'analyse graphique et les témoignages! D'une part le contrat est inexistant, de l'autre sa conclusion est prouvée. Nous sommes en présence d'une opposition dramatique entre écrit et oralité, entre document et témoins.

Voici le contenu essentiel de la réforme que Justinien a opérée par sa nouvelle 73,2: si quelqu'un accorde un prêt ou conclut tout autre contrat sans le consigner dans un acte public, ce contrat n'aura pas force de preuve en tant que simple écrit. Il en est cependant autrement lorsque ce contrat a été rédigé en présence de trois témoins qui attestent l'authenticité de leur propre signature ou leur présence lors de la conclusion de l'acte. Par là, on n'exclut pas l'analyse des écritures mais seule, elle est insuffisante. Elle doit être confirmée par les témoignages⁽²²⁾. *Quid*, si un cas semblable au cas arménien se présente? Il résulte de la comparaison d'écriture que l'acte est un faux, tandis que la déposition des témoins débouche sur une conclusion contraire. Selon Justinien, c'est la déclaration sous la foi du serment qui l'emporte, non pas le simple écrit⁽²³⁾.

Pour limiter les risques et en même temps le recours à la *comparatio litterarum*, Justinien incite les particuliers à rédiger leurs documents en présence d'au moins trois témoins instrumentaux ou oculaires.

⁽²⁰⁾ *Iust. nov.73 praef. V. M. AMELOTTI, G. COSTAMAGNA, Alle origini del notariato italiano, cit., p. 42 ss.*

⁽²¹⁾ *Iust. nov.73 praef.3.*

⁽²²⁾ *Iust. nov. 73,2 (trad. it.): Sed etiam si quis vel mutui instrumentum vel alius alicuius negotii faciat neque id publice conficere velit (quod etiam in deposito definimus), ne ilico instrumentum de mutuo scriptum fide dignum videatur, nisi testium quoque idoneorum non minus quam trium praesentia accesserit: ut sive ipsi adsint et litteris suis testimonium perhibeant, sive alii quidam qui testentur ipsis praesentibus instrumentum esse compositum, negotium utriusque fidem accipiat; non quod examinatio litterarum plane respuenda sit, sed quia sola non sufficit, verum accessione testium confirmanda est.*

⁽²³⁾ *Iust. nov.73,3.*

Les actes instrumentés par notaire (procédé appelé *complectio* ⁽²⁴⁾) doivent, selon Justinien, également être rédigés en présence de témoins qui signeront l'acte ⁽²⁵⁾.

Le but de la réforme est manifeste: lorsqu'un créancier fait valoir une prétention en se fondant sur un tel document, soit un document privé avec témoins ou un document notarié où des témoins ont également à intervenir, le débiteur se contentera de ce degré d'authenticité et n'osera pas mettre en doute l'écrit. Sinon, il faut procéder à la *comparatio litterarum* dont le résultat devra coïncider avec les déclarations des témoins. S'il y a désaccord entre les deux, seules ces dernières font foi.

Au septième chapitre, très complexe, Justinien examine l'hypothèse où les témoins ne se présentent pas, pour des raisons diverses (par exemple la mort) où encore l'hypothèse où tant le notaire que les témoins font défaut. Dans de tels cas, on peut recourir à l'analyse des graphies ⁽²⁶⁾.

Mais Justinien se limite à conseiller aux particuliers d'accomplir les solennités décrites. Quid si celles-ci n'ont pas été respectées? Justinien sait naturellement qu'il n'est pas toujours facile d'avoir trois témoins ou un notaire à disposition. A la campagne, non seulement il n'y avait pas de notaire, mais l'analphabétisme amenait les parties à conclure les contrats oralement. De plus les affaires de valeur réduite n'exigeaient pas une telle protection.

D'où une série de règles particulières qui s'expliquent par la conception de Justinien de la nature humaine et de la fonction législative de l'empereur: la nature est variée, indéterminée, imprévisible et en mouvement constant. Dieu a créé la monarchie et le pouvoir impérial pour adapter les lois à la variété de la nature humaine ⁽²⁷⁾.

Nous reviendrons, éventuellement, sur cet aspect technique particulière et le style émotionnel de l'empereur.

