

ANNI XLVI - 1977/78

NUOVA SERIE A - N. 30

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



ARGALIA EDITORE URBINO

STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

Anno XLVI

1977 - 1978

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

Direttore responsabile : prof. CARLO BO

Redattore : prof. GIOVANNI GUALANDI

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950, n. 24

Stampato per i tipi delle Arti Grafiche Editoriali AGE/Urbino

SERGIO ANTONELLI

**PROFILI GIURIDICI
DELLA CRISI DELLO STATO MODERNO (*)**

* Testo della lezione introduttiva ad un seminario di studio tenuto per gli studenti del corso di «Diritto pubblico» della Facoltà di Magistero della Università di Palermo nell'anno accademico 1976-77.

Le note bibliografiche hanno mero carattere orientativo né pretendono di essere esaustive del tema amplissimo, contenute, come sono, nei limiti delle letture che hanno maggiormente attratto l'attenzione e stimolato la riflessione dell'autore.

SOMMARIO: 1. Lo Stato quale concetto storicamente legato ad una data epoca concreta. — 2. La crisi dei concetti di stato e sovranità in relazione alla decadenza storico-politica dell'Europa. — 3. Il rinascere della possibilità di guerra civile all'interno dei Paesi del Continente europeo. — 4. Il cosiddetto «pluralismo» politico e lo svuotamento dell'azione politica dello Stato. — 5. Mutamento dei rapporti tra Stato e società. — 6. Trasformazioni nelle forze armate e nel pubblico impiego, già considerati come strutture portanti dello Stato moderno. — 7. Considerazioni conclusive.

1. Un discorso sulla crisi dello Stato moderno — pur presentando oggi, come è ben noto, molteplici, complessi aspetti — può e deve essere condotto nell'ordine specifico dei concetti giuridici.

Al riguardo occorrono, peraltro, alcune precisazioni. È diffuso tra i cultori del diritto pubblico l'uso del termine «Stato» quale termine sinonimo, se non proprio di piena equivalenza, di ordinamento giuridico della comunità politica ovvero di ordinamento a fini politici ⁽¹⁾. In questa ottica, in una linea di illimitata continuità, dai tempi più remoti fino ad una età futura imprevedibile, dovrebbe esistere lo Stato, sia pure in forme sempre più rinnovantesi, dalla πόλις greca, alla civitas romana, all'Impero, ai Regni romano-barbarici, via via fino agli ordinamenti politici attuali e futuri. Non si dovrebbe, pertanto, parlare di crisi quanto più propriamente di trasformazione e di assunzione di forme

⁽¹⁾ Per una concezione estensiva del concetto di Stato, v. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano 1957, p. 18 ss. Appare estensiva anche la definizione di Stato come ordinamento politico di H. KELSEN, *La dottrina pura dello stato*, trad. it., Torino 1966, p. 57 ss., 318 ss.; *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., Milano 1963, p. 185 ss. Nei limiti della presente trattazione peraltro il problema della storicità del concetto di Stato appare ininfluenza e può essere tralasciato. Per una esposizione istituzionale di carattere dogmatico v., tra gli altri, in particolare, P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano 1975, p. 35 ss.

nuove sotto il concetto comune e paradigmatico di Stato, il quale dimostrerebbe una notevole, per non dire assoluta, vitalità per la capacità di rinnovarsi indefinitamente nel tempo, adeguandosi alle mutevoli esigenze storiche ⁽²⁾.

Se invece per Stato si vuole intendere un tipo di ordinamento storicamente definito e delimitato nel tempo e nello spazio, allora appare più coerente una impostazione che miri a distinguere ed a riconoscere uno dei tanti tipi storicamente possibili di ordinamento politico, quali risultano da uno studio comparato. Lo Stato moderno si aggiunge, in tale visuale, con una propria particolare e distinta fisionomia, a forme di ordinamenti anteriori nel tempo e ben si può ammettere che un giorno abbia a venir meno, lasciando posto ad altre forme di ordine politico ⁽³⁾.

Per molte ragioni va condiviso l'insegnamento secondo il quale lo Stato moderno è la forma di ordinamento politico tipica

⁽²⁾ Propende per l'uso del termine «Stato», come equivalente di ordinamento giuridico generale o politico, o sistema politico, capace, cioè, di comprendere tutte le forme di regime attuate nella storia umana il SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, p. 45 s., V., anche, dello stesso SANTI ROMANO il noto discorso *Lo Stato moderno e la sua crisi*, tenuto a Pisa per l'inaugurazione dell'anno accademico 1909-1910, nel quale si sostiene l'idoneità dello Stato moderno a mantenersi ancora a lungo, come ordinamento per l'armonizzazione ed il temperamento di sfere di interessi anche minori. Il discorso, più volte pubblicato si legge, da ultimo, nel volume *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969, p. 5 ss. Per una riflessione originale delle dottrine del Santi Romano, v. V. CRISAFULLI, *Profilo di Santi Romano*, in *Nuova Antologia*, 1976, p. 343 ss.

⁽³⁾ Vede nello Stato solo uno dei tipi di ordine politico storicamente attuati, con linee proprie ed inconfondibili, C. SCHMITT, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), ora in *Verfassungslehre*, Berlin 1958, p. 375 ss. Cfr. anche C.J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia*, trad. it., Venezia 1963, p. 19 ss.; A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino 1967, p. 45 ss., 56 ss.

L'esigenza di una differenziazione storica dei concetti in relazione alla configurazione oggettivamente assunta dagli ordinamenti politici, è avvertita anche da G. CHIARELLI, s. v. *La sovranità*, in *Noviss. Dig. Ital.*, XVII, Torino 1970, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Milano 1977, p. 191 ss.; V. GUELI, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma 1959, p. 3 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, p. 20 ss.;

Per i profili storici, v. ora anche l'opera di J.H. SHEENNAN, *Le origini dello stato moderno in Europa, (1450-1725)*, trad. it., Bologna 1976, *passim*.

del Continente europeo, nel periodo che inizia con il Trattato di Westfalia (1648) e, pertanto, una forma storicamente legata a determinate condizioni, per un tempo definito. Sotto questo aspetto è giustificato porsi il quesito se, nella crisi generale dell'ora contemporanea, anche il tipo di ordinamento statale legato a determinate situazioni, si trovi esso pure in un momento di crisi. Le due guerre mondiali segnano una grave decadenza dell'Europa che viene a perdere l'anteriore posizione di primato e che, nei singoli Paesi di cui è composta, si dimostra incapace di risolvere i propri problemi politici ⁽⁴⁾.

Contestualmente si manifesta tutta una serie di difficoltà e di contestazioni alla vecchia dottrina dello Stato ed agli insegnamenti di diritto pubblico che, nei decenni precedenti, sembravano aver raggiunto, nelle scuole europee, un livello di perfezione.

Riccheggiando i vecchi insegnamenti, il Maestro della nostra scienza del diritto pubblico Santi Romano, in un noto discorso inaugurale del lontano anno accademico 1909-1910 ⁽⁵⁾, senza mai venir meno al rigore del ragionamento, aveva usato espressioni che, lette oggi, possono apparire quasi apologetiche se non celebrative. L'illustre autore definiva lo Stato come «principio fondamentale del diritto pubblico», «l'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona», «una persona immateriale, ma pur reale». Ed aggiungeva: «Stupenda creazione del diritto, che ad una facile critica è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente».

Sarebbe di grande interesse l'esame delle fasi successive nel-

⁽⁴⁾ Sull'argomento, per tutti, v. H. HOLBORN, *Storia dell'Europa contemporanea*, trad. it., Bologna 1970, *passim*.

⁽⁵⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 8.

⁽⁶⁾ Secondo l'insegnamento di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano

l'evoluzione del pensiero giuridico intorno allo stesso concetto che hanno condotto dalla favorevole valutazione di ieri alle revisioni critiche di oggi ⁽⁶⁾. Bisognerebbe tener conto anche degli sviluppi della scienza politica in direzione empirica, realistica, «rigorosamente avalutativa», per cui si perviene a negare qualsiasi rispondenza alla realtà storico-politica del concetto di Stato: nell'ordine di tali idee la realtà politica (o la materia prima della politica) viene riscontrata nei fenomeni dei rapporti di forza, del potere effettivo, dell'azione in vista di fini storici concreti, delle decisioni, dei comportamenti, delle motivazioni ⁽⁷⁾. Per una compiuta trattazione sarebbero da verificare, inoltre, i processi storici e politici connessi a quella valutazione di pensiero.

Nei limiti di una esposizione meramente introduttiva è quasi inevitabile accontentarsi di una trattazione elementare e, per altri aspetti, anche frammentaria. Elementare, in quanto occorre fare riferimento a considerazioni che, per ogni aspetto, riescono se non provate — trattandosi di eventi ancora *in fieri* e non giunti a compimento — almeno attendibili con un certo grado di ragionevolezza. Ciò è molto importante in una esposizione di carattere giuridico, in quanto la relativa metodologia appare idonea più a descrivere norme ed istituti già stabiliti piuttosto che non a penetrare il corso degli eventi futuri. Frammentaria, per-

1970, I., p. 45 ss., la crisi delle dottrine classiche del diritto pubblico dipende anche dalla incapacità di esse a percepire e definire la nuova realtà data dalla crisi dello «Stato censitario» liberale, seguita dall'avvento dello «Stato pluriclasse».

⁽⁷⁾ In proposito, v. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina dello Stato*, Torino 1967, p. 19 ss., *passim*. Nel descrivere la dissoluzione del concetto di Stato, nella moderna scienza politica, l'autore si richiama agli insegnamenti delle scuole nord-americane avviati dalla analisi del Bentley nel 1908. Il Passerin d'Entrèves nota che, per tali insegnamenti di oltre oceano, la realtà politica può essere colta solo nel suo divenire dinamico (*process*) «costituito da un gioco incessante di azioni organizzate in vista di un fine» (*ibidem* p. 97). La «nozione di Stato», nel contesto delle stesse concezioni in esame, viene anche ad essere indicata come uno «fra i maggiori passatempi intellettuali del passato», nozione utilizzata «in particolari circostanze di tempo e di luogo a dar espressione coerente e speciosa (*pretentious*) alla attività di un gruppo particolare» (*ibidem* p. 95). In termini un po' meno drastici lo Stato è anche visto come la «concettualizzazione di un particolare gruppo territoriale dotato di «supremazia», cioè di una forza superiore a tutte le altre» (*ibidem* p. 98).

ché lo Stato moderno, considerato nella sua struttura risulta un organismo estremamente articolato e complesso, come già si evince da un pur semplice riferimento sommario alla divisione dei poteri, alle elaborate ripartizioni di diritto costituzionale e di diritto amministrativo, anche a voler sottacere le innovazioni dovute al crescere degli interventi pubblici nell'ambito dei rapporti economici e sociali ⁽⁸⁾.

2. Il corso degli eventi storici conferma che, con il decadere politico dell'Europa, sono divenuti incerti e contestabili concetti propri della scienza del diritto, «che erano stati elaborati dalle nazioni europee attraverso faticosi processi di pensiero», quali Stato e sovranità ⁽⁹⁾.

Una contraddizione, radicale e ben evidente, alla teoria divenuta classica si riscontra nella vicenda ultima della Repubblica Federale tedesca. Nel 1960 acutamente in Forsthoff faceva osservare che «in essa non si rinviene alcuno degli elementi caratteristici dello Stato: territorio, popolo e potere sovrano. Mancano i confini riconosciuti e fissati in modo valido, e quindi non solo il territorio statale, ma anche il popolo. Come può essere riconosciuta la sovranità, dunque, il potere più alto e duraturo ad una comunità che non solo è occupata militarmente da potenze straniere (sia pure amiche), ma anche politicamente deve fare affida-

⁽⁸⁾ Sulla complessità dello Stato, v. ancora gli ampi svolgimenti in V. GUELI, *Elementi di una dottrina*, cit., p. 43 ss. e *passim*.

⁽⁹⁾ C. SCHMITT, *Le categorie del «politico»*, *Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna 1972, (Premessa all'edizione italiana) p. 21.

Va, altresì, ricordato l'insegnamento di F. LOPEZ de OÑATE, *La certezza del diritto*, opera più volte ristampata, da ultimo a cura di G. ASTUTI, nella collana «Civiltà del diritto» n. 19, Milano 1968, p. 37; che, in termini più generali, ravvisa nella attuale «crisi del diritto» una espressione fondamentale della «crisi della nostra epoca». Secondo l'autore, «Gli elementi della crisi si manifestano con la chiarezza maggiore nel campo del diritto», «La crisi generale dunque ha il suo preciso riflesso nel mondo del diritto, che è anch'esso in crisi, e la crisi dell'esperienza giuridica vale ad illuminare proprio l'essenza della crisi se non nelle scaturigini della sua origine profonda, almeno nella determinazione oggettiva che essa ha assunto nel mondo sociale».

mento sulla effettività e sulla durata di questa occupazione?»⁽¹⁰⁾.

Quanto all'Italia, va ricordato che il regime politico e, quindi, secondo la terminologia usuale della dottrina giuspubblicistica, la forma di Stato e la stessa costituzione furono determinate, alla fine del secondo conflitto mondiale, in forza del Trattato di pace del 1946 (artt. 15 e 17)⁽¹¹⁾. Va sottolineato, al riguardo, che era prevista l'esecutività del Trattato stesso indipendentemente da qualsiasi ratifica dell'Italia e che le sue clausole erano state dettate o meglio imposte dalle Potenze alleate vincitrici, senza discussione alcuna con i rappresentanti italiani. Ad una considerazione critica emerge chiaramente una profonda ed insanabile contraddizione con il principio della sovranità, intesa come indipendenza ed originarietà dell'ordinamento giuridico statale⁽¹²⁾.

La genesi della Costituzione italiana del 1948 va riguardata in connessione con le vicende costituzionali di altri Paesi del secondo dopoguerra.

Al proposito si può anche prospettare una sorta di riapparizione, sotto forme nuove, della figura dell'egemonia, per cui «perfino l'assimilazione del contenuto della costituzione statale

⁽¹⁰⁾ Le parole sono attinte dallo scritto del E. FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca*, in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, p. 267.

⁽¹¹⁾ È interessante riferire in proposito il pensiero di C. J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale*, cit., p. 216 s., sulla cosiddetta «rivoluzione negativa» italiana. L'Autore pur riconoscendo lo sforzo del popolo italiano di darsi «un'intelaiatura costituzionale», mercé un attivo anche se non numeroso «gruppo costituente», rileva «...è ugualmente vero che il popolo italiano ricevette queste possibilità solo dalle mani degli eserciti vincitori, degli Stati Uniti e della Gran Bretagna. I democratici anglosassoni si considerarono liberatori degli italiani e furono desiderosi di vedere gli italiani assumersi il compito di darsi una costituzione...». «Fu la vittoria degli stranieri su un sistema inconstituzionale che sgombrò la strada per la restaurazione del costituzionalismo. È una rivoluzione tiepida, nel migliore dei casi».

⁽¹²⁾ Per una visione realistica, v. C. A. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Bari 1954, p. 102 ss. La risposta al problema prospettato nel testo risulta diversa se la sovranità viene intesa come null'altro che una astrazione scientifica, inidonea a descrivere la realtà dello Stato e del diritto positivo; realtà «tutt'altro che onnipotente, tutt'altro che originaria». V. G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova 1964, p. 102.

alla costituzione dello Stato egemonico può essere assunta come un dovere da parte di uno Stato del seguito e gli può essere imposta» ⁽¹³⁾. Al riguardo va precisato che, secondo un autorevole insegnamento, l'imposizione di un'egemonia sarebbe compatibile anche con la conservazione della sovranità — diremmo interna — dello Stato del séguito, in quanto questo appare come titolare della decisione di ultima istanza per i propri sudditi ⁽¹⁴⁾. Una siffatta impostazione appare, peraltro, ammissibile soltanto ove rimangano contenute entro limiti sopportabili la distinzione e contrapposizione in qualche misura inevitabili rispetto all'indipendenza ed alla potestà sovrana ⁽¹⁵⁾.

Una manifestazione delle difficoltà accennate si può scorgere anche in certe esperienze storiche recenti, in cui la qualità di Stato, con le attribuzioni correlative, sembra indicata esclusivamente dalla partecipazione stabile ad una comunità di più Stati: non solo, ad esempio, dall'appartenenza all'ONU a pieno titolo, ma anche dalla partecipazione alla c.d. Comunità occidentale, ai Paesi socialisti, al Terzo mondo e così via ⁽¹⁶⁾. Si tratta di conce-

⁽¹³⁾ H. TRIEPEL, *Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart 1938, qui citato nell'edizione italiana dal titolo *L'egemonia*, Firenze 1949, p. 138.

⁽¹⁴⁾ H. TRIEPEL, *op. cit.*, p. 216 ss.

⁽¹⁵⁾ Indipendenza verso l'esterno della sfera statale e preminenza all'interno appaiono strettamente collegate. Così in una importante trattazione di carattere internazionalistico, di anni addietro, è dato di leggere: «il fenomeno dello Stato ricorre solo quando un ente si afferma, in un certo ambito sociale, come capace di dominare tutte le altre forze comprese nella società» Cfr. R. QUADRI, *Lo Stato nel diritto internazionale* in *Nuovo Digesto Ital.*, s.v. *Stato (Diritto internazionale)*, Torino 1940, II, p. I, p. 809 ss., ora in *Problemi di teoria generale del diritto*, Napoli 1959, p. 93.

⁽¹⁶⁾ Per un accenno v. E. FORSTHOFF, *La Repubblica federale*, cit., loc. cit. e *passim*. Va, peraltro, tenuto presente anche l'insegnamento di H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 256 s., secondo cui «L'egualianza con gli altri Stati non è una proprietà di cui uno Stato sia dotato quando entra nella comunità internazionale. Gli Stati sono eguali perché ed in quanto li considera tali il diritto internazionale. Se gli Stati sono giuridicamente eguali o meno, lo si può accertare soltanto mediante un'analisi del diritto internazionale positivo, e non lo si può dedurre dalla natura o dalla sovranità dello Stato. Soltanto mediante un'analisi del diritto internazionale positivo — e non supponendo che entrando nella Famiglia delle nazioni lo Stato richieda il rispetto della sua dignità, indipendenza e supremazia — si può rispondere alla domanda se si debba dimostrare considerazione per la dignità dello Stato, se si

zioni che sembrano poter influire anche sulla teoria generale dello Stato e sul diritto pubblico interno e che presentano aspetti problematici ancora indefiniti e fluttuanti. Da un lato, infatti, l'appartenenza ad una qualche comunità di Stati può anche essere intesa quale segno dell'attribuzione ad un determinato ordinamento della qualità di Stato; dall'altro, i crescenti vincoli esterni possono anche denotare limitazioni nonché negazioni della sovranità ⁽¹⁷⁾.