Il est encore possible de rédiger de simples documents sans signature de témoins (*nudae litterae* ou simple chirographe). Mais Justinien avertit que si l'authenticité du document est contestée et qu'il n'y pas de témoin oculaire, le demandeur est réduit à déférer le serment au défendeur. La *comparatio litterarum* est interdite dans un tel cas.

⁽²⁴⁾ M. AMELOTTI, G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, cit., p. 34 ss.

⁽²⁵⁾ Iust. nov. 73,5.

⁽²⁶⁾ Iust. nov. 73,7.

⁽²⁷⁾ Iust. nov. 73 praef. 1: (trad. lat.): *Quoniam igitur imperium ideo deus de caelo misit, ut rebus difficilibus sua illud bono impertiret legesque ad naturae varietatem accommodaret, propterea etiam hanc legem scribendam duximus et in commune dandam subiectis quoscumque nobis deus et prius tradidit et paulatim semper adicit.* Const. Tanta, 18; Cordi, 4. G. LANATA, *Legislazione e natura nelle novelle giustiniane*, Napoli 1986, p. 165 ss., *passim*.

Dans un langage émotionnel, l'empereur motive son intervention par son souci de combattre les faux et falsifications et de ne mettre pas l'amitié et la bonne foi à l'épreuve.

Mais qu'arrive-t-il si quelqu'un veut conclure un contrat *sine scriptis*? Il est évident que le problème de la *comparatio litterarum* ne se pose pas. Le contrat ne sera prouvé que par d'éventuels témoins oculaires ou par le serment.

Les nouvelles règles sur la forme des contrats destinées à limiter le recours à la *comparatio litterarum* ne s'appliquent qu'aux contrats conclus en ville et ayant une valeur supérieure à une livre d'or. On veut épargner au justiciable le recours à des solennités dans des affaires de valeur réduite. Ces dernières sont régies par les règles antérieures (28). Il s'en suit que la *comparatio litterarum* est admise même pour les actes sans témoins.

A plus forte raison, la *comparatio litterarum* reste possible à la campagne pour confirmer ou infirmer un simple *chirographum*.

Signalons encore deux règles générales en matière de *comparatio litterarum*. Lorsqu'il existe d'autres moyens de preuve que la comparaison d'écriture, celui qui produit le document et celui qui nie son authenticité jureront qu'ils n'adoptent pas cette attitude pour occulter la vérité (29). Justinien enjoint les juges à préférer les éventuelles notes marginales au texte lui-même, lors de la comparaison d'écriture (30).

Pour finir Justinien rappelle la voie à suivre pour accorder aux actes la foi publique. Il suffit de les déposer aux archives publiques. L'authenticité de cet acte ne saurait alors être niée.

5. – Mais *varia rerum natum!* (31). Quelques années plus tard, Justinien crée des règles spéciales pour les banquiers de la capitale, Constantinople. La raison en est probablement une épidémie qui fait rage et qui augmente considérablement les dangers de mort. Les banquiers demandent l'autorisation de pouvoir exiger de leurs clients de simples *chirographa*. Justinien admet ici la *comparatio litterarum*. Il assimile ces documents aux actes notariés ou soussignés par des témoins. C'est là le contenu de l'édit VII, 2 publié au mois de mars 542 (32).

Mais pour ne pas abuser de la patience de nos auditeurs, nous pensons qu'il vaut mieux ne pas approfondir cette question et terminer ici notre exposé.

(28) *Iust. nov.* 73,7,3.

(29) *Iust. nov.* 73,3.

(30) *Iust. nov.* 73,6.

(31) *Const. Cordi*, 4.

(32) V. A. DIAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina. Negocios bancarios en la legislación de Justiniano*, Murcia 1987, p. 27 ss.; G. LUCHETTI, *Banche, banchieri e contratti bancarii nella legislazione giustiniana*, *BIDR* 94-95 (1991-1992) p. 449 ss., *passim.*; J. M. CARRIÉ, *Les métiers de la banque entre public et privé*, *Atti dell'Accademia romanistica Costantiniana*, XII, Napoli 1988, p. 85 ss.

ABSTRACT

According to Justinian's opinion, the variety of the human nature compels legislator to change laws continually: four different laws from 530 to 542 about *comparatio Zitterarum* (principal texts: C.4,21,20; Iust. nov.49; Iust. nov.73; Iust. ed.VII).