Con le osservazioni che precedono non si vuol in alcun modo negare che la qualità di Stato mantenga importanza fondamentale nei rapporti internazionali, ma solo segnalare quanto incerta e problematica sia l'applicazione alla realtà odierna delle definizioni classiche intese ad esprimere concetti con precisione, semplicità e chiarezza.

3. Alla delineata decadenza dello Stato come sovrano nei rapporti internazionali corrisponde un'altrettale decadenza dello Stato anche nel suo interno. Il che è un indice particolarmente significativo della crisi dello Stato moderno, ove si pensi che questo ebbe, alla sua nascita, come scopo istituzionale e prioritario, quello di eliminare la guerra civile all'interno del suo territorio e della sua popolazione ⁽¹⁸⁾. Al riguardo, l'Italia del secondo

debba rispettarne l'indipendenza, mantenerne la supremazia territoriale e personale e così via».

⁽¹⁷⁾ I problemi accennati *infra* nel testo non vanno confusi con le questioni concernenti l'attribuzione della qualità di Stato ad organismi territoriali di dimensioni ridotte ed anche esigue, e perciò privi di potere militare. A proposito di tale problema cfr. C. ZELEZNIK, *The concept of «power» in political science*, in *Il Politico* 1960, p. 875 s., ed in traduzione ital. (con il titolo: *Il concetto di «potere» nella scienza politica, ibidem*), p. 880 s. Questo Autore osserva che a fare il potere sono le idee e le azioni degli uomini, non la quantità e la qualità delle armi disponibili, di per sé considerate.

⁽¹⁸⁾ È il tema su cui insiste particolarmente C. SCHMITT, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), cit., *passim*.

Il rilievo sulla possibilità di un ritorno alla diffusione della guerra civile è fondamentale perché lo Stato moderno è sorto nel II secolo dopo la fine delle guerre di religione negando la possibilità di guerra civile all'interno ossia negando quelli che erano stati i contrasti di religione. Si può, altresì, osservare che lo Stato

dopo-guerra offre un interessante campo di osservazione perché nella sua vita politica si è manifestata la possibilità di una guerra civile.

«L'Italia, dopo la guerra, — ha scritto un attento studioso inglese delle nostre istituzioni — divenne l'arena principale di un conflitto internazionale. Le risorte forze politiche locali riflettevano e partecipavano alla lotta tra le due massime potenze del dopoguerra» ⁽¹⁹⁾.

Non si è trattato né si tratta di una mera eventualità o di un fatto politico estraneo al diritto. Si legge, infatti, nei commenti dei più accreditati giuristi, come fine precipuo della Costituzione repubblicana sia di garantire la coesistenza pacifica tra partiti, gruppi sociali ed economici, anche diversi ed opposti ⁽²⁰⁾. Taluni di essi è giunto, perfino, a dire che l'ordinamento italiano oggi sarebbe da interpretare come informato allo scopo di consentire le garanzie e le procedure più idonee per la realizzazione di tale coesistenza anche a costo di diminuire l'efficienza e la potenza dello Stato ⁽²¹⁾. Si può anche accennare, di volo, ai tentativi di ripensare il diritto pubblico interno secondo concetti

non può sussistere se nel suo interno esistono dei gruppi sociali o politici che possono pretendere dagli aderenti una fedeltà più intensa di quella che è pretesa dallo Stato stesso.

⁽¹⁹⁾ V. G. FRIED, *Il prefetto in Italia*, trad. it., Milano 1967, p. 204 s.

⁽²⁰⁾ L'esigenza di superare i conflitti radicali tra i cittadini e di garantire la pacifica coesistenza dei diversi gruppi, è stata intesa quale «idea-base» della vigente Costituzione italiana e, quindi, quale valido criterio per interpretare le singole disposizioni costituzionali, V. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, p. 14, 52 s., 178, 236 ss. V. anche S. ANTONELLI, *Le immunità del Presidente della Repubblica italiana*, Milano 1971, p. 289.

Il problema è presente anche agli autori che definiscono la Repubblica italiana come «ordinamento non omogeneo», v. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli 198, Introduzione e p. 133 ss.; cfr. anche S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, p. 67 ss.; M. S. GIANNINI, *Prefazione a G. BURDEAU, Il regime parlamentare*, Milano 1955 e, già, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.* 1949-1950 I. p. 7 ss.; C. LAVACNA, *Diritto costituzionale*, I, Milano 1957, p. 381.

⁽²¹⁾ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 143 ss., 163, 173.

e criteri desunti dal diritto internazionale, quale più idoneo ad esprimere i rapporti tra più centri di forza e di potere diversi e separati ⁽²²⁾. Sono interpretazioni che, condotte all'estremo, eccedono il testo costituzionale e riescono forzate se viste secondo i criteri ermeneutici più consueti.

Anche se concepito su presupposti diversi, va, altresì, ricordato il pensiero del Duverger, secondo cui il diritto pubblico è considerato come strumento di intermediazione, di compromesso e di pacificazione e ciò perché il giurista è incline, anche nelle contese più aspre, a ricercare vie di composizione e di superamento ⁽²³⁾.

Di fatto si è assistito ad una radicale negazione della vecchia dottrina dello Stato, secondo cui esso è la sola istituzione titolare di potere politico entro una comunità territoriale ⁽²⁴⁾.

Vi è una espressione del Burdeau che ben si attaglia alle condizioni attuali dell'Italia. Lo Stato come tale, si legge nel suo vivace saggio sulla «Democrazia», appare come privato di qualsiasi capacità di decisione e di azione politica, mentre entro il gruppo sociale ordinato nello Stato stesso aumentano i centri di azione politica indipendente ed anche contraria ad esso, come i partiti, i sindacati ed altri gruppi ⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ Vedi in proposito l'accenno critico di G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit. p. 173 s., il quale prende lo spunto dal saggio di U. SCHEUNER, *Ueber die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssystems. Zugleich eine Kritik der Lehre von echten Parlamentarismus*, in *Arch. des öff. Rechts*, N.F., XII, 1972, p. 222 s., 349 ss.

⁽²³⁾ M. DUVERGER, *Introduction à la politique*, Paris 1964, p. 281 ss.

⁽²⁴⁾ Va tenuto presente che, in connessione con la decadenza dello Stato, «la moderna scienza politica tende a sganciare lo studio del fenomeno politico dalla concentrazione esclusiva sul problema dello Stato». Ed a rivolgersi «in generale a rapporti di forze esistenti in un determinato contesto sociale». Cfr. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La Dottrina dello Stato*, cit., p. 91 ss, *passim* e 197 ss. V. anche C. LAVAGNA, s.v. *Autorità — Diritto pubblico* —, in *Enc. dir.* IV, Milano 1959, p. 477 ss.

⁽²⁵⁾ Sono richiamate nel testo le pagine dedicate alla democrazia «pluralista» da G. BURDEAU, *La democrazia*, trad. ital., Milano 1964, p. 88 ss., 96 ss., il quale tiene conto, in particolare delle esperienze relative alla IV Repubblica francese.

Occorre dire che il fenomeno non è affatto nuovo. Proprio i regimi totalitari, indicati, di solito, come baluardi della «Statolatria», in realtà avevano giuridicamente attuato uno spoglio delle prerogative essenziali dello Stato. Sotto il profilo giuridico i fautori del regime nazionalsocialista in Germania asserivano che, nell'unità politica del popolo tedesco, il potere era esercitato dal partito o movimento unico (Bewegung) e non dallo Stato conservato come apparato esecutivo servente ed ausiliario ⁽²⁶⁾. Diversamente, in Italia, durante il periodo fascista, era diffusa l'esaltazione dello Stato. Ma il diritto pubblico aveva assunto, in quegli anni una configurazione dualistica, perché al di fuori ed, anche, in competizione con l'organizzazione statuale, il partito unico veniva configurato come soggetto titolare di decisione politica ⁽²⁷⁾. E vi erano molti altri segni incompatibili con la concezione classica dello Stato, pur se visto in senso autoritario, quali certe tendenze ad equiparare al Re, Capo dello Stato, il Capo del Governo, Duce del Fascismo; la formazione di una forza armata, la Milizia volontaria per la sicurezza nazionale (M.V.S.N.) distinta dall'Esercito regio, informata all'ideologia del partito fascista e posta agli ordini dello stesso Duce, ecc. ⁽²⁸⁾.

In genere il carattere totalitario di tali regimi politici derivava dal partito vittorioso e dalla sua pretesa di riformare la società a propria immagine e somiglianza, e non dal vecchio spiri-

⁽²⁶⁾ In particolare v. C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in *Principi politici del nazionalsocialismo*. Scritti scelti e tradotti da D. CANTIMORI, Firenze 1935, p. 175 ss.

⁽²⁷⁾ Per un tentativo di sintesi storico-costituzionale, v. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, in *Scritti e discorsi politici*, Firenze 1966, II, p. 327 ss., *passim*. Per ampiezza di analisi, di trattazione e di documentazione, va considerata, in ogni parte, l'opera di A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino 1965, in specie p. 290 ss. Va rilevato che il dualismo partito-Stato fu avvertito anche dai cultori delle dottrine giuridico-politiche vicini alla ideologia fascista. V. S. PANNUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova 1939, p. 567 ss.

⁽²⁸⁾ Per vivaci accenni in proposito, v. P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *Scritti e discorsi politici*, cit., II, p. 78 ss. Per una trattazione di insieme del diritto costituzionale del periodo fascista, v. L. PALADIN, s.v. *Fascismo (Diritto costituzionale)* in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 837 ss.

to autoritario insito nello Stato: il modo di vedere di una parte si poneva come modo di vedere per il tutto ⁽²⁹⁾.

Se il regime totalitario conduce ad una spogliazione delle prerogative più gelose dello Stato a causa di una sorta di simbiosi istituzionale con un organismo ad esso estraneo, qual'è il partito unico, al medesimo risultato si perviene anche per azione di soggetti privati del tutto avulsa da legami organici ed istituzionali con lo Stato. Nella dottrina giuridica, infatti, è stato individuato il concetto di partigiano, come figura generale comprendente diverse esperienze storiche. Partigiano, in tale visuale, è stato definito chiunque combatta in modo irregolare, allo scopo di affermare una propria idea di ordine regolare. Ora, il carattere più eminente del fenomeno partigiano è dato dal fatto che, per esso, la suprema potestà di dichiarare il nemico pubblico e di combatterlo con le armi è stata esercitata da singoli individui, fuori ed anche in contrasto con lo Stato ⁽³⁰⁾. È, inoltre, significativo che i partigiani abbiano cercato riconoscimento nel diritto internazionale e contro lo Stato stesso.

4. Per meglio puntualizzare quanto si è osservato nel paragrafo precedente, va notato che l'eventualità di guerra civile si riconnette al moltiplicarsi di centri di decisione politica indipendenti dallo Stato ed alla continuità che essi acquistano ⁽³¹⁾. Ad

⁽²⁹⁾ In materia, tra i primi, cfr. G. LEIBHOLZ, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, Berlin und Leipzig 1928, p. 37 ss. Più di recente v. R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano 1962, p. 144 ss.

Può essere interessante ricordare il significativo rilievo di B. MUSSOLINI, s. v. *Fascismo (Dottrina)* in *Enciclopedia Italiana*, vol. XIV, Roma 1932 (rist. fotolit. 1949), p. 848: «...La dottrina fascista non ha eletto a suo profeta De Maistre. L'assolutismo monarchico fu...» «...Il concetto di autorità fascista non ha niente a che vedere con lo Stato di polizia. Un partito che governa totalitariamente una nazione è un fatto nuovo nella storia».

⁽³⁰⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Théorie du partisan. Note incidente relative à la notion de politique*, trad. frang., in C. SCHMITT, *La notion de politique-Théorie du partisan*, Paris 1972, p. 211 ss., *passim*, in specie p. 300 ss.

⁽³¹⁾ Sono da ricordare, in proposito, gli insegnamenti di N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, nel volume collettivo *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. BISCARETTI DI RUFFIA,

indicare una tale continuità, in senso più o meno tecnico, viene talora impiegata la locuzione «processo di istituzionalizzazione».

È interessante che il Duverger abbia riproposto in termini espliciti la connessione tra il consolidarsi di partiti politici, come istituzioni spontanee, e la guerra civile: e ciò con la nota conclusione in forma di domanda: «Lo sviluppo della scienza dei partiti politici non si potrebbe chiamare *stasiologia*?» ⁽³²⁾. Anche se può riuscire alquanto enfatico, nondimeno il richiamo ad un termine proprio della cultura classica ha pur sempre un valore sintomatico.

Nello stesso senso, si può anche spiegare come qualche autore cerchi di caratterizzare il diritto costituzionale, anziché quale norma di azione dei poteri dello Stato (comprendendo nella norma anche i limiti), come regola di coesistenza di gruppi opposti, per moderarne i contrasti (ad esempio, con l'evitare l'uso della violenza) e per favorirne l'integrazione, il compromesso e l'equilibrio ⁽³³⁾. Tali sono certe costruzioni del potere neutro moderato-

Milano 1977, p. 25 ss., e *passim*. Tesi centrale dello scritto di Biscaretti di Ruffia è che, nella dottrina romaniana, sono contenute due teorie distinte: «la teoria del diritto come istituzione che si contrappone alla teoria normativa, e la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici che si contrappone alla teoria monistica o statualistica». Nessun nesso necessario vi è tra le due teorie. Nel pensiero del Romano è riconoscibile, sul piano teorico, una adesione «moderata» alla dottrina pluralistica, in concorso con una professione ideologica, in senso monistico o statualistico, in senso relativo. In sostanza, il Romano, pur ponendo lo Stato al vertice della scala degli ordinamenti sociali, non lo considerava un ordinamento esclusivo. Egli riconosceva l'emergere di gruppi sociali, anche riottosi come i sindacati, se tali da produrre una migliore articolazione di rapporti tra individui e Stato, ma negava il pluralismo eversivo, inteso a considerare lo Stato come una istituzione uguale alle altre e tale da poter essere resa superflua, e magari soppressa. V. N. BOBBIO, *Teoria e ideologia della dottrina di Santi Romano*, cit., p. 41 ss.

Sulla duplice posizione del Romano, «pluralista moderato», in teoria, e «monista relativo», ideologicamente, v. anche G. F. MIGLIO, *La soluzione di un problema elegante*, nello stesso volume collettivo *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 215 ss.

⁽³²⁾ M. DUVERGER, *I partiti politici*, trad. ital., Milano 1961, p. 487.

⁽³³⁾ In tal senso, v. già in SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 24 s., per l'idea di trasformare lo Stato (ed il suo diritto costituzionale) in «un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi». V. anche L. DUCUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, trad. ital., Firenze 1950, p. 111 ss.

re tra centri di forza politica diversi, le definizioni della Costituzione come compromesso di forze politiche diverse e contrapposte ossia, in sostanza, quale accordo tra partiti ⁽³⁴⁾ e volendo, anche i già menzionati tentativi di ripensamento del diritto pubblico interno secondo criteri desunti dal diritto internazionale.

In proposito, va sottolineato come anche una superficiale osservazione dei rapporti interpartitici compiuta dal punto di vista giuridico ben riveli una frequenza del ricorso a criteri, rapporti e strumenti pattizi e convenzionali. Tali sono le coalizioni di governo stabilizzate, i patti di unità di azione, le intese parlamentari (non solo governative) ispirate ad una pretesa affinità ideale (il C.L.N., il centrismo, il centro-sinistra, l'arco costituzionale, il c.d. compromesso storico).

Alla stessa stregua va considerato, forse, il prevalere di criteri desunti dal diritto privato nella giurisprudenza e nella dottrina circa i rapporti dei partiti stessi ⁽³⁵⁾. Ricorre come formula dominante il richiamo all'equiparazione dei partiti alle associazioni di fatto. Si riscontra, in tal modo, come l'emergere del fenomeno dei partiti politici dalla realtà sociale al livello del sistema giuridico-costituzionale avvenga con segni tali da individuarne i caratteri di organismi autoctoni, chiusi e — almeno nelle pretese — *superiorem non recognoscentes* e, perciò, estranei agli schemi classici, anche per quanto riguarda le autonomie del diritto pubblico.

⁽³⁴⁾ Alla base di tali visuali è la concezione della costituzione come «compromesso fra le forze politiche operanti», di guisa che anche dove si ha una forza politica dominante essa deve «venire a patti con le altre e trasformare il suo scopo originario in uno scopo di compromesso». V. P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, p. 40. Sui temi sopra indicati risultano ancora utili — pur nella inaccettabilità delle soluzioni proposte — le analisi dello SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, (ristampa Berlin 1969) *passim*.

⁽³⁵⁾ In proposito, si rinvia al volume *Il diritto dei partiti in Italia (1945-1970)*, in «Quaderni di studio e legislazione» editi a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati — «Servizio studi, legislazione e inchieste parlamentari», Roma 1971. Cfr. ivi i saggi introduttivi di NECRI (Guglielmo), *Per uno studio giuridico dei partiti politici*, p. 5 ss. e di P. UNGARI, *Sul diritto dei partiti*, p. 19 ss.

Per altri profili va, poi, ricordato che lo svolgimento dei rapporti tra Parlamento, Governo e Presidente della Repubblica, proprio nella configurazione strettamente giuridica, sembra riflettere le evoluzioni più generali delle relazioni reciproche tra i poli diversi di accordo e scontro delle forze politiche ⁽³⁶⁾.

5. Gli insegnamenti tralatizi appaiono inadeguati anche per quel che concerne l'ordine dei rapporti tra Stato e società ⁽³⁷⁾.

La complessità del tema rende, ovviamente, necessaria la rinuncia ad ogni riferimento seppur sommario all'amplissima bibliografia, antica e recente, in argomento. Basterà qui ricordare quanto sottolineava Rudolf von Gneist, e, cioè, che la società aveva formato oggetto di studio dei cultori della scienza economica e lo Stato dei cultori della filosofia ⁽³⁸⁾.

D'altro canto la contrapposizione tra Stato e società non potrebbe risolversi in quella classica tra diritto pubblico e diritto privato, contrapposizione, peraltro, che già di per sé può riuscire, in qualche modo, significativa.

⁽³⁶⁾ Per indicazioni su tale evoluzione nei rapporti tra gli organi costituzionali sotto l'attuale regime repubblicano, v. P.G. GRASSO, *Note critiche sulle proposte per l'elezione diretta del Presidente della Repubblica italiana*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano 1977, p. 173 ss., in specie p. 186 ss.

In materia, v. anche E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna 1978, p. 69 ss., 81.

⁽³⁷⁾ Esula dalla presente trattazione la disamina, che pur appare interessante anche per i profili di teoria generale del diritto, degli scritti dovuti al rinnovato interesse critico degli studiosi di ispirazione marxiana per i rapporti tra Stato e società. Per un'impostazione sommaria ma rigorosa in materia, v. N. BOBBIO, *Gramsci e la concezione della società civile*, Milano 1976, p. 17 ss., e *passim*. V. anche NEGRI (Antonio), *La forma Stato*, Milano 1976, *passim*.

⁽³⁸⁾ R. GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, in *Biblioteca di Scienze politiche*, diretta da A. BRUNIALTI, serie III, vol. VII. Torino 1891, p. 1142 e *passim*.

Va tenuto presente che nella nostra dottrina il concetto di «nazione» è considerato con termini ed impostazioni diversi dalla vecchia problematica Stato-società, v. V. CRISAFULLI e D. NOCILLA, voce *Nazione* in *Enc. Dir.* XXVII 1977, p. 787 ss., ed in volume separato, Milano 1977, (in cui l'indagine è condotta in relazione alla distinzione concettuale di «Stato persona» e «Stato-comunità», con rapporti articolati e complessi. Il concetto di nazione sembra visto in ragione degli elementi storico-politici e culturali dello Stato.

Nella concezione liberale era riconosciuta la preminenza politica della società, in quanto ordine la cui perfezione era raggiunta dallo sviluppo spontaneo dell'autonomia e dell'iniziativa privata del singolo individuo. Si può, in proposito, ricordare una penetrante indagine sulle analogie e le connessioni tra la teoria economica del libero mercato e la costruzione fatta dalla scienza giuridica del diritto privato come ambito dominato dall'autonomia dei singoli ⁽³⁹⁾.

Nondimeno lo Stato ed il diritto pubblico apparivano come garanzia e fondamento della possibilità stessa della sopravvivenza dell'ordine civile della società. È interessante come, in una concezione idilliaca del mercato concepito secondo la più assoluta ed estrema affermazione dell'iniziativa individuale, l'economista Luigi Einaudi riaffermasse l'importanza dello Stato e del diritto pubblico da lui simboleggiati nell'autorità giudiziaria, nell'amministrazione comunale, nel servizio di pubblica sicurezza per assicurare le condizioni di pace, di buon ordine e di tranquillità sociale in cui i singoli riescono a svolgere le proprie attività di produzione e di commercio ⁽⁴⁰⁾. È una concezione espressa da un liberale, ma che potrebbe apparire coerente con una pagina del Machiavelli sull'opportunità che il principe assoluto garantisca ai sudditi le migliori possibilità per i loro traffici e commerci ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ In proposito, v. le interessanti considerazioni critiche di insieme in F. A. HAYEK, *Ordinamento giuridico e ordinamento sociale*, trad. ital., in *Il Politico* 1963, p. 693 ss.

⁽⁴⁰⁾ L'immagine del mercato libero garantito dall'autorità comunale con i suoi regolamenti, dalla presenza della forza pubblica impersonata dal carabiniere, dalle possibilità di intervento del pretore, dalla legge, è attinta da L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino 1949, p. 9, 17 s., 26, 27 s.

⁽⁴¹⁾ V. N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, Introduzione e note a cura di F. CHABOD — Nuova Ediz. a cura di L. FIRPO, Cap. III, Torino 1977, p. 133, ove è detto, a proposito della necessità che il principe sia stimato «Appresso, debbe animare li sua cittadini di potere quietamente esercitare li esercizi loro, e nella mercanzia e nella agricoltura, et in ogni altro esercizio delli uomini, e che quello non tema di ornare le sua possessione per timore che li siano tolte, e quell'altro di aprire uno traffico per paura delle taglie; ma debbe preparare premi a chi vuol fare questo

Dopo la seconda guerra mondiale, nei Paesi del continente europeo si è assistito ad enormi sviluppi dell'attività industriale e commerciale in forme assolutamente incontrollate dallo Stato ⁽⁴²⁾. Esempi difficilmente contestabili sono offerti dalla ripresa e dall'incremento industriale della Germania occidentale, ripresa ed incremento notevolmente avviati assai prima che venisse restaurata una qualche compagine statale, dall'enorme sviluppo delle società multinazionali, dalla estrema difficoltà nel nostro Paese di imporre una disciplina normativa pubblica nei rapporti di lavoro ⁽⁴³⁾. Ancora nello stesso ambito si può richiamare il problema assai complesso (e tuttora indefinito sotto il profilo giuridico) dei rapporti tra Stato e sindacati, di cui la dottrina ha pur avvertito la indiscutibile rilevanza per il diritto costituzionale ⁽⁴⁴⁾.

cose, et a qualunque pensa in qualunque modo ampliare la sua città e il suo stato. . . ».

Estranea all'oggetto delle presenti pagine è ogni considerazione circa i rapporti tra economia e politica nel pensiero di Machiavelli.

⁽⁴²⁾ Di altra natura appaiono i problemi giuridici relativi alle imprese «multinazionali», così dette in quanto operano contemporaneamente in più Stati diversi. La disciplina e la qualificazione giuridiche di tali imprese danno adito a difficoltà, anche se esse non acquistano rilevanza nel diritto internazionale, causa la mancanza di sovranità territoriale, sopra uno spazio sia pur esiguo. In argomento v. T. BALLARINO, *Le imprese multinazionali nelle relazioni internazionali*, nel volume *Imprese multinazionali e integrazione europea*, a cura di A. GRISOLI, Padova 1978, p. 21 ss., 28 ss.

⁽⁴³⁾ Oltre alla discussione sulla disciplina legislativa del diritto di sciopero, si può ricordare la questione circa la estensione *erga omnes* dei contratti collettivi di lavoro. È noto che tale efficacia è stata disposta con decreti legislativi delegati, in forza della legge 14 luglio 1959, n. 1027. Ma si trattava di regole contrarie all'art. 38 della Costituzione e riconosciute ammissibili dalla Corte Costituzionale (nella sentenza 18 dic. 1962, n. 106, in *Giur. Cost.* 1962, p. 1408), soltanto quale disciplina «transitoria, provvisoria ed eccezionale, rivolta a regolare una situazione passata ed a tutelare l'interesse pubblico della parità di trattamento dei lavoratori e dei datori di lavoro».

⁽⁴⁴⁾ In argomento, v. da ultimo, la trattazione puntuale e rigorosa di S. FOTS, *Sindacati e sistema politico. Problematica di un rapporto e implicazioni costituzionali*, Milano 1977, *passim*. Risultano ancora interessanti anche le acute ed antiveggenti considerazioni di G. M. DE FRANCESCO, *Rappresentanza politica e rappresentanza sindacale*, in *Riv. Dir. Pubbl.* 1955, I., p. 265 ss.

L'indicazione di tali esempi è mantenuta in limiti di palese sobrietà, data l'indole delle presenti note: essa, nondimeno, vale a mostrare come i precipui problemi di diritto pubblico, e non solo di esso, oggi rivelino nuove dimensioni proprio in ordine al modo di definire i rapporti tra Stato e società.

Va osservato, in proposito, che non appaiono del tutto soddisfacenti i tentativi di elaborare nuove concezioni e costruzioni giuridiche di insieme, come quelle indicate nella definizione di «Stato sociale» ⁽⁴⁵⁾.

6. Le considerazioni generali sopra svolte trovano conferma in molti campi e settori più specifici della vita giuridica, anche quotidiana. È questa la miglior riprova della rilevanza giuridica immediata della decadenza dello Stato, come ideale, come grandezza storico-politica. È noto, infatti, il vecchio insegnamento secondo cui la vita propria del diritto si svolge e si perfeziona, soprattutto, nelle questioni più specifiche e concrete. È in esse che deve essere ricercato il banco di prova di molti ragionamenti ed enunciati teorici.

Tra i diversi campi di indagine e di osservazione che potrebbero prendersi in esame sembra più opportuno fermare l'attenzione, sia pur in breve, sopra due istituzioni come le organizzazioni del pubblico impiego e delle forze armate. La ragione di questa scelta deriva dal fatto che, proprio per gli insegnamenti tradizionali tenuti presenti nel corso di questa trattazione, tali organizzazioni rappresentano il nucleo essenziale — taluno impiega anche il termine *intelaiatura* — dello Stato moderno ⁽⁴⁶⁾.

Si tratta, quindi, di verificare come i mutamenti, oggi riscontrati, degli aspetti funzionali, si ripercuotano nel più profon-

⁽⁴⁵⁾ In termini di critica rigorosa, v. da ultimo, M. S. GIANNINI, *Stato sociale una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977, p. 205 ss. Per ampi svolgimenti e bibliografia v. anche S. LENER, *Lo Stato sociale contemporaneo*, Roma 1966, *passim*.

⁽⁴⁶⁾ Sull'importanza della burocrazia e dell'organizzazione militare nella formazione dello «Stato moderno», v. C. J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale*, cit., p. 50 ss., 80 ss.

do dei meccanismi e congegni interni della macchina statale.

Un carattere importante da ricordare è che le organizzazioni per il pubblico impiego e delle forze armate sono ritenute qualificanti per la configurazione totale dello Stato, anche in funzione della loro definizione di istituzioni assolutamente estranee ad ogni potestà di decisione politica. In virtù di tale carattere, invero, è stata riconosciuta l'importanza essenziale della continuità delle istituzioni stesse — anche nel loro ordinamento tipico — quali fattori preminenti nel garantire la continuità dello Stato ⁽⁴⁷⁾.

Il discorso è stato proposto segnatamente per quanto riguarda il pubblico impiego. Già nel secolo scorso gli storici avevano riconosciuto che la continuità dello Stato, pur nei notevoli e radicali mutamenti di regime politico — significativa, in proposito, l'esperienza francese della Rivoluzione alle soglie del '900 — era garantita dal permanere della burocrazia nelle sue regole e caratteristiche fondamentali e, quindi, nelle sue tradizioni ⁽⁴⁸⁾.

Fra i giuristi, un'osservazione in certo senso corrispondente è da scorgere nel ben noto assioma: il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta ⁽⁴⁹⁾. Invero il diritto

⁽⁴⁷⁾ Naturalmente altra è la questione della continuità dello Stato intesa sotto il profilo giuridico, pur nel susseguirsi del mutamento di regimi politici. Cfr. V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Riv. di Dir. internazionale* 1964, vol. XLVII, fasc. 3, p. 365 ss.

⁽⁴⁸⁾ Sul ruolo della burocrazia anche quale fattore, *latu sensu*, di continuità dello Stato occidentale, v. sempre C. J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale*, cit., p. 50 ss. e *passim*.

⁽⁴⁹⁾ In proposito, v. MAYER (Franz), *Gli studi di diritto amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *Archivio ISAP*, III 1965, p. 122. L'autore osserva che, anche in relazione ai nuovi compiti di intervento sociale della Pubblica Amministrazione sanciti nelle nuove costituzioni dell'Europa occidentale, il tradizionale diritto amministrativo, proprio dello «Stato di diritto» liberal-borghese, non apparve più sufficiente, e pertanto si mostrò «palesamente errata» «la formula secondo la quale il diritto costituzionale passa, ma il diritto amministrativo resta (*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht aber besteht*)».

Fra i nostri teorici, per un riferimento alla stessa formula, in un contesto storico-comparato, v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Pubblica Amministrazione e l'ordinamento politico-costituzionale*, nel volume collettivo *Problemi della Pubblica*

amministrativo viene individuato anche in relazione alla peculiare struttura dell'organizzazione della pubblica amministrazione.

Quanto alle esperienze attuali, appare, in questa sede, superflua ogni considerazione circa le profonde e radicali trasformazioni subite dalle forze armate, le quali si ispirano oggi — come è appena il caso di rilevare — a modelli diversi da quelli ottocenteschi.

Di maggior interesse e rilevanza sotto il profilo giuridico sono le novità riguardanti il pubblico impiego. Si suol ripetere da molti autori che è in corso in Italia una tendenza a sottoporre gli impiegati pubblici al diritto del lavoro sottraendoli all'imperio del diritto amministrativo ⁽⁵⁰⁾.

Benché l'affermazione appaia di per sé piuttosto generica e bisognosa di essere integrata mediante una serie di analisi particolari, è da rilevare, tuttavia, un punto interessante. L'affermazione stessa, invero, sta ad indicare un processo di trasformazione in atto non soltanto per i funzionari ed impiegati presso i cosiddetti enti pubblici economici, da tempo assimilati agli impiegati privati, ma anche per quanto concerne i settori e gli uffici più tradizionali e propri della vecchia pubblica amministrazione.

Tali nuovi orientamenti dottrinali, come i mutamenti odier-

Amministrazione, a cura della «Scuola di perfezionamento in Scienze Amministrative — Università di Bologna, Bologna 1956, p. 139.

Per lo svolgimento della storia dell'amministrazione germanica, v. E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I. München-Berlin 1961, in specie p. 1 ss., e *passim*. La problematica storica delle teorie del diritto amministrativo è lucidamente delinata nel noto saggio di M. S. GIANNINI, *Prolifi storiche della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora ripubblicato in «Quaderni fiorentini», 2°, 1973, p. 179 ss., con una postilla dell'autore, p. 263 ss.

⁽⁵⁰⁾ Vanno, in specie, ricordate le considerazioni di ordine storico e teorico di M. S. GIANNINI, *Impiego pubblico*, s.v. in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano 1970, p. 283 ss. V., anche, le ampie trattazioni di VIRCA, *Il pubblico impiego*, vol. I. *Principi generali — Impiego statale*, Milano 1973, *passim*.

Alla tendenza all'assimilazione della disciplina del pubblico impiego al diritto del lavoro si possono ricondurre, poi, le questioni sorte per le applicazioni dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici: Cfr. S. P. PANNUNZIO, *Statuto dei lavoratori e pubblico impiego nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Diritto e Società* 1974, p. 231 ss.

ni nella legislazione amministrativa, denotano, dunque, trasformazioni in corso nella compagna essenziale del vecchio Stato. Al riguardo è da ricordare come di recente le tendenze ad applicare lo «Statuto dei lavoratori» (L. 30 maggio 1970 n. 300) ai pubblici dipendenti siano state ritenute anche come possibili «sintomi di modifica della costituzione materiale» ⁽⁵¹⁾.

Può apparire oggi necessario considerare in un ambito più vasto i mutamenti di condizione dei pubblici impiegati, da *status* di diritto pubblico a rapporti di diritto del lavoro.

In altri tempi anche da parte di scrittori liberali, lo Stato era definito «eticità», in contrapposto alla definizione di «mero complesso di servizi pubblici» ⁽⁵²⁾. Si è sottolineato che «una somma di pubblici servizi non è un individuo, non ha volontà di conservazione» ⁽⁵³⁾. È un discorso che induce a riflettere circa il significato da attribuire oggi al concetto di persona giuridica, un tempo assunto quale attributo fondamentale dello Stato e quale criterio primario del diritto pubblico. In una «somma» di pubblici servizi, non più persona, appare fittizio continuare a definire i funzionari statali come «organi» chiamati ad esprimere la «volontà» di una superiore persona giuridica e morale ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ In proposito, v. P. G. PONTICELLI, *Modalità di svolgimento o sintomi di modifica della costituzione materiale? (Pubblica amministrazione, contratto collettivo, tutela della libertà e dignità del lavoratore)* in *Studi senesi* 1974, p. 377 ss.

⁽⁵²⁾ È da richiamare il pensiero di F. BURZIO, *Politica demiurgica*, Bari 1923, p. 8 ss. L'autore richiama il pensiero di Treitschke, secondo cui «Lo Stato è potenza; lo Stato è eticità, cioè non mero complesso di servizi pubblici, né puro strumento di classe ma unità reale del popolo, oltre la varietà delle classi; lo Stato è individualità, cioè la molteplicità degli Stati è necessaria alla Storia, di cui costituiscono la feconda dialettica».

⁽⁵³⁾ F. BURZIO, *op. cit.* p. 11.

⁽⁵⁴⁾ In proposito cfr. E. FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 382 ss. L'autore osserva, anzitutto, che la nozione teorica degli organi statali era connessa alla concezione dello Stato come persona giuridica capace di esprimere una propria volontà imperativa (definita in termini giuridici). Ne consegue, sempre secondo l'autore, che la stessa nozione teorica di organo viene meno quando nell'organizzazione statale abbia a prevalere una struttura come quella dell'amministrazione contemporanea, intesa quale «istituzione di lavoro», od apparato di produzione e distribuzione di servizi concreti.

7. Oltre le trasformazioni riscontrate nella pubblica amministrazione e nel diritto amministrativo, va ricordato che nella dottrina tedesca occidentale sono stati considerati altri mutamenti in una sfera più propria del diritto costituzionale, inteso nel senso tradizionale. Si è voluto così riscontrare la decadenza — od almeno una radicale trasformazione — del concetto di costituzione essendo stato questo concetto elaborato, a suo tempo, in correlazione stretta con il concetto di Stato. Si è, perciò, dovuto, per necessità logica, porre il problema di una correlazione *simul stabunt simul cadunt*, ovvero individuare una nuova e diversa visione della costituzione, adeguata ai nuovi ordinamenti politici della società ⁽³⁵⁾.

Gli insegnamenti sopra ricordati non debbono, peraltro, indurre a conclusioni pessimistiche per l'avvenire degli studi di diritto pubblico. Il venir meno delle istituzioni e degli istituti, già fondamentali, se potrà condurre ad una revisione teorica dei concetti e dei temi connessi alla situazione anteriore, non significa, per ciò stesso, che il compito del giurista sia divenuto inutile e, men che meno, che sia esaurito. Anzi può essere che alla teoria del diritto pubblico vengano assegnati compiti nuovi: in primo luogo offrire un contributo fondamentale alla ricognizione precisa e rigorosa della crisi istituzionale in corso; successivamente operare per una interpretazione ed una ricostruzione delle diverse istituzioni che potranno sorgere dal presente travaglio.

⁽³⁵⁾ Per una rassegna critica di tali indirizzi teorici nella dottrina tedesca occidentale, v. SUHR, *Staat, Gesellschaft, Verfassung von Hegel bis Heute*, in *Der Staat*, 1978, p. 369 ss. passim.