Secondo Giustiniano, la mutevolezza della natura umana costringe il legislatore a cambiare continuamente le leggi: quattro differenti discipline della *comparatio litterarum* tra il 530 e il 542 (testi principali: C.4,21,20; Iust. nov.49; Iust. nov.72; Iust. ed. VII).

NOTIZIARIO

Per l'anno accademico 1998/99 il DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI FERRARA ha promosso numerose iniziative.

Nel corso di Istituzioni di Diritto Romano la prof.ssa C. Lòpez- Rendo Rodriguez, dell'Università di Oviedo, ha tenuto tre lezioni dedicate alle *Obligaciones ex delicto*; il prof. M. Humbert, dell'Université Panthéon-Assas Paris II si è occupato di *Patti e Contratti innominati*, proponendo, inoltre, nel quadro delle attività del DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO, XIV ciclo, due seminari su *Il problema del conubium frapatrizie plebei e L'arbitrato*. Sempre nell'ambito delle attività del DOTTORATO, il prof. A. Manfredini ha tenuto un seminario dal titolo *Collatio litterarum*, mentre la dott.ssa S. Querzoli ha parlato di *Giudizi centumvirali nell'epistolario pliniano: politica, diritto, oratoria*.

La Cattedra di Storia del Diritto Italiano ha promosso una conferenza, tenuta da Carlos Petit, dedicata a *Un Codice senza individui. La Codificazione del 1888 nel Principato del Montenegro*; Vito Piergiovanni, dell'università di Genova, ha parlato sul tema *La giustizia dei mercanti tra medioevo ed età moderna*.

Nel corso di Istituzioni di Diritto Privato il prof. Bernhard Eccher dell'Università di Innsbrück è intervenuto con un seminario dedicato ai *Profili di comparazione di diritto successorio italiano, tedesco e austriaco*.

Nell'insegnamento di Diritto Civile I la prof. Dominique D'Ambra, dell'Università di Strasburgo, ha parlato de *I recenti sviluppi del diritto di famiglia in Francia*.

La Cattedra di Diritto Penale ha promosso alcuni interventi del prof. Francesco Muñoz Conde dell'Università Pablo De Olavide di Siviglia, dedicati alle seguenti tematiche: *I delitti economici; Lineamenti del nuovo Codice Penale spagnolo*. Il prof. Carlos Mahiques dell'università Cattolica di Buenos Aires e la prof.ssa Diana Graciela Goral dell'Università Cattolica di Salta (sede di Buenos Aires) hanno tenuto un seminario dal titolo: *La giustizia penale in Argentina: aspetti sostanziali e processuali*.

La Cattedra di Procedura Penale ha promosso una serie di incontri dedicati alla riforma del "Giudice Unico di primo grado". In quest'ambito sono stati affrontati i seguenti problemi: *Aspetti ordinamentali della riforma sul giudice unico* (prof. R. Orlandi, prof. P. Nappi); *Nuove regole sulla capacità e composizione del giudice* (dott. A. Camon, dott. S. Fratucello); *Il procedimento davanti al giudice monocratico* (dott. A. Toschi); *La "inosservanza"*

come nuova specie di vizio processuale (prof. R. Orlandi); *Il giudice di pace in sede penale. Competenze e procedura in prospettiva de iure condendo* (dott. D. Negri).

Nell'ambito dei corsi di Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto il prof. Riccardo Guastini dell'Università di Genova ha tenuto una lezione dal titolo *Interpretazione del diritto e approccio analitico*. Il prof. Robert S. Summers, della Cornell Law School, è intervenuto sul seguente tema: *Form and the Fundamentals of Law*.

Nel quadro degli scambi Erasmus-Socrates, il prof. F. Strijbosch dell'Università di Nimega ha tenuto un ciclo di lezioni su *General Concepts as to Legal Pluralism; Admittance of Legal Pluralism in the Netherlands; Cultural Delicts*.

In questo medesimo ambito il prof. P. Leyland, dell'Università di North London, ha affrontato i seguenti temi: *How English Common Law works; Human Rights Act and its implication for the UK; Constitutional reforms in the UK*.