SERGIO ANTONELLI

**SULLA COSTITUZIONALITA' DEGLI ATTI DI CLEMENZA
ATIPICI NON PREVISTI NELLA COSTITUZIONE**

**(A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE
5 aprile 1978 n. 26)**

SOMMARIO: 1. Le cosiddette «sanatorie» contemplate nell'art. 36 della legge 18 aprile 1975, n. 110. — 2. Indicazioni sommarie della Corte Costituzionale (nella sent. 26/1978) nel senso di qualificare detto art. 36 fra le leggi-provvedimento. — 3. Diverso richiamo della Corte costituzionale al concetto di «cause di estinzione del reato» per definire le cosiddette «sanatorie». — 4. Incostituzionalità di atti atipici (diversi dalle figure contemplate negli art. 79, 87 Cost.), di perdono, clemenza e condono in deroga alla legge penale. — 5. Confronto con gli insegnamenti della dottrina a proposito delle leggi-provvedimento. — 6. Riferimento ai critici di «ragionevolezza» e «non arbitrarietà» nella sentenza n. 26 del 1978.

I. La sentenza della Corte Costituzionale n° 26 del 5 aprile 1978 ⁽¹⁾ concerne argomenti di importanza generale sul piano costituzionale che vanno oltre la questione connessa al caso risolto. Un esame più approfondito e distaccato dalle impressioni

(¹) Vedila pubblicata in *Giur. Cost.* 1978, I, pp. 497-501.

La Corte Costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 36 della Legge 18 aprile 1975 n. 110 (Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi) con ordinanze di rimessione del Tribunale di Parma, 1° ottobre 1975, del Tribunale di Roma, 30 ottobre 1975 e sempre del Tribunale di Roma, 13 febbraio 1976.

La motivazione della sentenza della Corte Costituzionale recita: «Non è fondata — in riferimento all'art. 3 Cost. — la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 comma 1 (così come specificato nelle ordinanze di rimessione) della L. 18 aprile 1975, n. 110, nella parte in cui prevede la non punibilità per chi, entro 60 giorni dalla entrata in vigore della legge, e comunque prima dell'accertamento del reato, ottemperi all'obbligo della denuncia delle armi da sparo detenute.

Legittimamente la norma non estende la non punibilità a chi sia trovato in possesso di armi non denunciate in pendenza del termine suddetto, in quanto risulterebbe sommamente pregiudizievole per il consorzio civile, ed irridente per la giustizia, il fatto di poter continuare a detenere armi in attesa del termine fissato per la denuncia.

La previsione di non punibilità del commesso reato vuole premiare il ravvedimento attivo di chi si sia determinato alla denuncia delle armi possedute, ma non paralizza l'accertamento del reato, nei confronti di chi sia trovato in possesso delle armi».

immediate di una prima lettura può apparire, quindi utile a mettere in luce l'ampiezza e la portata di detti argomenti. Va precisato che la Corte Costituzionale ha dichiarato assolutamente infondata la questione di legittimità proposta dai Tribunali di Parma e di Roma per la disposizione stabilita nel comma 1 dell'art. 36 della legge 18 aprile 1975, n. 110, in relazione all'art. 3 Cost.

Ad una disamina attenta, la motivazione di quella sentenza appare suscettibile di critiche, anche perché non risultano in essa considerazioni adeguate circa i caratteri sostanziali propri della disposizione sottoposta a giudizio. Invero, l'art. 36 della suddetta legge n. 110 del 1975 porta come titolo l'espressione «sanatorie» ed al primo comma statuisce: «I detentori delle armi comuni da sparo che, alla data di entrata in vigore della presente legge, non abbiano provveduto a denunciare ai sensi dell'art. 38 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, le armi medesime, non sono punibili, ai sensi delle disposizioni vigenti, qualora ottemperino all'obbligo della denuncia entro il termine di sessanta giorni dalla suddetta data, sempre che la denuncia avvenga prima dell'accertamento del reato».

In termini in parte analoghi, al secondo comma dello stesso art. 36, è disposto che non sono punibili quanti, «entro lo stesso termine di sessanta giorni e prima dell'accertamento del reato», denuncino o consegnino, secondo i casi, in ossequio ad obblighi o divieti già stabiliti in leggi precedenti, armi, esplosivi e congegni micidiali, da essi detenuti.

Nelle disposizioni riferite, quindi, è contemplata la concessione straordinaria, entro un termine perentorio, dall'esenzione delle pene per comportamenti previsti come reati «permanenti» in forza di leggi già prima in vigore. Come condizione dell'impunità è richiesto ai rei di mettere fine alla propria condotta criminosa, con l'adempimento tardivo, entro lo stesso termine perentorio, degli obblighi imposti nelle stesse leggi anteriori: denuncia o consegna, secondo i casi, di armi, esplosivi, congegni micidiali. È disposta una rimessione in termini per consentire ai singoli

l'adempimento di obblighi già scaduti e di evitare, quindi, la punizione per i fatti d'inadempienza già compiuti.

Le stesse disposizioni dei primi due commi dell'art. 36 legge n. 110 del 1975 risultano simili, nella loro concezione fondamentale, alle numerose proroghe straordinarie, a scadenze piuttosto brevi, dei termini fissati per l'adempimento di obbligazioni civili ed anche di obblighi legali. Si tratta di provvedimenti molte volte emanati dalle autorità di governo a favore di popolazioni danneggiate a causa di gravi disordini o calamità naturali, cioè di atti eccezionali di emergenza ⁽²⁾.

Le stesse disposizioni, per altro verso, possono anche venir confrontate con l'ipotesi contemplata dal quarto comma dell'art. 151 cod. pen., secondo cui l'amnistia può essere sottoposta a condizioni o ad obblighi. La disposizione, come è noto, è richiamata anche per l'indulto, in forza dell'art. 174 cpv. dello stesso codice penale. Tanto all'amnistia che all'indulto soggetto a condizione, poi, si applicano le norme dell'art. 596 del codice di procedura penale.

Di particolare e di diverso nel caso *de quo*, però, si ha che la denuncia fissata entro il termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge n. 110 del 1975, era valida, sempreché prima non fosse avvenuto l'accertamento del reato di detenzione di armi, esplosivi, ecc. Proprio quest'ultima clausola (mutuata dall'art. 8 della legge 2 ottobre 1967, n. 895), ha dato origine a tante dispute ed ha offerto occasione per il giudizio di legittimità concluso con la sentenza in esame.

2. In ragione del suo contenuto dispositivo, perciò, il primo comma dell'art. 36 della legge n. 110 del 1975, ancorché inserito in un contesto di disposizioni materialmente normative,

⁽²⁾ Sulla sospensione dei termini prestabiliti per adempimenti di obblighi di diritto, quale strumento consueto, ricorrente per la disciplina dei rapporti in casi di emergenza, v. le indicazioni ed i riferimenti in VARANESE, s.v. *Calamità pubbliche*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, p. 798 ss.

rivela i caratteri propri di una legge-provvedimento ⁽³⁾. In termini più precisi si può riscontrare una disposizione di legge generale ma concreta, in quanto pur attenendosi a fattispecie generali di reato, concede l'esenzione della pena in modo concreto per azioni punibili avvenute in un periodo determinato di tempo ⁽⁴⁾. Vi è da aggiungere che, anche a voler contestare, in astratto, la qualificazione di detto art. 36 come legge-provvedimento, i termini del discorso non verrebbero a mutare. Un punto, infatti, è certo: ossia che si tratta di una disposizione di legge temporanea ed eccezionale, intesa a sottrarre alcuni fatti all'applicazione di una legge penale comune, stabilita per tempo indeterminato, legge che, successivamente, riacquista il suo pieno vigore, come «per un fenomeno di elasticità» ⁽⁵⁾: anche tra la legge temporanea e la legge stabile derogata viene ad attuarsi una contrapposizione dialettica di discipline diverse.

Nella motivazione della stessa sentenza n. 26 del 1978 non

⁽³⁾ La possibilità che in uno stesso testo di legge formale o di regolamento siano compresi e norme di legge in senso sostanziale e provvedimenti particolari e concreti, risulta assai diffusa nella prassi del nostro diritto pubblico. Come esempio, si può ricordare la legge 6 dicembre 1962, n. 1643, intitolata «Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche». Nel corpo della legge, oltre le norme sostanziali inerenti all'organizzazione ed ai compiti dell'E.N.E.L. erano contenuti i provvedimenti (di «legge formale») per il trasferimento alla mano pubblica delle imprese esercenti la produzione e distribuzione della energia elettrica (es. art. 1, comma quarto); provvedimenti concreti fondati sull'art. 43 Cost. Alla questione ebbe a riferirsi anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 14 del 7 marzo 1964 (in *Giur. cost.* 1964. p. 156 ss.).

⁽⁴⁾ Il collegamento a fattispecie di reato già contemplate nella legge penale «sostanziale» anteriore non è escluso, ad esempio, nel caso dell'indulto c.d. «proprio», in forza della considerazione che, in quanto esso interviene dopo la sentenza, già pronunciata, abbia come presupposto immediato non tanto il fatto criminoso, quanto la pena già inflitta per un determinato e concreto fatto di reato. Cfr. ZAGREBELSKY, s.v. *Indulto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 234, (ove è ripreso e svolto l'insegnamento del MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV ed., Torino 1961, III, p. 467).

⁽⁵⁾ Per l'espressione sopracitata, v. QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna 1974, p. 190. L'A. svolge con notevole profondità il tema delle «leggi temporanee» in generale, comprendendo in esse anche le figure denominate dalla maggioranza della dottrina come «leggi-provvedimento» e simili.

vi è alcun accenno esplicito al contenuto dispositivo dell'art. 36 della legge n. 110 del 1975. È fatto, però, riferimento alla «funzione di politica criminale», ai fini concreti perseguiti dal legislatore ed alla convenienza di quanto disposto nell'art. 36, considerato nel rapporto di mezzo per il conseguimento di quegli stessi fini. Si tratta di argomentazioni usuali per il sindacato sulla legittimità delle leggi-provvedimento. Tali argomentazioni, ed ancor più il richiamo al carattere di legge-provvedimento, sono, rilevanti anche per la risoluzione dei giudizi in rapporto al principio di uguaglianza ed al criterio della «ragionevolezza», presi a fondamento della stessa sentenza n. 26 del 1978 ⁽⁶⁾.

3. In quanto disposte ad effetti temporanei e straordinari, le «sanatorie» contemplate dall'art. 36 della legge n. 110 del 1975 appaiono ben diverse dalle «cause» di estinzione del reato e della punibilità statuite nel codice penale, in previsione di leggi generali, astratte e stabilite per tempo indeterminato, secondo i canoni della fattispecie tipica. Anche se non sono da considerare come componenti omogenee di una categoria unitaria, le previsioni di tali «cause» concorrono a definire i limiti ordinari e costanti della legge penale e dell'esercizio del potere punitivo ⁽⁷⁾.

Va osservato, in argomento, che, sia pure per certi profili,

(⁶) Come trattazione fondamentale in argomento, nella nostra dottrina si ricorda LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, qui citato da *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova 1973, III, p. 1573 ss.: in precedenza lo stesso studio era apparso in AA.VV., *Scritti sulla Corte costituzionale* (Università di Macerata — Annali della Facoltà giuridica a.a. 1965-66), Napoli s.d., p. 105 ss.; SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1975, p. 565. Per una differente ricostruzione teorica del concetto di «ragionevolezza» fondata sui risultati della giurisprudenza della Corte costituzionale, v. CERRI, *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano 1976, pp. 34, 60 ss., 93 ss., 117 e passim.

(⁷) Si rimanda alle considerazioni circa l'inammissibilità teorica e pratica di una categoria unica comprendente tutte le cause di estinzione del reato (e della pena), in RAGNO, s.v. *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, p. 950 ss. e passim. Per l'impostazione teorica di queste pagine, sono state tenute presenti anche le considerazioni del VASSALLI, s.v. *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 609 ss.

nella stessa sentenza n. 26 del 1978, è proposto il confronto delle «sanatorie» con l'amnistia e con la precisazione dei reati, indicate quali esempi delle «cause estintive del reato o della punibilità di più generale applicazione». A ben riflettere, però, i due esempi si rivelano quanto mai diversi e disparati. La prescrizione determina i limiti «normali» del potere punitivo e più in generale l'efficacia della legge penale nel tempo, con una disciplina sancita in norme (generali, astratte e stabili) qualificate per alto grado di certezza giuridica, in quanto regola di un fatto naturale seguito da un effetto dichiarativo ⁽⁸⁾. La prescrizione, dunque, risulta incomparabile con le stesse «sanatorie» previste come rimedi straordinari, poiché stabilisce una disciplina propria e connaturale della legislazione comune dei «tempi normali» ⁽⁹⁾, posta a garanzia della sicurezza dei rapporti sociali, la quale sicurezza va intesa come presupposto necessario per l'attuazione di un ordine giuridico conformato al principio di legalità sostanziale, secondo i paradigmi tipici di fattispecie normative ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Può riuscire interessante ricordare una proposta, ormai remota, intesa a conseguire la certezza nell'applicazione del diritto, anche mediante il ricorso a criteri «analitici». Secondo una tale impostazione, infatti, la fissazione di termini perentori, di decadenza, ecc., era stata riconosciuta come una delle ipotesi di certezza giuridica massima possibile, come inderogabilità dell'impegno di esecuzione, sottrazione alla discussione, invarianza. Cfr. MAGNI, *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religione, I, Possibilità operative analitiche e strutture d'ordine delle scelte normative*, Padova 1959, ad es., p. 72.

Vanno ricordati anche gli accenni sulla rilevanza generale dei fatti nel diritto costituzionale, con particolare riferimento al decorso del tempo, in LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, Milano 1957, p. 321.

⁽⁹⁾ A chiarire il significato della prescrizione dei reati come elemento coesistente dei principi della legge penale conformata alle idee liberaldemocratiche, vanno anche richiamate le pagine del BECCARIA (*Dei delitti e delle pene*, cap. XIII a cura di CALAMANDREI, Firenze 1965). Per valutare in senso critico la motivazione della sent. 26/1978, si può anche tener presente che il Beccaria mentre si professava assertore tenace della regola della prescrizione nei reati, nel contempo negava assolutamente qualsiasi forma di grazia e clemenza sovrana in deroga all'efficacia della legge penale, secondo un'opinione rimasta a lungo fra i penalisti.

⁽¹⁰⁾ L'affermazione del testo resta valida, pur se si accolga la tesi che nella prescrizione in generale il tempo venga in rilievo non in una fattispecie distinta, ma come semplice qualità di una situazione che è quinquennale, decennale, ventennale,

Fondata, invece, risulta la comparazione delle «sanatorie» in esame con l'amnistia, la quale non può essere considerata come una regola comune di applicazione quotidiana, posta a circoscrivere, secondo i criteri propri di fattispecie normativa, l'efficacia della legge penale per i «tempi normali» ⁽¹¹⁾. In base a motivazioni storiche ed istituzionali, essa è concepita come un rimedio straordinario di diritto costituzionale (manifestazione di potere politico) per i tempi «anormali» ⁽¹²⁾. Per tali ragioni si è autorevolmente proposto di definire l'amnistia quale legge-provvedimento, in quanto intesa a sospendere temporaneamente l'efficacia delle leggi penali anteriori, anziché ad introdurre nell'ordinamento nuove regole stabili dei rapporti sociali ⁽¹³⁾. Anche coloro

ecc. «come può esserlo l'età di una persona rispetto alle norme sulla capacità di agire». Cfr. QUADRI R., *Dell'applicazione*, cit., p. 77.

⁽¹¹⁾ Benché attenga a questioni diverse, va ricordato anche che nella dottrina vi sono molte difficoltà a considerare la «legge di delegazione» dell'amnistia e dell'indulto come una vera e propria delegazione legislativa, ai sensi dell'art. 76 Cost. Quale argomento per negare detta equiparazione, si sostiene che l'amnistia e l'indulto non rientrano nelle competenze «ordinarie» o «normali» delle Camere e, perciò, da esse non possono venir delegate ad altri. In tal senso, cfr. VIRCA, *Diritto costituzionale*, Milano 1975, p. 176, ed anche SCUDIERO, *A proposito della delegazione obbligatoria*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano 1968, I, p. 380 ss. Per altre indicazioni e considerazioni critiche, v. ZAGREBELSKY, *Indulto*, cit., p. 239 ss., *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano 1974, p. 140 ss. e nota 111.

⁽¹²⁾ Tale carattere è ben avvertito in dottrina da quanti fanno notare che l'amnistia e l'indulto, quali provvedimenti collettivi, sono ordinati «a ricondurre la calma nel Paese, quando categorie numerose di cittadini, indotte ad incorrere in reati da transitori motivi di carattere politico-sociale, appaiono turbate da uno stato di angustia». È da osservare che un carattere eccezionale si riscontra anche per gli atti di clemenza intesa a far partecipare gruppi di persone condannate ad eventi fausti per la Nazione. Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1977, p. 392 s. Analoga è la proposta *de jure condendo* nel senso di limitare l'amnistia e l'indulto solo per i delitti politici (con esclusione dei reati comuni), «giacché unicamente per questi le esigenze di pacificazione sociale possono, in date circostanze, giustificare l'abbandono, da parte dello Stato, del potere-dovere di infliggere al reo la pena comminata dalla legge». Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale — Parte generale*, Milano 1975, p. 605.

⁽¹³⁾ Cfr. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, p. 8 ss. ed, in specie, p. 9. Per una conclusione parzialmente conforme, v. ZAGREBELSKY, *Indulto*, cit., p. 236 s. Secondo questo A. l'indulto proprio, in quanto retroagisce, ha valore di

che credono di riscontrare, invece, il contenuto di legge in senso materiale o di legge-norma nell'amnistia, devono riconoscerne, in ogni modo, il carattere di legge temporanea ed eccezionale, in deroga straordinaria alla legge penale comune ⁽¹⁴⁾.

Va notato che per l'amnistia sono prestabilite nell'art. 79 Cost. previsioni apposite circa la competenza e la procedura, mentre le «sanatorie» di cui all'art. 36 della legge n. 110 del 1975 sono inserite nel contesto degli articoli di una comune legge penale, senza alcuna particolare distinta qualificazione formale ⁽¹⁵⁾. E, perciò, non riesce nemmeno chiaro discernere il fine politico, come per l'amnistia, l'indulto e la grazia, istituti reputati estranei al diritto penale inteso nel senso più ristretto, quali atti d'indirizzo politico ⁽¹⁶⁾. Ma, dietro le apparenze, l'art. 36 della legge n. 110 del 1975 ha in comune con i poteri di clemenza contemplati dalla Costituzione l'effetto di determinare un'interruzione straordinaria e temporanea del nesso legale di

provvedimento generale; l'indulto improprio, invece, è da considerare norma o legge in senso sostanziale, in quanto rivolto al futuro.

Per la stessa opinione nella dottrina germanica, v. SCHMIDT E. *Begnädigung und Amnestie*, in ANSCHÜTZ U. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*. II, Tübingen 1932, p. 563.

⁽¹⁴⁾ In merito, v. CRISAFULLI, s.v. *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 938 e nota 26.

⁽¹⁵⁾ Va ricordato che in dottrina è stata considerata la rilevanza generale che nel sistema costituzionale assume il carattere unico del procedimento tipico per l'amnistia e l'indulto, dato dalla combinazione della legge formale di «delegazione», da taluno detta necessaria, e dal successivo decreto del Presidente della Repubblica. V. FERRARI, *Le leggi rinforzate nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Studi sulla Costituzione*, III. (a cura del Comitato nazionale per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione), Milano 1958, p. 482; CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Padova 1976, p. 84 s.; *Fonti del diritto*, cit., p. 961 nota 77; PALADIN, *Le delegazioni di amnistia e di indulto*, in *Giur. cost.* 1962, p. 1476 ss.

⁽¹⁶⁾ Si può rimandare all'insegnamento del MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., p. 13 ss., secondo cui tutte le leggi provvedimento — sia personali sia di carattere generale — hanno come elemento comune il fatto di costituire «espressione di indirizzo politico».

Sul punto, v. anche CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961, p. 164 ss.

precetto e sanzione, con la sottrazione di alcuni reati (e dei colpevoli) alle conseguenze solite della norma penale.

4. In rapporto alle considerazioni del paragrafo che precede, si può anche proporre il quesito se nel nostro ordinamento siano da riconoscere sanciti principî di «tipicità» e di «tassatività» per gli atti di «perdono», «clemenza», «condono» in deroga alla legge penale.

Nelle disposizioni costituzionali, appare fissato un elenco chiuso, comprendente le figure dell'amnistia, dell'indulto e della grazia, figure divenute stabili e ben definite nell'evoluzione del nostro diritto pubblico. Solo mediante l'una o l'altra di tali figure sarebbe, pertanto, consentito, quando fosse richiesto da motivi politici od umani, far cadere le azioni penali per certi reati o far cessare gli effetti di condanne già pronunziate. Al legislatore risulterebbe, perciò, sottratta qualsiasi facoltà di disporre con provvedimenti diversi, «atipici» od «anomali», per conseguire quegli stessi fini ⁽¹⁷⁾.

Alle ragioni derivanti dai summenzionati criteri più generali statuiti nella carta costituzionale circa l'assetto dei poteri, la disciplina degli atti, il rigore delle procedure, sono da aggiungere altri argomenti di ordine più specifico. La concezione dello storico principio di legalità del diritto penale, così come ribadito negli artt. 25 comma 2, 101 comma 2, 112 Cost., importa che la fattispecie penale deve sempre essere mandata ad effetto per tutti quanti i casi concreti ad essa riducibili, senza eccezioni. Le ragioni di umanità, di equità nonché di clemenza devono ispirare il legislatore e trovare espressione nella legge generale, astratta e fissa nel tempo, cui deve conseguire la «infallibilità» nell'ese-

⁽¹⁷⁾ Le costruzioni concettuali intese ad elaborare categorie comuni unitarie comprendenti tutti i casi di estinzione del reato e della pena potrebbero, forse, offrire motivi utili a giustificare l'introduzione di atti di clemenza «atipici» o «anomali» diversi dai tipi costituzionali. Tale considerazione sembra suggerita da alcuni accenni di ZAGREBELSKY, *Indulto*, cit., p. 235.

cuzione ⁽¹⁸⁾. In armonia con la concezione storica, anche nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente fu avvertito che le previsioni circa le deroghe straordinarie all'applicazione della legge penale, ed i provvedimenti destinati a tale scopo, devono essere interpretati nel senso restrittivo, quali eccezioni alla *ratio* dei principî ⁽¹⁹⁾.

Le argomentazioni sinora svolte non valgono per le «cause» di estinzione del reato e della punibilità previste in disposizioni normative di legge stabilite a tempo indeterminato (oltreché generali ed astratte), da cui sono definiti i limiti connaturali dell'efficacia della legge penale, per le condizioni «normali» ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Sono da ricordare, in proposito, i classici argomenti dei teorici illuministi e liberali contro ogni sorta di clemenza, grazia ed indulgenza. Chiari sono, ad esempio, alcuni passi del BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cap. XX (ed. cit., p. 290): «...la clemenza è la virtù del legislatore e non dell'esecutore delle leggi; che deve risplendere nel codice, non già nei giudizi particolari». «siano dunque inesorabili le leggi, inesorabili gli esecutori di esse nei casi particolari; ma sia dolce, indulgente, umano il legislatore».

Sul tema v. le appropriate e puntuali considerazioni di ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, cit., p. 58 ss. e *passim* e di PANSINI, *Amnistia ed eguaglianza dei cittadini*, Pollena (NA.) 1974, p. 40 ss., 48 ss. e *passim*, che richiamano, oltre al Beccaria, anche il Filangieri, il Carmignani, il Romagnosi ed il Constant. Per una critica della concezione del Beccaria, basata sulla considerazione che la legge generale ed astratta non riesce a dare sempre una disciplina adeguata dei fatti e che, pertanto, sono necessari correttivi recati da provvedimenti di clemenza, v. RACIOPPI e BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino 1905, p. 412 ss. Per altri riferimenti, v. ZAGREBELSKY, s.v. *Grazia*, (*diritto costituzionale*), in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, p. 767, in nota 46.

⁽¹⁹⁾ In particolare, va ricordato l'intervento dell'On. PERSICO nella seduta plenaria dell'Assemblea Costituente del 28 ottobre 1947. Cfr. *La Costituzione Italiana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, (a cura della Camera dei Deputati-Segretariato generale), Roma 1970, vol. IV, p. 392 s. (l'A. parlò dell'amnistia e dell'indulto come di «atti eccezionali che devono corrispondere a momenti e a necessità eccezionali»).

⁽²⁰⁾ Si può osservare, in proposito, che da parte di «scrittori autorevolissimi» le cause di non punibilità «originarie» sono state anche definite come cause d'inesistenza del reato. Cfr. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., p. 616 s. A prescindere da ogni altra questione, è chiaro che una tale opinione è fondata sulla considerazione che le cause di non punibilità «originarie» sono stabilite in disposizioni legali analoghe alle previsioni di reato (*fattispecie*) e perciò idonee a coordinarsi con esse in un comune «combinato disposto». L'amnistia e l'indulto, invece, non sono cause

Illegittime sono, invece, da definire le «sanatorie» contemplate nell'art. 36 della legge n. 110 del 1975, in quanto consistono nella concessione, in modo «atipico» ed «anomalo», di esenzioni temporanee e straordinarie, *una tantum*, dalle conseguenze penali per alcuni fatti criminosi già compiuti ⁽²¹⁾. Si può aggiungere che per le questioni in esame non valgono molti degli argomenti addotti, di solito, a giustificare l'approvazione di leggi-provvedimento: queste sono pur indicate quali strumenti necessari per l'azione politica e sociale dei giorni nostri, ma ciò non conduce, di per sé solo, a negare che la legge, alla quale il giudice è vincolato e secondo la quale è tenuto a giudicare, debba avere carattere di norma generale ed astratta, o di fattispecie normativa ⁽²²⁾.

5. Nella sentenza n. 26 dell'anno 1978 non è fatto il pur minimo accenno alla legittimità delle disposizioni «atipiche» di clemenza, né alcuna considerazione in proposito era enunciata nelle ordinanze di rimessione dei Tribunali di Parma e di Roma.

Se si può prescindere dall'esprimere qualsiasi supposizione sulle conclusioni cui la Corte potrebbe pervenire in un giudizio dedicato *ex professo* alla materia, bisogna, peraltro, notare che — anche a riconoscere come ammesse, in ipotesi, disposizioni di tale specie — sarebbe, volta a volta, da esaminare, se ciascuna di siffatte disposizioni rientri nei limiti risultanti dall'insieme dei principi e delle disposizioni costituzionali.

originarie ma sopravvenute e perciò non costituiscono a rigore alcun combinato disposto con la fattispecie penale.

⁽²¹⁾ Per l'art. 36 della legge n. 110 del 1975 si possono anche ripetere alcune considerazioni fatte a proposito dell'amnistia, come atto che segue «quando già una norma penale ha avuto per un certo tempo *vigore, validità giuridica*». Cfr. DELL'ANDRO, s.v. *Amnistia (diritto penale)* in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 309. L'art. 36 infatti importa esonero di responsabilità dalle pene previste per i detentori di armi ed esplosivi in leggi anteriori.

⁽²²⁾ Sulla connessione del diffondersi delle leggi-provvedimento con l'evoluzione dello «Stato di diritto» in senso sociale (o di contemperamento con il c.d. «Stato sociale»), v. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. Milano 1973, p. 103 ss. Cfr., anche, IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. e Soc.* 1978 p. 623 ss.

In armonia con quanto rilevato nei paragrafi che precedono, per le stesse disposizioni di clemenza, ed in particolare per l'art. 36 della legge n. 110 del 1975, si pone l'esigenza di un esame in rapporto agli insegnamenti elaborati per le leggi-provvedimento.

Sembra anche utile, sotto la medesima visuale, comparare le sanatorie sancite dall'art. 36 della legge n. 110 del 1975 con gli atti di clemenza stabiliti nel diritto costituzionale, considerati in ragione degli effetti particolari di deroga alle leggi penali.

Si possono distinguere, da un lato, l'amnistia e l'indulto, in quanto consistono nella dichiarazione temporale di inefficacia per una serie di norme giuridiche (sul reato o sulle pene) le quali norme riacquistano successivamente il loro pieno vigore: tali atti, perciò, sono stati anche considerati come esempi di «sospensione» della legge ⁽²³⁾. La grazia, invece, è anche riconosciuta come esempio della «dispensa», quale deroga o rottura — singolare, per un solo caso, oltreché concreta e contingente — di norme giuridiche generali, che persistono immutate per ogni altro rapporto ⁽²⁴⁾. Si ritiene che l'amnistia e l'indulto possano riuscire in accordo con il principio di uguaglianza, in quanto

⁽²³⁾ Cfr. in particolare CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1962, p. 309; LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Milano 1956, p. 87. Per cenni sulla stessa tesi, v. anche VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino 1942, p. 120 ss. V, anche, PANSINI, *Amnistia ed eguaglianza dei cittadini*, p. 64 ss.

⁽²⁴⁾ Ricollegavano l'istituto della grazia alla figura della dispensa RACIOPPI e BRUNELLI, *Commento*, cit. p. 415. La stessa opinione risulta successivamente riproposta dal CARBONE, s.v. *Dispensa (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 147 e dal MORTATI, *Sulla competenza amministrativa del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.* 1960, p. 313 (l'A. sembra aver cambiato d'avviso in tempo successivo, come risulta in *Istituzioni*, cit., II, p. 777 e note ivi). Qualche analogia si può riscontrare nell'opinione — oggi prevalente — secondo cui la grazia è considerata atto di governo (o atto politico). V., ad esempio, CHELI, *Atto politico*, cit., p. 88. Per altre indicazioni generali sulla natura della grazia, v. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., p. 132 ss.; CAMERINI, *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Padova 1967, p. 5 ss.; ZAGREBELSKY, *Grazia*, cit., p. 759 ss.

sono approvati con leggi propriamente generali, ancorché concrete ⁽²⁵⁾.

La grazia, invece, si giustifica come imperativo del caso singolo, il quale risulta assolutamente irriducibile con altri sotto un paradigma comune, e rappresenta come un'attuazione estrema della affermazione secondo cui ignorare i caratteri propri di un solo caso diverso dagli altri e volerli assolutamente livellare costituisce una violazione dello stesso principio di uguaglianza oltreché un'ingiustizia ⁽²⁶⁾.

La «sanatoria» disposta al primo comma dell'art. 36 della legge n. 110 del 1975 non pare riducibile all'una o all'altra delle due figure sopra menzionate. Da un lato non si potrebbe parlare di vera e propria «sospensione», poiché le leggi penali anteriori derogabili in forza di esso art. 36, avevano mantenuto il loro pieno vigore, tant'è — come nota la sentenza n. 26 del 1978 — che nel periodo in essa indicato seguitarono a svolgersi senza alcun limite, tutte le attività della polizia e della giurisdizione penale necessarie a scoprire e reprimere i reati di detenzione abusiva di armi. Era solo concessa l'esenzione della pena per il reato già commesso e continuato a quanti riuscissero a denunciare od a consegnare, secondo i casi, certi tipi di armi, esplosivi e congegni micidiali, senza prima essere stati scoperti. Più che di una «sospensione» generale di norme va riscontrato un periodo di contrasti e competitivismi in certo modo autorizzati, e tra pretese ed iniziative reciprocamente contrapposte: il desiderio del reo di beneficiare della sanatoria, con l'adempimento tardivo

⁽²⁵⁾ A proposito vanno considerati gli insegnamenti circa i c.d. «atti amministrativi» di contenuto concreto, «non normativo». V. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano 1963, *passim*. Cfr. anche le considerazioni in MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., p. 102 ss., 195 ss. e *passim*.

⁽²⁶⁾ Per tale opinione espressa in termini penetranti, v. BOBBIO, *Eguaglianza e dignità degli uomini*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite* (a cura della S.I.O.I. e della Comun. naz. U.N.E.S.C.O.), Padova 1963, p. 36. Sul principio di eguaglianza e la potestà di clemenza, v. per le critiche degli autori «classici», ZACREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia, Profili costituzionali*, cit., p. 58 ss.

dei propri obblighi legali nel termine di proroga e, di contro, i doveri degli ufficiali di polizia per l'accertamento dei reati e del pubblico ministero per l'azione penale. Entro il termine dei sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, tali conflitti potevano essere risolti secondo il vecchio criterio *qui prior est tempore potior est iure*, riproposto dal legislatore.

D'altro canto, deroghe alla legge così concepite nell'art. 36 della legge n. 110 del 1975, appaiono difformi dalla dispensa la quale consente che ciascuna proroga singolare alla norma di legge sia voluta con apposita decisione specifica dell'autorità, e non sia lasciata dipendere da un insieme di eventi del tutto incalcolabili, come la minor abilità o sfortuna del reo nell'adempimento tardivo o la maggior perizia o fortuna del reo nel portare a termine l'adempimento tardivo o la maggior perizia o fortuna degli agenti di polizia a scoprire le armi detenute senza apposita licenza.

6. Nella sentenza n. 26 è anche richiamato un criterio di giudizio e decisione, elaborato nella giurisprudenza della Corte, al fine di verificare i limiti entro cui può essere riconosciuta legittima la decisione se assunta dal legislatore nello statuire discipline diverse, per condizioni di fatto stimate pure diverse secondo valutazione discrezionale di esso legislatore. Tale è il criterio detto della «ragionevolezza» o «non arbitrarietà», termine «generico» ed «elastico» sotto il quale, nelle singole sentenze, sono spesso esposte od accennate considerazioni circa i fini imposti nella Costituzione al legislatore e circa l'idoneità degli strumenti appositamente contemplati nelle leggi per attuare quegli stessi fini ⁽²⁷⁾. Nell'impossibilità di dedicare ad un argomento tanto complesso una pur sommaria trattazione, sembra che nel

(27) Sul concetto di «ragionevolezza», v. ZACREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, cit., p. 84 ss. e *passim*. V., anche, oltre alle indicazioni date, *supra*, alla nota 6, PANSINI, *Amnistia ed eguaglianza dei cittadini*, cit., p. 62 e per la disamina di una questione specifica, CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 66 s.

caso in esame, si sarebbero dovute tener presenti le ragioni che possono indurre a render talora inoperanti gli effetti della legge penale, con atti di clemenza. Tali sono, a ben guardare, le stesse ragioni che informano le regole fondamentali del diritto penale e del potere punitivo. Queste ultime ragioni, secondo gli insegnamenti tramandati dal passato, sono da riconoscere in motivi di «etico» e di «utile», ossia di giustizia nel retribuire le violazioni del diritto e di difesa dell'ordine civile e della coesistenza pacifica. Sono insegnamenti ripetuti negli articoli della Costituzione repubblicana informati a modelli storici ⁽²⁸⁾. Nel capoverso dell'art. 27 è aggiunto che le punizioni devono anche rispondere al senso di umanità e tendere alla rieducazione del condannato. Ma anche in questo caso sembra trattarsi di limiti e temperamenti imposti alle pretese di attuare le esigenze di utile e di etico ⁽²⁹⁾. Quanto poi agli atti di amnistia, indulto e grazia, è facile osservare che sono atti politici per motivi istituzionali e quindi connessi ad un qualche fine concreto. Anche a tali fini si ricollegano quelle ragioni di etico e di utile comuni anche alla legislazione penale ⁽³⁰⁾. Solo che vi è una differenza: nella legislazione penale quei fini si manifestano, per così dire, mediati attraverso le fattispecie legali ed al giudice tocca solo di far applicazione della legge generale ed astratta nei casi concreti ⁽³¹⁾. Nel caso di

⁽²⁸⁾ Sul punto v. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, Milano 1972, p. 359 s.

⁽²⁹⁾ Sul significato del 3° comma dell'art. 27 Cost. si possono tener presenti due impostazioni, dovute a presupposti di scuole penalistiche diverse. RANIERI, *Il 2° Cpv. dell'art. 27 della Costituzione ed il problema della rieducazione del condannato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Menotti De Francesco*, Milano 1957, I, p. 561; BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1958, p. 633.

⁽³⁰⁾ L'aspetto indicato nel testo è stato avvertito, sia pur in modo improprio, nella vecchia dottrina, dagli autori che consideravano gli atti costituzionali di clemenza come atti di natura giurisdizionale in senso sostanziale, in quanto accomunati alla giustizia per affinità di contenuto. Per indicazioni Cfr. VASSALI, *La potestà punitiva*, cit., loc. cit.

⁽³¹⁾ Un criterio in parte analogo a quanto enunciato nel testo era stato assunto da parte della dottrina per sostenere che il principio costituzionale di eguaglianza davanti alla legge giustifica il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi, ma

leggi-provvedimento (come tutti i provvedimenti subito rivolti all'azione senza interpretazione di altri criteri) quei fini sono assunti a regola immediata e diretta di azione e, perciò, operano immediatamente come canoni dell'agire.