IL CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE FRA ITALIA E GERMANIA ha organizzato il XIII ciclo del *Corso di perfezionamento nel diritto tedesco e nella disciplina degli scambi commerciali fra Italia e Germania* nell'ambito del quale sono stati affrontati i seguenti temi: *Il rapporto di agenzia nelle relazioni commerciali italo-tedesche* (prof. Dr. Peter Kindler, Università di Bochum); *La riforma del diritto commerciale in Germania* (prof. Dr. Karsten Schmidt, Università di Bonn); *La nuova legge tedesca sull'arbitrato* (prof. Dr. h.c. Erik Jayme, Università di Heidelberg); *Unificazione giuridica: modelli nazionali del XIX secolo e obiettivi europei del presente* (prof. Dr. Reiner Schulze, Università di Munster); *Le clausole generali standardizzate nel contratto d'appalto (VOB/B)* (Aw. Wolfgang Vogl, Munchen); *I più recenti sviluppi del diritto bancario tedesco e i problemi giuridici dell'Euro* (prof. Dr. Norbert Horn, Università di Köln); *Il diritto internazionale privato tedesco: i rapporti obbligatori extracontrattuali e i più recenti sviluppi europei* (prof. Dr. Hans Jurgен Sonnenberger, Università di Munchen); *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco* (prof. Dr. Hans Stoll, Università di Freiburg).

Nel quadro delle attività del XIII Corso, il Dr. Hans Boss, Presidente di sezione presso il Tribunale di Berlino, ha affrontato le seguenti tematiche: *L'ordinamento giudiziario in Germania; Il sistema delle impugnazioni nel processo penale in Germania*.

Va segnalato anche il consueto *Corso di lingua e terminologia giuridica tedesca*.

Il medesimo CENTRO ha inoltre promosso una tavola rotonda sul tema *Le recenti riforme del diritto commerciale in Germania*, nell'ambito della quale il

prof. Dr. Karsten Schimdt dell'università di Bonn ha tenuto una relazione generale introduttiva dal titolo "*Das deutsche Handelsgesetzbuch: vom Verfall zur Re-Kodifikation- Gedanken zur Reform des HGB*" (*Il codice commerciale tedesco: dal declino alla ri-codificazione- Riflessioni sulla riforma del codice commerciale*). Vi è stata la partecipazione di numerosi docenti di Università tedesche ed italiane: prof. Dr. Herbert Kronke (Università di Heidelberg, Segretario generale dell'Unidroit); prof. Dr. Peter Kindler (Università di Bochum); prof. Giorgio Cian (Università di Padova); prof.ssa Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara); prof. Carlo Angelici (Università di Roma "La Sapienza"); prof. Candido Fois (Università di Padova); prof. Giovanni Gabrielli (Università di Trieste); prof. Paolo Spada (Università di Roma "La Sapienza"); prof. Luigi Carlo Ubertazzi (Università di Pavia); prof. Roberto Weigmann (Università di Torino).

Nel quadro delle attività del Dipartimento si è tenuta una giornata di studio sul tema: *Sul diritto sociale comunitario: tra giudice e legislatore*. Nell'ambito di tale incontro, presieduto da G. Federico Mancini, dopo il saluto del prof. Luigi Costato, preside della facoltà di Giurisprudenza, vi sono stati gli interventi di Massimo Rocella dell'università di Torino, Roberto Bin dell'università di Ferrara, Fernando Valdès Dal Rè dell'università Complutense di Madrid, Catherine Barnard del Trinity College, Università di Cambridge, Vittorio di Bucci, Referendario alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

L'Aula Magna del Dipartimento ha ospitato un incontro di studio sul tema: *Il diritto del lavoro nel fuoco della globalizzazione. Il dialogo tra fonti internazionali per il dialogo fra i popoli*. Il convegno, presieduto dal Prof. Giovanni Battaglini dell'università di Ferrara, ha visto la partecipazione di vari studiosi del diritto del lavoro e del diritto internazionale e comunitario: prof.ssa Piera Fabris dell'università di Ferrara; prof. Franco Carinci dell'università di Bologna; prof.ssa Roberta Clerici dell'università di Milano; prof.ssa Laura Forlati dell'università di Venezia.

Nell'ottobre 1999 si è svolto un Convegno, di respiro internazionale, dedicato al seguente tema: *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione (International Human Rights, Extradition and Expulsion)*. Esso è stato suddiviso in tre distinte parti, la prima delle quali, dedicata a *Estradizione e crimini internazionali di individui (Extradition and international crimes of individuals)* ha visto la partecipazione di Gaetano Arangio-Ruiz (Università di Roma), Ian Brownlie (Università di Oxford), Luigi Condorelli (Università di Ginevra), Natalino Ronzitti (Università LUISS), Mario Pisani (Università di Milano). La seconda sessione dei lavori ha preso in considerazione *La tutela dei diritti dell'uomo quale limite all'extradizione (International human rights as limits to extradition)*, con la presenza di Luigi Ferrari Bravo (Corte

europea dei diritti dell'uomo), Fausto Pocar (Università di Milano), Vincenzo Starace (Università di Bari), Giorgio Gaja (Università di Firenze). L'ultima parte è stata dedicata a *La tutela dei diritti dell'uomo nella procedura di espulsione (International human rights as limits to expulsion)*, con gli interventi di Benedetto Conforti (Corte europea dei diritti dell'uomo), Walter Kalin (Università di Berna), Giorgio Malinverni (Università di Ginevra), Bruno Nascimbene (Università di Milano), Enrico Marzaduri (Università di Pisa).

Va segnalata, inoltre, la formazione, ad opera di alcuni studenti della facoltà di Giurisprudenza, di un gruppo di *Studi per la pace*. Tale Comitato ha organizzato un ciclo di incontri volti all'analisi ed alla comprensione delle gravi vicende verificatesi sullo scenario internazionale, in particolar modo in relazione alla guerra nel Kosovo.

Nell'ambito di questa iniziativa, cui hanno preso parte anche alcuni docenti dell'Ateneo e che è stata sostenuta dalla sezione ferrarese di Amnesty International, si sono svolti vari incontri, presso i locali della Biblioteca Ariosteia: *ONU e NATO negli interventi amati: i profili internazionali ed i profili interni; Diritti umani e ordine internazionale; Crimini di guerra e giurisdizione internazionale*.

(Silvia Schiavo)

INDICE

FAUSTO GIUNTA: <i>Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche</i>	pag. 1
FAUSTO GIUNTA: <i>Il decreto legislativo 29 dicembre 1999, n. 507: un importante passo avanti sulla via della deflazione del sistema penale e dell'incremento di efficacia della sanzione amministrativa</i>	pag. 35
WANDA FORMIGONI: <i>Codex Theodosianus, lib. VI, titulus XXIX, De Curiosis: "Constantius curiosorum insolentiae, ambitioni, avaritiae modum ponit: officiumque eorum circa cursum publicum et curas agendas instruit"</i>	pag. 45
ALESSANDRO BERNARDI - SAMUEL PAGANINI: <i>La repression du faux monnayage en Italie</i>	pag. 63
BALDASSARE PASTORE: <i>Diritti umani e "legge dei popoli"</i>	pag. 77
PAOLO FERRETTI: <i>Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di qui in utero sunt</i>	pag. 97
DARIO MICHELETTI: <i>Delitti commessi all'estero e validità extra-territoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative</i>	pag. 129
DARIO MICHELETTI: <i>La regola cautelare nella bancarotta semplice patrimoniale</i>	pag. 157
GIOVANNI TUZET: <i>Note su diritto e letteratura: naufragi e dérèglement</i>	pag. 197
SILVIA SCHIAVO: <i>Costantino ed il civiliter agere in materia di falso documentale</i>	pag. 227
LIVIA NALLI: <i>La figura del procuratore nello statuto della corte penale internazionale</i>	pag. 243
KOLJA CANESTRINI: <i>I diritti dell'uomo nelle relazioni internazionali tra gli stati. Analisi comparata della posizione di Jürgen Habermas</i>	pag. 259
KOLJA CANESTRINI: <i>L'accordo di Rambouillet</i>	pag. 267
ARRIGO D. MANFREDINI: <i>Justinien et l'analyse graphologique: varia rerum natura</i>	pag. 279
Notiziario	pag. 289