Secondo gli insegnamenti della stessa Corte Costituzionale, pertanto, in tali casi dovrebbe pur ammettersi un controllo sui fini, sia pure nei limiti esterni della legittimità, quanto meno circa il sussistere o no dei fini stessi ⁽³²⁾.

Se, come dice la Corte Costituzionale, nella sentenza *de qua* nella figura dell'art. 36 della legge n. 110 del 1975, come pare, è da farsi richiamo ad un'ipotesi di «ravvedimento attuoso», allo scopo di ottenere il beneficio, si sarebbe dovuto consentire a tutti un'effettiva, sicura e pari possibilità di ravvedimento. Tale è la ragione sia di politica criminale che di etica sottostante, ad esempio, alle disposizioni dei commi 3 e 4 dell'art. 56 e 62, n. 6 del codice penale ⁽³³⁾.

Analoga *ratio* si riscontra nella norma dell'art. 596 del cod. proc. pen. dal quale risulta che nei casi in cui la concessione dell'amnistia e dell'indulto sia stata subordinata all'adempimento di particolari condizioni od obblighi (art. 151 comma 3 cod. pen.), mediante la sospensione del processo, è dato ai potenziali

non anche per gli atti sottoposti alla legge, giudiziari ed amministrativi pure discrezionali. Per questi ultimi l'eguaglianza era ritenuta fondata dal vincolo alla legge. Cfr. ESPOSITO, *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova 1954, p. 39 ss. (ivi il saggio *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*).

⁽³²⁾ Nel testo è fatto riferimento alla tesi accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 14 del marzo 1964, in cui fu affermata la competenza della stessa Corte ad esercitare «il sindacato di legittimità sull'esistenza dei fini di utilità generale» (ai sensi dell'art. 43 Cost.) Cfr. il testo di detta sentenza in *Giur. cost.* 1964, p. 129 ss. Ivi a p. 144 si può leggere un'importante nota di PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità delle leggi*.

Per altre indicazioni circa l'ammissibilità di sindacato per verificare sull'eccesso di potere nelle leggi-provvedimento, v. MORTATI, *Le leggi-provvedimento*, cit., p. 195 ss.

⁽³³⁾ In particolare, va tenuto presente il pensiero dell'ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano 1975, p. 406. Vanno, altresì, LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli 1963, p. 175 ss.; SERIANNI, *La desistenza volontaria e il ravvedimento attivo*, Napoli 1966, p. 115 ss.

beneficiari un congruo termine di tempo per adempiere alle condizioni ed agli obblighi stabiliti ⁽³⁴⁾.

Nell'art. 596 cod. proc. pen. si potrebbe anche riconoscere l'espressione di un principio generale del nostro ordinamento giuridico ⁽³⁵⁾.

Alla luce delle considerazioni che precedono risulta evidente come rimanga indimostrato se sussista alcunché di utile o di etico nel concedere un premio al reo ravveduto, non solo in ragione del suo comportamento volontario, ma anche da circostanze del tutto fortuite, prima ancora che indipendenti dalla di lui volontà ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Sulla portata ed il rilievo dell'art. 596 Cod. proc. pen., v. GIANZI, s.v. *Indulto* (Dir. pen.) in *Enc. Dir.*, XXI, Milano 1971, p. 265 ss.; *Indulto condizionato e giudice competente per la revoca*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.* 1962, p. 911; FRISOLI, *Osservazioni in tema di indulto condizionato*, in *Riv. it. Dir. Pen.* 1948, p. 382; PANNAIN, *Irrevocabilità dell'indulto applicato dal giudice di cognizione*, in *Arch. Pen.* 1950, II, p. 8; SABBATINI GIUSEPPE, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino 1953, p. 308 ss.; VERGINE, *Revoca dell'indulto e reato continuato*, in *Monitore dei Tribunali* 1976, p. 157; DESSI, *Ancora sulla revocabilità dell'indulto erroneamente concesso con sentenza definitiva*, *Giust. Pen.* 1957, III, c. 73. MATERIA e SICILIANO, *Amnistia e indulto nella giurisprudenza*, Milano 1978, p. 125 ss.

⁽³⁵⁾ Si potrebbe pensare all'applicazione parziale di un principio di *favor rei*, come criterio più generico distinto dal *favor libertatis*, considerato, quest'ultimo, come difesa più specifica della libertà personale dell'imputato. Cfr. CHIAVARIO, s.v. *Favor libertatis*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 2 ss. ed anche LOZZI, s.v. *Favor rei*, *ibidem*, p. 10 ss., ed, in ispecie, p. 33 ss.

⁽³⁶⁾ Qualche breve osservazione merita il passo della sentenza n. 26/1978, ove la Corte fa notare: «Risulterebbe sommamente pregiudizievole per il consorzio civile e irridente per la giustizia il fatto di chi potesse continuare a detenere, tranquillamente, se non addirittura spavalidamente, un arsenale di armi sol perché è in attesa della scadenza del termine per la sua denuncia, effettuata la quale è esentato dalla punibilità». Ora non è detto che fosse proprio da preferirsi assolutamente la punizione della spavalderia manifestata da alcuno nel ritardare la consegna per qualche giorno di armi già scoperte dalla polizia. A diversa valutazione, forse, avrebbe condotto non solo il criterio generico del «*favor rei*», ma anche una valutazione di utilità pratica, a causa del «costo» elevato della giustizia. Oltre l'ipotesi della detenzione spavalda di un intero arsenale, poi, si sarebbero potuti considerare forse anche altri casi, come quello del detentore di una sola arma, pentito, sorpreso per via mentre si stava recando a consegnare l'arma stessa agli uffici di polizia; oppure la scoperta, magari in seguito a delazione, di un'arma detenuta da un lavoratore

Né, in ultima analisi, sarebbe stato inopportuno richiamarsi ai vecchi insegnamenti intesi nel senso classico, quali *salus* (come «salvezza»), *securitas temporalis*, *tranquillitas*, da cui è derivato come «necessario che ciascuno sappia, una volta concepita l'azione . . . come l'azione sarà qualificata» e «ciascuno sia portato alla fiducia in sé e negli altri, e nel futuro» ⁽³⁷⁾.

subordinato ad orario fisso che avesse pensato di aspettare di compiere la consegna dell'arma in un giorno di libertà dalle proprie occupazioni.

⁽³⁷⁾ Le espressioni riferite *supra* nel testo sono prese da LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1950, p. 75 ss.

ARNALDO BISCARDI

LA CHIESA E LE ORIGINI DEL DIRITTO CANONICO (*)

(*) Viene qui pubblicato (senza modificazioni e con la sola aggiunta di sobrie note, che ho ristretto — nel loro numero — al minimo indispensabile) il testo di una conferenza, che io tenni su invito congiunto dell'Università Ebraica e della Società Nazionale «Dante Alighieri» il 27 aprile 1977 nella sala del «Christian Information Center» di Gerusalemme. Mentre appaiono altrove, in lingua inglese, alcuni miei contributi romanistici, tratti dai seminari che io svolsi nelle Università israeliane durante il mio soggiorno della primavera scorsa nello Stato d'Israele, come ospite di quel Governo, sono lieto di riservare a *Studi Urbinati* la mia unica conferenza in italiano del cielo risalente a codesto gradito soggiorno, anche per adempiere in qualche modo ad un debito da me contratto con l'Università di Urbino, cui mi legano ormai da molti anni intensi vincoli di collaborazione didattica e scientifica.

Mi preme tuttavia di sottolineare che si tratta di una conferenza destinata ad un pubblico di alta cultura, ma non di specialisti, e che perciò non vuol essere niente più di una sintesi panoramica del tema che — per desiderio dei promotori — ne costituì l'oggetto, sia pure con ampia innervatura di spunti personali. E, poiché alla conferenza fece seguito un'animata discussione — che io ricordo con particolare compiacimento — non posso neanche esimermi dal aggiungere che, protestando in materia teologica la mia... specifica incompetenza, volli sempre rimanere abbarbicato nel dialogo al terreno mio proprio, evitando ogni sconfinamento nell'ambito dei problemi, su cui mi avrebbero volentieri trascinato (anche in relazione agli esiti del Concilio Vaticano II) i miei dotti interlocutori chierici, ossia i Padri Francescani O.F.M. ai quali è affidata la custodia dei Luoghi Santi, e — primo fra tutti — il loro autorevolissimo Superiore P. Mancini, cui tengo ad esprimere la mia più viva gratitudine per i suoi lusinghieri, anche se in qualche caso polemici, interventi.

SOMMARIO: 1. I due aspetti indissociabili del problema: la Chiesa come istituzione e la Chiesa come fonte di norme giuridiche. — 2. L'ordinamento primitivo della Chiesa: il c.d. «concilio di Gerusalemme» (49 d.C.) e la testimonianza di Tertulliano (*Apol.* 39, 1-5). — 3. Dall'editto di Milano (313) alla costituzione di Teodosio il Grande (380) ed agli sforzi della Chiesa per la sua emancipazione dalla tutela del potere politico. — 4. Il principio di papa Gelasio (492-496) e le due *auctoritates*. Oriente e Occidente: il cesaropapismo, i barbari e la nuova *res publica Christiana*. — 5. Dalla *renovatio imperii* carolingia (800) alla restaurazione ottoniana, e dalla lotta per le investiture al concordato di Worms (1122): momenti storici essenziali che si riflettono sulla genesi e sullo sviluppo del diritto canonico nella sua consistenza normativa. — 6. Storia esterna dei *fontes cognoscendi* del diritto canonico fino all'età di transizione (*ius vetustissimum*). — 7. Influenze romanistiche nel linguaggio, nella tecnica normativa e giudiziaria, nelle istituzioni del diritto canonico primitivo. — 8. La teoria canonistica delle fonti ed il suo fondamento religioso: teologia e diritto canonico. L'equilibrio ideale fra legge ecclesiastica e diritto romano come *lex mundana* per eccellenza. Oscillazioni di tale equilibrio nell'antitesi fra curialisti e regalisti fino a Pietro Crasso ed all'avvento dell'*utraque lex* come spina dorsale della *societas Christianorum*. — 9. L'età di transizione (secoli IX-XII): gli inizi di una elaborazione sistematica del diritto canonico e la recezione del diritto romano nei testi canonistici. — 10. Verso il *Decretum Gratiani*: la norma giuridica (*ius*) come regola di giustizia (*directum*) è una conquista permanente della Chiesa nel campo del diritto.

1. Il problema storico relativo alle origini del diritto canonico ha due aspetti, che non possono essere dissociati l'uno dall'altro: la Chiesa come istituzione e la Chiesa come fonte di norme giuridiche. Ciò vuol dire che il problema, di cui si tratta, può e deve essere considerato sia sotto il profilo della teoria istituzionalistica, sia sotto quello della teoria normativistica, in quanto le due teorie non si escludono, ma s'integrano a vicenda nella raffigurazione del fenomeno giuridico ⁽¹⁾.

(¹) Sulla questione dei rapporti dogmatici e storici fra «norma» e «ordinamento» non starò a ripetere quanto ho detto nel sommario del mio corso di lezioni *Ordinamento, prassi e giurisprudenza alla luce del diritto romano*, Milano 1975, pp. 2-38.

Non è quindi neppure il caso di soffermarci, allo stato attuale dei nostri studi, su certe perplessità al giorno d'oggi definitivamente superate circa la originaria giuridicità dell'ordinamento ecclesiastico, le quali potevano giustificarsi solo di fronte alla concezione di una mera statualità del diritto, affermandosi che prima della *renovatio Imperii* le regole canoniche in quanto tali non erano norme giuridiche perché alla loro attuazione coattiva mancava il braccio secolare ⁽²⁾ o che, quanto meno, di un vero e proprio diritto della Chiesa non si potrebbe discorrere se non dopo l'editto di tolleranza costantiniano, che l'avrebbe riconosciuta come associazione lecita e dotata di un proprio *ius statuendi* ⁽³⁾.

2. Ma, in realtà, il diritto canonico esiste — anche se il suo consolidamento è il frutto di un processo formativo assai lento — fin da quando è esistita la Chiesa come comunità dei credenti nel Cristo. Se il grano di senape doveva gonfiarsi e crescere in un immenso albero che abbracciasse tutta la terra dopo la morte, la resurrezione e l'ascensione del suo fondatore, quella comunità non poteva non coincidere *ab initio* con un ordinamento giuridico; e, se qualunque ordinamento giuridico è distribuzione di compiti fra i consociati per il raggiungimento dei fini che la società si propone, codesta distribuzione non poteva attuarsi se non mediante regole di condotta, comunque poste. Ecco perché, a prescindere dalle norme custodite nell'Antico e nel Nuovo Testamento, essendo la Chiesa destinata ad espandersi, al di fuori del mondo giudaico, fra i gentili, già nell'anno 49, a Gerusalemme, gli apostoli riuniti decisero — come risulta dagli Atti stessi degli Apostoli (XV, 28-29) e dalla lettera di S. Paolo ai Galati (2,3) — che i pagani convertiti fossero dispensa-

⁽²⁾ SOLMI, *Stato e Chiesa secondo gli scritti politici da Carlomagno fino al Concordato di Worms*, Modena 1901, p. 17 ss.

⁽³⁾ BESTA, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*¹, Padova 1926, p. 45 (l'affermazione resta, benché un po' attenuata, in *Avviamento*², Milano 1946, p. 84).

ti dalla circoncisione e da altre prescrizioni in vigore, tranne il divieto di mangiare la carne degli animali immolati agl'idoli o quella degli animali soffocati e l'obbligo di astenersi dalla fornicazione: ed era questa la prima nuova legge ecclesiastica universale ⁽⁴⁾. Ecco perché in un famoso passo dell'*Apologetico* (XXXIX, 1-5), scritto da Tertulliano nel 197, la Chiesa, ancora primitiva nelle sue strutture, ci appare tuttavia già come un ordinamento istituzionale perfetto:

Corpus sumus de conscientia religionis et disciplinae unitate et spei foedere. Coimus in coetum et congregationem. . . disciplinam praeceptorum. . . inculcationibus densamus. Ibidem etiam exhortationes, castigationes et censura divina: nam et iudicatur magno cum pondere, ut apud certos de Dei conspectu, summumque futuri iudicii praeiudicium est, si quis ita deliquerit, ut a communicatione orationis et conventus et omnis sancti commercii relegatur. Praesident probati quique seniores. . . Modicam unusquisque stipem menstrua die vel cum velit, et si modo velit et si modo possit, apponit. Nam meno compellitur, sed sponte confert.

Anche ammettendo che sia da escludere la identificazione di Tertulliano padre della Chiesa con il giurista Tertulliano, che noi conosciamo attraverso il *Digesto* ⁽⁵⁾, nessuno vorrà negare, di fronte ad un passo come questo, la profonda cultura giuridica di chi lo ha scritto. Ben più del giudizio elogiativo di Eusebio, vescovo di Cesarea, che nella sua *Historia ecclesiastica* dice di aver letto in versione greca l'*Apologeticum*, ben più della provenienza di Tertulliano apologeta dall'ambiente intellettuale di Cartagine, capoluogo dell'Africa proconsolare, celebrata da Giovenale

⁽⁴⁾ Cfr. per tutti DES GRAVIERS, *Le droit canonique*², Paris 1967, p. 29.

⁽⁵⁾ V. da ultimo MARTINI, *Tertulliano giurista e Tertulliano padre della Chiesa*, in *SDHI*, XLI, 1975, p. 79 ss.

come *nutricula causidicorum* ⁽⁶⁾, depone in favore della sua mentalità educata non solo all'arte della retorica ma allo spirito del diritto il riferimento puntuale agli elementi onde consta la struttura della Chiesa come ordinamento: e ciò nel contesto di un'opera concepita come un'arringa in difesa di tutti i suoi correligionari, accusati di appartenere ad una setta malefica degna di persecuzione capitale salvo abiura, dinanzi ad un immaginario tribunale costituito da tutti i governatori provinciali, cui il *De officio proconsulis* di Ulpiano rammentava *quibus poenis adfici oportet eos qui se cultores Dei confiterentur* (Lact., *Div. inst.* 5, 11, 19) ⁽⁷⁾. Infatti, nel tentativo di dimostrare come la comunità dei *fideles Christi* non sia meno innocua ed anzi più benefica — grazie alle sue preghiere *pro imperatoribus, pro ministeriis eorum et potestatibus, pro statu saeculi, pro rerum quiete, pro mora finis* ⁽⁸⁾ — di quei *collegia tenuiorum*, che erano considerati leciti in base al senatoconsulto ricordato nella *lex collegii Lanuvini* ed ai *mandata* imperiali cui allude un frammento di Marciano (D. 47, 22, 1), l'apologeta ci rappresenta la Chiesa come un *corpus* di fedeli associati con il fondamento, tutto spirituale, della *conscientia religionis*: un *corpus*, o *coetus*, o *congregatio*, in cui non manca un'embrionale organizzazione gerarchica (*praesident probati quique seniores*), e quindi una *disciplinae unitas*, alla quale fanno riscontro *castigationes* e *censurae* per coloro che trasgrediscono ai *praecepta*; ma, poiché la disciplina ha radice in quella *conscientia religionis*, che è l'anima dell'istituzione, codeste sanzioni (per le quali i *praecepta* sono garantiti dalla coazione, e rispettati in quanto coloro che ne sono destinatari li accolgono con la convinzione della loro obbligatorietà) non possono essere che sanzioni spirituali (esclusione dalla preghiera,

⁽⁶⁾ Cfr. la bella introduzione del WALTZING a Tertullien, *Apologetique*², Paris 1961, p. XVII ss.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. XXXIV ss.

⁽⁸⁾ Cui allude, in un inciso non riprodotto nella mia citazione (XXXIX, 2), il passo tertulliano del quale stiamo scorrendo.

esclusione dall'assemblea, esclusione dai sacramenti). Così come in ogni altro ordinamento, esiste anche un patrimonio della collettività, formato dai contributi degli associati (*stips*): ma, poiché il loro motivo ed il loro scopo è la *pietas*, codesti contributi sono modici e spontanei, ovverosia in nessun caso coatti ⁽⁹⁾.

A tutto ciò corrisponde quel che noi sappiamo sulla rudimentale organizzazione ecclesiastica dei primi secoli. La massa dei fedeli si distingue già nelle due componenti del laicato e del clero, quest'ultimo suddiviso in gradi (diaconi, presbiteri, vescovo). Esistono già più Chiese nei vari luoghi ed esiste già in potenza la Chiesa universale, che ha il suo centro visibile nella Chiesa romana per due motivi: il primo di ordine sacramentale, perché la Chiesa romana era stata fondata da S. Pietro (Matth. 16, 18: . . . *tu es Petrus, et super hanc petram aedificabo ecclesiam meam*. . .), l'altro di ordine storico-politico, per il fatto che Roma è la capitale dell'Impero.

3. Una tappa della successiva evoluzione è identificabile nell'editto di Milano del 313, che rappresenta l'atto ufficiale di riconoscimento della Chiesa da parte dell'Impero, e per effetto del quale la Chiesa diviene un *collegium licitum* (da *illicitum* che era) ed il suo originario *ius statuendi* ottiene il crisma dell'autorità imperiale. Ma, se fino ad allora la Chiesa aveva lottato per uscire dalla penombra delle Catacombe ed aveva dovuto conquistarsi il diritto di esistere e vivere a prezzo del sangue dei martiri, dopo l'editto costantiniano essa non cesserà di lottare per conseguire la sua piena indipendenza.

Il che non avvenne certo allorquando, con la costituzione di Teodosio il Grande nel 380 (C. Th. 16, 1, 2 = C. I. 1, 1, 1)

⁽⁹⁾ In questa valutazione storico-giuridica della preziosa testimonianza di Tertulliano mi conforta il fatto che essa collima con quella del CALASSO, l'indimenticabile maestro di storia del diritto, che io non rimpiangerò mai abbastanza — oltre che per la sua rara fedeltà di amico — per tutto quel che ho imparato da lui nei lunghi anni della nostra *sodalitas*: v. *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, Milano 1938, p. 182 s., nonché *Medioevo del diritto*, ivi 1954, p. 164.

la religione cristiana fu elevata al rango di religione ufficiale dell'Impero, poiché, se la posizione di privilegio acquistata rispetto ad ogni altro culto avvantaggiò il proselitismo della Chiesa cattolica, questa venne però a trovarsi in un rapporto di subordinazione più intensa di fronte all'autorità degli imperatori.

Conscia di questa sua inferiorità, la Chiesa avvertì allora innanzitutto l'esigenza di irrobustire la propria organizzazione, per emanciparsi un po' alla volta dalla tutela del potere politico e per non abdicare a nessuno dei propri fini. Ed in questa nuova lotta essa fu favorita dalla inarrestabile decadenza dell'Impero: sicché i piloni della indipendenza della Chiesa furono eretti mentre si sgretolavano quelli dell'autorità imperiale.

4. Questa era, infatti, appena crollata in Occidente, che la voce di un grande papa, Gelasio I (492-496), proclamava recisamente il principio dei rapporti fra potere ecclesiastico e potere civile (*Epist. Rom. Pont.*, ed. Thiel, I, 12):

Duo quippe sunt. . . quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacrata pontificum et regalis potestas.

Esistono, dunque, al mondo due *dignitates distinctae*, con distinte missioni (l'una *pro aeterna vita*, l'altra *pro temporalium cursu rerum*), ma coordinate entrambe nella subordinazione all'identico fine, additato da Cristo per il bene dell'umanità.

Codesta voce, che usciva dalla bocca di un vescovo di Roma, quando ormai la Chiesa romana era riuscita ad affermare dopo molteplici dispute e contrasti il suo primato, non fu ascoltata nell'Impero d'Oriente, dove il principio gelasiano sembra in apparenza riecheggiare nella *praefatio* della Nov. 6 di Giustiniano (535), ma in realtà è rinnegato dalla concezione cesaropapista, inquantoché l'imperatore, cumulando nella sua persona il *eascerdotium* e l'*imperium*, nella stessa Nov. 6 si attribuisce la sorveglianza sopra i dogmi della Chiesa e la condotta dei sacerdoti.

Fu così che la Chiesa di Roma volse allora il suo sguardo all'Occidente, che pullulava di barbari cristiani, ma eretici in quanto ariani, e che, seppure abbagliati dalla civiltà di Roma in tramonto, ne avevano disconosciuto l'Impero e non riconoscevano l'autorità della Chiesa. Il compito della Chiesa di convertire i barbari alla fede cattolica e di salvare l'eredità di Roma era arduo: ma la Chiesa non fu impari a tale compito, riuscendo a convogliare forze latenti e polarizzandole intorno all'idea di Roma. Era solo questione di approfittare delle circostanze per risuscitare, ad un certo punto, dalle rovine l'Impero d'Occidente come impero potenzialmente universale, in funzione e a difesa della Chiesa di Cristo.

Unico superstite effettivo fra i regni barbarici, dopo la sconfitta dei Longobardi, il regno franco aveva esteso nel sec. VIII la sua potenza politica su Francia, Germania ed Italia, facendo argine ad Arabi, Slavi ed Avari con le marche di frontiera spagnola, brandeburghese e orientale. Carlomagno era ormai al culmine della sua parabola; Costantino VI, imperatore d'Oriente, era stato deposto e gli occidentali consideravano usurpatrice sua madre Irene; papa Leone III era rientrato a Roma, da cui era stato espulso, con l'aiuto dello stesso Carlomagno. Né può quindi far meraviglia che la notte di Natale dell'800, Leone III cogliesse l'occasione propizia per incoronare Carlo, re dei Franchi, primo sovrano del Sacro Romano Impero: e in conseguenza di tale *renovatio Imperii*, attuata formalmente da un papa, scendeva un crisma religioso sulla corona imperiale, onde la nuova *res publica Christiana* s'identifica per la prima volta nel binomio romanità-sacertà, realizzando nella storia il principio gelasiano ⁽¹⁰⁾.

5. Ma nella *renovatio Imperii* si annidava il germe di futu-

⁽¹⁰⁾ Su tutto ciò cfr. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (traduzione di A. BISCARDI, introduzione di F. CALASSO), Firenze 1962, pp. 30 ss., 43-57, e di nuovo CALASSO, *Medioevo del diritto*, p. 139 ss.

re discordie fra potere ecclesiastico e civile. Difatti, nella corona conferita dal papa, capo visibile della Chiesa, all'imperatore, che assume rispetto alla Chiesa una funzione protettrice, vi è manifestamente una certa equivocità di concetti, che a lungo andare non poteva non condurre ad un conflitto per la supremazia fra le due potestà. Alla Chiesa come organizzazione universale dei credenti nel Cristo faceva riscontro la loro organizzazione potenzialmente universale sul piano politico, cioè l'Impero: ed i due ordinamenti, proprio per la loro universalità, coincidevano.

Sono a tutti note le vicende politiche succedutesi alla restaurazione carolingia. Le tendenze separatistiche si rivelarono dapprima nei contrasti fra Ludovico il Pio ed i suoi discendenti, finché non si verificò la emersione dall'Impero carolingio di tre monarchie indipendenti l'una dall'altra, iniziatasi nell'843 con il trattato di Verdun e definita fra l'887 e l'888 dopo la deposizione di Carlo il Grosso, allorquando ebbe luogo la completa scissione fra Italia, Germania e Francia. Ed occorrerà giungere al 962 perché Ottone I di Sassonia restauri per la seconda volta l'Impero attraverso la fusione dei regni di Germania e d'Italia: restaurazione, che affianca peraltro al binomio romanità-sacertà il germanesimo, donde il consolidarsi della nuova entità politica quale Sacro Romano Impero della nazione germanica.

È pure noto che Ottone I, all'indomani della sua incoronazione ad imperatore, strinse col papa Giovanni XII un accordo — il famoso «privilegio ottoniano» — per cui, mentre riconosceva la legittimità del potere della Chiesa sotto la protezione imperiale, si arrogava il diritto di confermare l'elezione dei papi, rivendicato anche dai successori, fino a quando la rivalità fra Chiesa ed Impero non sboccherà nell'aperto e parallelo conflitto in materia di investiture. Sappiamo infatti che il medesimo Ottone I, dando il governo delle città ai vescovi-conti per fronteggiare i prepotenti feudatari laici del contado, ne aveva assunta la nomina, il che non poteva non provocare un dissidio di competenze con l'autorità del papa, tanto più che uno dei corollari del

principio gelasiano, e precisamente quello che sottolineava la maggiore difficoltà della missione sacerdotale rispetto al ministero civile, poiché i sacerdoti debbono rispondere a Dio anche dell'opera dei re, veniva ora interpretato dalla Chiesa come una comparazione di prestigio fra le due autorità, che avrebbe sancito la superiorità del sacerdozio sulla *regalis potestas*. Di qui le drammatiche fasi della lotta per le investiture, quando, asceso al soglio pontificio il monaco Ildebrando di Sovana col nome di Gregorio VII (1073-1085), questo celebre papa, austero riformatore dei costumi del clero, proclamò nel suo famosissimo *Dictatus* la dottrina teocratica, scomunicò l'imperatore Enrico IV e lo costrinse all'umiliazione di Canossa. Né la lotta cessò, ed anzi venne ad aggravarsi, nei successivi decenni, per concludersi finalmente con il concordato di Worms, stipulato fra il papa Callisto II ed il nuovo imperatore Enrico V. Con tale atto si stabiliva che i vescovi ricevessero l'investitura imperiale dopo la loro elezione e consacrazione, onde all'imperatore non rimaneva che accettare per suoi feudatari quelli che la Chiesa aveva già nominato all'ufficio vescovile secondo le norme canoniche, mentre solo per la Germania si ammise che l'investitura potesse aver luogo fra l'elezione (cui partecipava, col clero, un rappresentante dell'imperatore) e la definitiva consacrazione. Il che significa che, sebbene l'atto nella sua forma ci si presenti come una transazione, esso fu invece, nella sua vera sostanza, una vittoria della Chiesa ed una capitolazione dell'Impero. Ed è per questo che il concordato di Worms apre una nuova era nella storia della Chiesa: e qui ci possiamo arrestare nella ricostruzione di quei momenti storici essenziali, che si riflettono sulla genesi e sullo sviluppo del diritto canonico, visto sotto il profilo della sua consistenza normativa, durante i secoli che precedettero l'apogeo della Chiesa come istituzione e la elaborazione del sistema canonistico da parte dei sommi maestri dello Studio bolognese ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si rileggano, anche a questo proposito, alcune pagine del CALASSO, *Medioevo del diritto*: 169-171, 321, 355, 391 s.

6. Considerando la Chiesa come fonte di norme giuridiche nel periodo anteriore al *Decretum Gratiani*, le fasi dello svolgimento normativo ci appaiono, più che in ogni altro periodo, inseparabili da quelle collezioni di norme, cui si dà il nome di *fontes cognoscendi* del diritto canonico.

Già in questo periodo che, per evitare equivoci — data la relatività della distinzione *ius vetus* - *ius novum*, specie dopo il Concilio di Trento (1545-1563) e la promulgazione del moderno *Codex iuris canonici* (1918) — io chiamerei complessivamente il periodo dello *ius vetustissimum* (attributo assai più espressivo di *antiquum*), è senz'altro applicabile la classificazione, oggi accolta dalla scienza canonistica ⁽¹²⁾ delle norme giuridiche stabilite o fatte valere dalla competente autorità della Chiesa in *ius divinum* e *ius humanae constitutionis* e, per ciascuna di queste due branche, delle loro ulteriori ramificazioni. Difatti, lo *ius divinum* comprende sia lo *ius divinum positivum* (o *ius divinae constitutionis*), che è il diritto della rivelazione, sia lo *ius divinum naturale*, concepito come il diritto che Dio ha impresso nella coscienza umana, e che si manifesta *instinctu naturae* (la legge «che scritta in cor si porta», per dirla con il poeta e glossatore Cino da Pistoia), mentre lo *ius humanae constitutionis* (trascurando qui il fenomeno della *canonizatio*, legato alla c.d. recezione di norme provenienti da altri ordinamenti) abbraccia le tre masse sistematiche dei *canones* in senso stretto (o *canones Conciliorum*), delle norme emanate dal papa e dalle Congregazioni della Santa Sede (come le *epistulae decretales* o *decretales* per antomasia), nonché dell'opinione comune e costante dei dotti (che talvolta riconosce l'efficacia della consuetudine).

Ciò premesso ⁽¹³⁾, è naturale che fin dalle origini la Chie-

⁽¹²⁾ Basti consultare DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*¹² (a cura di G. CATALANO), Milano 1970, pp. 8 ss., 15 ss.; BERTOLA, *Diritto canonico*, in *NNDI*, V, p. 798 s.; STICKLER, *Historia iuris canonici latini*, I (*Hist. fontium*), Torino 1950; NAZ ed altri, *Traité de droit canonique*², I, Paris 1953.

⁽¹³⁾ Per quanto segue, cfr. ancora CALASSO, *Storia e sistema*, p. 191 ss., *Medioevo del diritto*, p. 171 ss.

sa, istituzione divina, ponesse come fonte basilare delle sue norme la Sacra Scrittura, cioè il Vecchio e Nuovo Testamento (di cui, a parte le edizioni originali in ebraico, o in aramaico, o in greco e le più antiche traduzioni di tutti i cosiddetti «libri canonici» in greco, fu *ab antiquo* usata, e ritenuta autorevolissima, la *Vulgata* latina di S. Girolamo, redatta nel IV secolo). Ma, accanto alla Sacra Scrittura, va posta tutta la Tradizione apostolica ed ecclesiastica (quest'ultima racchiusa principalmente nelle opere dei Padri della Chiesa), ossia il complesso delle verità rivelate e dei precetti noti altrimenti che per il tramite di quella.

Dello *ius humanae constitutionis* fonte precipua furono, soprattutto nei secoli IV e V, i Concilii. E di Concilii se ne tennero molti, anche ecumenici, nelle *partes Orientis*: i due primi nel 314, ad Ancira ed a Neocesarea (convocati appena un anno dopo l'editto di Costantino); e poi, fra il 325 ed il 451, a Nicea, ad Antiochia, a Serdica, a Laodicea, a Costantinopoli, ad Efeso, a Calcedonia. Numerose furono, a cominciare proprio dall'Oriente, le raccolte dei *canones* o *statuta Conciliorum*, fra cui talune sistematiche, come quella di Giovanni Scolastico, alla metà del VI secolo, cui ne seguirono altre, che vennero via via accresciute dai compilatori con l'aggiunta delle leggi imperiali riguardanti la Chiesa. Queste ultime collezioni assunsero perciò anzi il nome di *Nomocanones* e la più tarda di esse, quella di Fozio (833) rimase fondamentale per la legislazione canonica orientale dopo il definitivo distacco dell'Oriente da Roma.

Ma i canoni deliberati nei Concilii, e particolarmente in quelli che ebbero maggiore risonanza, non tardarono a diffondersi anche nelle *partes Occidentis* in traduzione latina. E se ne fecero anche delle collezioni, come la *Prisca*, del sec. V, ed altre due, la *Dionysiana* e la *Isidoriana*, che però non contengono esclusivamente materia conciliare e sulle quali è opportuno soffermarsi brevemente.

La *Collectio Dionysiana*, composta a Roma tra la fine del V e il principio del VI secolo da un monaco scita, Dionigi,

consta di due parti: la prima contiene, oltre a 50 dei c.d. *canones Apostolorum*, la versione latina dei più importanti canoni veri e propri di alcuni Concilii, ecumenici e particolari, e la seconda una lunga serie di decretali pontificie, da papa Siricio I (384) a papa Anastasio II (498). Degno di nota è il fatto che già in questa antica raccolta il materiale conciliare sia integrato da quello strettamente legislativo, poiché ciò sta a dimostrare il progressivo affermarsi del primato della sede romana e dello *ius statuendi* del papa in quanto tale. Diffusissima in tutto l'Occidente, dall'Africa alla Britannia, codesta raccolta (o *Corpus canonum*) fu poi, con aggiunte e modificazioni, offerta in dono nel 774 da papa Adriano I a Carlomagno (dove il nuovo nome di *Collectio Dionysio-Hadriana*).

L'altra collezione, detta *Isidoriana* perché erroneamente attribuita a S. Isidoro, vescovo di Siviglia, fu compilata in Spagna, ed è perciò nota anche col titolo di *Collectio Hispana*. Essa pure comprende canoni conciliari e decretali pontificie, da papa Damaso I (366) a Gregorio Magno (590-604): ed è assai probabile che la raccolta stessa si sia venuta formando a poco a poco, risalendo nel suo nucleo originario al sec. VI ed essendosi accresciuta con l'aggiunta delle decretali più recenti.

Un fenomeno singolare, che non può essere passato sotto silenzio, è la fioritura delle falsificazioni, di cui abbiamo in Francia alcuni memorabili esempi nel secolo IX, ossia dopo la *renovatio Imperii* carolingia. Uno è la collezione, di cui si dice autore un monaco di Magonza, Benedetto Levita (ma la raccolta pare compilata a Reims), il quale rimaneggiò la silloge, fatta da Ansegiso, dei *capitularia* — sia *mundana* che *ecclesiastica* — di Carlomagno e Ludovico il Pio, e vi aggiunse, come da lui scoperti, altri capitolari apocrifi, evidentemente imbastiti attingendo alla Bibbia ed a fonti ecclesiastiche di varia provenienza. Un altro esempio, non meno famoso, è la raccolta comunemente nota col titolo di *Decretales Pseudo-Isidorianae*, della quale si professa autore un certo *Isidorus mercator* o *peccator*, e che si presenta

come una compilazione messa insieme sulla base della *Collectio Hispana* e di altri testi che vengono fatti passare come decretali di vari papi, ma che in realtà sono anch'essi di varia origine, e gravemente manomessi o raffazzonati.

Ora dobbiamo dire che, sebbene il fenomeno di cui stiamo parlando non sia stato ancora del tutto chiarito nella pluralità delle sue sfaccettature, esso è indubbiamente sintomatico nel senso che le suddette falsificazioni si riconnettono alla tensione in atto fra Chiesa e Impero ed alla ingerenza dell'autorità laica nelle materie connesse con il potere spirituale, con la vita monastica, con i benefici ecclesiastici e con il culto: onde la Chiesa, non avendo la forza di reagire apertamente a quella ingerenza, cerca tuttavia di scuotere il giogo imperiale mettendo in circolazione un complesso di norme falsificate in armonia con i propri interessi e spacciandole, affinché la loro legittimità non possa essere contestata, quali norme emanate dall'imperatore nella sua funzione di protettore della Chiesa, o per lo meno già recepite e consolidate da una diuturna osservanza.

Ricordiamo infine altre raccolte, di vario contenuto e d'indole diversa, del periodo preparatorio all'epoca di transizione, in cui si fisseranno una volta per tutte le linee direttrici della politica normativa della Chiesa ed in cui matureranno i germi della elaborazione riflessa di tutte le norme canoniche in un sistema, parallelo a quello dello *ius civile*.

Assai importante è il *Liber diurnus pontificalis*, compilato — pare — sotto papa Onorio I (625-638) e successivamente arricchito: esso costituisce un formulario di atti per le svariate competenze della Curia romana. Importanti sono anche i *Sacramentaria* (o *euchologiae*), che contengono le norme per l'amministrazione dei sacramenti (fra cui, di particolare interesse, quelle relative alla celebrazione del matrimonio), nonché sugli usi liturgici e sull'esercizio del culto. Ma importantissimi, soprattutto, sono i *Libri poenitentiales*, prontuario per i confessori, in cui figura l'elenco di tutti i peccati e di tutte le penitenze irrogabili,

secondo le deliberazioni conciliari e le disposizioni pontificie: ed è qui che noi troviamo il primo nucleo, e la prima ossatura, del diritto penale canonico.

7. Se il Cristianesimo rappresentò un fattore di evoluzione del tardo diritto romano, sì da giustificare, entro certi limiti, la denominazione di diritto romano-cristiano con cui talora viene designato l'ordinamento giuridico del Basso Impero da parte di chi voglia porre l'accento sulle orme lasciate in esso dalla nuova religione universale, anche il diritto romano esercitò a sua volta fin dai primi secoli una influenza profonda sull'ordinamento giuridico della Chiesa.

Abbiamo visto già, studiando la preziosa testimonianza di Tertulliano apologeta, come nella sua raffigurazione della Chiesa quale istituzione ricorrono gli elementi strutturali della persona giuridica corporativa: organi, potestà normativa e giurisdizionale, *arca communis*. Ma le influenze romanistiche si manifestano *ab initio* in parecchi altri campi⁽¹⁴⁾.

Così accade, prima di tutto, nel linguaggio. Bastino pochi esempi: *ordo* per indicare i membri della gerarchia ecclesiastica, *potestas* ed *auctoritas* per definire i poteri del papa, i termini *statuta*, *placita*, *constitutio*, *decreta*, *edicta*, *praecepta*, con cui vengono identificati gli atti normativi della Santa Sede, e il loro stile, che è quello della cancelleria imperiale (*decrevimus*, *praecipimus*, *prohibemus*, *interdicimus*, *iudicatum est*, *placuit* etc.). Né, in realtà, si tratta solo di un prestito occasionale da un ordinamento ad un altro, quanto piuttosto di un'automatica estensione del vocabolario giuridico romano.

Così avviene, pure, nella tecnica dell'attività legislativa, conciliare, giudiziaria. Come i rescritti imperiali (*epistulae*, *subscriptiones*) presuppongono sempre una richiesta di funzionari o di

(14) Uno studio abbastanza approfondito su ciò di cui la Chiesa primitiva è debitrice al diritto romano fa parte del libro di J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église au IV^e e V^e siècles*, Paris 1957, p. 204 ss.

privati, allo stesso modo le decretali pontificie vengono provocate di solito da quesiti di vescovi, e più in generale le forme di ricorso al papa sono le stesse (*relatio, provocatio*) dei ricorsi all'imperatore. Gli archivi pontificali sono organizzati ad immagine e somiglianza degli archivi imperiali. Le sessioni dei Concilii s'ispirano, se non altro nelle loro procedure, al diritto pubblico romano. L'esercizio della giurisdizione — sia nel rito dell'*episcopalis audentia*, sia nei mezzi d'impugnativa, sia nella disciplina delle prove, sia nella repressione delle accuse temerarie — trae dal processo romano della *cognitio extra ordinem* la sua linfa vitale.

E se qualche autore ecclesiastico, particolarmente nutrito di cultura giuridica, come S. Ambrogio, non esita a trasporre nella lingua del diritto i dogmi fondamentali della colpa e del riscatto, ciò rivela una tale compenetrazione fra diritto romano, teologia e ordinamento giuridico della Chiesa da spiegarci altresì l'assorbimento di singoli istituti romani, come i limiti del divieto di matrimonio fra collaterali, come le norme regolatrici dell'accesso alle varie cariche e dei rapporti fra i diversi gradi, come le insegne della potestà inerente agli *officia*, come le rigorose circoscrizioni territoriali per l'amministrazione dei soggetti.

8. Nella produzione normativa dei secoli IX-XI e nella pubblicistica coeva si delinea già, in una visuale unitaria, la teoria canonistica delle fonti ⁽¹⁵⁾.

La Chiesa è una istituzione divina, perché fondata da Gesù Cristo e destinata a rendere perenne l'opera della redenzione fra gli uomini. Essa è il Cristo vivente nei secoli, ed è perciò maestra di vita secondo i principî evangelici. Ma, se il diritto canonico

⁽¹⁵⁾ Sui rapporti fra diritto canonico e teologia, costantemente propugnati in ogni tempo dalla dottrina cattolica si vedano, per limitarci a qualche rinvio nell'ambito della letteratura più moderna; GASPARRI, *Catechismus catholicus*, Città del Vaticano 1930, p. 121 ss.; DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 23 ss.; BERTOLA, *loc. cit.*; DES GRAVIERS, *op. cit.*, p. 7 ss.

co — pur assumendo dalla teologia dogmatica le verità della fede come suoi postulati — si distingue dalla teologia morale in quanto, mentre la teologia morale considera il comando etico in riferimento al cosiddetto «foro interno», la cui violazione costituisce il peccato, esso invece riguarda le attività dei fedeli in relazione all'ordine sociale della Chiesa, e cioè al cosiddetto «foro esterno», è altrettanto ovvio che, nel regolare gli atti umani in ordine al fine supremo, che è la conquista dell'eterna beatitudine, il diritto canonico non può prescindere dalle norme che disciplinano quegli atti anche sul piano temporale. Il che vuol dire, in definitiva, che il diritto umano ecclesiastico (*ius canonicum humanae constitutionis*) e quello secolare (*ius civile*) debbono integrarsi a vicenda ed hanno valore in quanto siano conformi ai principî del diritto divino, positivo e naturale, cui essi sono irrevocabilmente subordinati. Questo rapporto fra norme ecclesiastiche e secolari corrisponde pertanto al principio gelasiano sull'equilibrio delle due supreme potestà — *auctoritas sacrata pontificum* e *regalis potestas* — le quali debbono sorreggersi l'una con l'altra.

Se non che noi sappiamo come tale equilibrio, praticamente inconciliabile con l'ideologia cesaropapista degli imperatori d'Oriente, non fu immune da turbamenti nella stessa realtà storica occidentale, vuoi per il tentativo di sopraffazione che l'Impero carolingio cercò di consumare ai danni della Chiesa arrogandosi la potestà di legiferare nelle materie che erano istituzionalmente riservate alla competenza ecclesiastica, vuoi per l'applicazione del privilegio di Ottone I, vuoi per l'abusiva interpretazione ecclesiastica del principio gelasiano come un'affermazione di preminenza dell'autorità del papa su quella dell'imperatore (il che contribuì ad acutizzare non poco la strenua lotta per le investiture), finché non si giunse alle deformazioni speciose della dottrina curialista.

Paradigma delle norme secolari (o *lex mundana* per eccellenza) era stato sempre per la Chiesa il diritto romano, che, nel

connubio con la *lex canonica*, essa era riuscita ad imporre perfino agli Stati barbarici. Non per nulla lo stesso papa Gelasio I, scrivendo a Teodorico, re degli Ostrogoti, per indurlo a rispettare i diritti della Chiesa, non aveva saputo far di meglio che addurgli questa argomentazione *a fortiori*: se il re barbaro aveva ordinato che le *leges Romanorum principum* conservassero vigore *in negotiis hominum*, molto più egli doveva assicurarne l'osservanza *circa reverentiam beati Petri*. Non per nulla il testo della compilazione giustinianea era stato promulgato in Italia per sollecitazione del papa Vigilio. Non per nulla un altro eminente papa, Gregorio Magno, aveva riaffermato come un'ancora di salvezza, dinanzi alla forza brutta degl'invasori Longobardi, il legame ideale fra le due leggi, la *lex canonica* e la *lex Romana*. Non per nulla, finalmente, quel legame ideale lo si ritrova, per ispirazione della Chiesa, nella legislazione di Liutprando ed in quella di Astolfo, suo successore ⁽¹⁶⁾.

Ma al venir meno dell'equilibrio fra le due potestà, *quibus regitur mundus*, nella concezione gelasiana tenne dietro fatalmente una variazione del correlativo rapporto che la teoria canonistica delle fonti aveva fino ad allora propugnato fra diritto ecclesiastico umano e diritto secolare. Corollario della *superior dignitas*, che la Chiesa si attribuì di fronte all'Impero, fu la preminenza, che essa proclamò, del suo diritto di fronte a quello secolare, pretendendo che il diritto secolare non soltanto non potesse essere contrario al diritto divino, ma neppure allo *ius canonicum humanae constitutionis*, che per la sua origine e per la sua stessa destinazione era indubbiamente il più vicino ai precetti di Dio. Questa pretesa suona cruda nelle parole di un polemiista, il cardinale Deusdedit, che alla fine dell'XI secolo, asseriva (*Libellus contra invasores et symoniacos*, cap. 12): «*Saeculi leges, in quantum ecclesiasticis non obviant, sequendae et amplectendae sunt. . . in his autem (scil. constitutionibus), in quibus*

(16) Dati testuali in CALASSO, *Medioevo del diritto*, p. 218 ss.

aperte dissentire videntur, penitus respuendae sunt», ribadendo altrove (cap. 13): «*saeculi leges praeiudicare non possunt canonum auctoritati*». E non basta: poiché su codesta falsariga, la dottrina curialista arrivò a sostenere — in maniera del tutto aberrante — che il diritto romano, in quanto *lex mundana*, potesse esclusivamente trovare nell'autorità della Chiesa il titolo di validità delle proprie norme, in virtù della selezione che essa sola ne avrebbe potuto operare.

La reazione a tali eccessi da parte dei fautori dell'opposta dottrina regalista fu vigorosa, ma tuttavia misurata, e trovò in Pietro Crasso il suo più incisivo suggello, secondo lo spirito autentico della concezione gelasiana (*Defensio Heinrici IV regis*, cap. 4):

Quoniam conditor rerum in rebus, quas condidit, nihil homine carius habuit, duplices ei contulit leges, quibus fluctivagam compesceret mentem ac se ipsum agnosceret conditorisque sui mandata servaret; sed harum unam per apostolos successoresque eorum ecclesiasticis assignavit viris, alteram vero per imperatores et reges saecularibus distribuit hominibus. . . Sed divina bonitas utramque legem ita ratam firmamque divisione communem eis exhibuit, ut utraque clero et populo in sua semper prosit causa. . .

Unico è il fine, che per volontà di Dio le due leggi, la *lex canonica* e la *lex mundana*, perseguono congiuntamente e indissolubilmente, l'una e l'altra all'identico livello, ancorché esse siano distinte qui *ratione personarum* (chierici e laici), oltre che per il riferimento alla duplice autorità ecclesiastica e civile, cui la stessa volontà divina ha affidato la guida terrena dell'umanità: ed è il fine per cui Gesù Cristo ha istituito la Chiesa.

Ecco, dunque, spuntare per la prima volta il concetto dell'*utraque lex*: vale a dire — storicamente — quel concetto che

sarà la chiave di volta nella costruzione ulteriore dell'edificio sistematico, del quale abbiamo — fino a questo punto — messo in luce le fondamenta.

9. Gli inizi di una elaborazione riflessa del diritto canonico, che fanno seguito al consolidarsi di una politica normativa della Chiesa ispirata all'esigenza di bilanciare il potere imperiale dopo la sua emancipazione da esso nel clima dell'*utraque lex*, vanno di pari passo con la recezione del diritto romano nei testi canonistici.

Mentre le raccolte più antiche di canoni conciliari e di decretali — cui abbiamo in precedenza fatto cenno — erano semplici collezioni cronologiche di materiale normativo, nelle quali sarebbe vano ricercare un qualsiasi intento che superi il materiale stesso, le nuove compilazioni dell'epoca di transizione — dal IX secolo alla prima metà del XII — rivelano una tendenza costruttiva e duratura: quella di riordinare sistematicamente il materiale da esse raccolto. E le fonti giuridiche romane offrivano ai canonisti un contributo insostituibile, sia per la loro stessa struttura, sia perché contenevano le leggi imperiali che avevano — da Costantino a Teodosio il Grande e a Giustiniano — privilegiato la religione e la Chiesa di Cristo.

Codeste compilazioni si possono, per meglio valutarle, raggruppare in due periodi, che peraltro non spezzano la continuità dell'epoca di cui si tratta: le compilazioni rispettivamente anteriori e successive al movimento riformatore della Chiesa, che ebbe in Gregorio VII il suo ardentissimo fautore ⁽¹⁷⁾.

Appartengono al primo periodo la *Lex Romana canonice compta*, la *Collectio Anselmo dedicata*, il *De synodalibus causis* e il *Decretum Burchardi*.

Come il titolo già mette in evidenza, la *Lex Romana canon-*

⁽¹⁷⁾ Cfr., una volta di più, il nostro CALASSO, *Storia e sistema*, p. 346 ss., *Medioevo del diritto*, p. 316 ss.

ce compta, risalente al IX secolo, è una raccolta di norme romane adattate alla vita dell'ordinamento ecclesiastico. Ne sono fonti immediate le Istituzioni giustiniane, il *Codex* e soprattutto l'*Epitome Iuliani*; e, sebbene il materiale sia distribuito in capitoli numerati progressivamente senza suddivisione in titoli, il lettore che — non trascurando l'ammonimento dell'ignoto autore, formulato nella rubrica preliminare — vada in cerca dell'*ordo sententiarum ac rerum*, si accorge senza difficoltà che la raccolta comprende tre nuclei inconfondibili: le norme relative agli ecclesiastici ed alle cose sacre o della Chiesa, le norme attinenti alle materie civili d'interesse religioso (come il matrimonio) e il diritto penale ecclesiastico.

La *Collectio Anselmo dedicata*, che nel suo nome ricorda un arcivescovo di Milano, reggente la diocesi verso la fine del sec. IX, è divisa in dodici libri sul modello del Codice di Giustino ed attinge il materiale a fonti canoniche e romane.

Il *De synodalibus causis*, composto da Reginone, abate benedettino di Prüm nel Palatinato al principio del sec. X, accoglie sistematicamente in due libri materiale tratto dai *Libri poenitentialis*, ma influenzato dall'esperienza penale romana.

E il contributo romanistico traspare più o meno in alcuni dei venti libri, onde consta il *Decretum* ascritto a Burcardo, vescovo di Worms nei primi anni del sec. XI.

Quando poi dalla pace dei chiostri si levò il grido di battaglia contro il clero corrotto dalla politica feudale, dalla simonia, dal concubinato e papa Gregorio VII prese le redini di quella lotta riformatrice del costume ecclesiastico, che doveva — riaffermando l'unità della disciplina — rafforzare l'autorità dei pontefici e sottrarre il clero agli ingranaggi imperiali, il fervore d'idee suscitato dal movimento innovatore non restò senza eco nella elaborazione ormai in atto del diritto canonico quale incipiente sistema.

Nacquero così la *Collectio canonum* di un altro Anselmo, vescovo di Lucca, composta un po' prima della morte di Grego-

rio VII, quella — coeva — del cardinale Deusdedit, più sopra ricordato, il *liber de vita Christiana* di uno strenuo difensore e continuatore della riforma gregoriana, Bonizone, vescovo di Sutri e poi di Piacenza.

Nella prima di queste collezioni, divisa in tredici libri, conflui molto materiale dalla *Collectio Anselmo dedicata*, dal *Decretum* di Burcardo e dalla *Lex Romana canonice compta*, nonché direttamente dalle *Institutiones*, dal *Codex Iustinianus* e dall'*Authenticum*; dei quattro libri che fanno parte della seconda (ricca di materiale assolutamente nuovo, avendo il suo autore messo a frutto gli archivi vaticani), uno esalta il *privilegium*, cioè il primato della Santa Sede, gli altri si riferiscono al clero di Roma, alle *res Ecclesiae* ed alla libertà della *societas fidelium* sotto la potestà dei vescovi e del Sommo Pontefice; nella terza, infine, la forte personalità di Bonizone, ordinando per lo più il solito materiale normativo, canonistico e romanistico, dà un saggio di notevoli doti costruttive nella esposizione sistematica.

Ultima nel tempo di questa feconda fase di transizione degli studi canonistici è la triplice raccolta di testi, operata in Francia da Ivone di Chartres non più tardi dei primi lustri del secolo XII con il suo *Decretum*, con la *Panormia* e con la *Trium partium* o *Tripartita*, che a lui vengono attribuite. Spirito equilibrato, come già quello di Pietro Crasso, alla titanica lotta fra Chiesa ed Impero l'autore di queste tre collezioni vuol contrapporre la sutura fra ordinamento ecclesiastico e civile, poiché *regnum* e *sacerdotium* sono i due grandi pilastri su cui si erge il tabernacolo di Dio.

10. Se noi volessimo, pertanto, abbracciare con uno sguardo retrospettivo l'attività elaboratrice del diritto canonico, che abbiamo cercato or ora di riassumere in questa fase della sua storia, potremmo quasi dire che, pur non essendo il diritto romano mai tramontato del tutto, neppure nei secoli dell'alto Medioevo barbarico — come il Savigny per primo ha luminosamente

dimostrato ⁽¹⁸⁾ — la Chiesa ha comunque rappresentato l'elemento catalizzatore della sua piena reviviscenza anteriormente alla rinascita bolognese, e ciò per due motivi d'importanza fondamentale, uno sul piano politico-giuridico ed un altro sul piano esclusivamente giuridico. Sul piano politico-giuridico, perché l'*utrumque ius* costituisce storicamente l'espressione della unitaria ed universale *societas Christiana*, identificabile col *mundus*, con la *Ecclesia*, con la ideologia della *Christianitas*, e ispirata al modello agostiniano della *civitas Dei* (penso al concilio di Parigi del 1'829 ed alle due autorità vicarie del Cristo, *rex sacerdos in aeternum*; penso ad Ottone di Frisinga ed al *Chronicon de duabus civitatibus*; penso a Stefano di Tournay ed alla sua notissima *Summa*; penso a Bonifacio VIII ed alla bolla *Unam sanctam*); sul piano esclusivamente giuridico, perché la precoce elaborazione del diritto canonico nella prospettiva delle sue fonti e nella visuale dell'*utrumque ius* ha gettato le basi di un compiuto sistema normativo, potenzialmente perfetto. Al di là di questa elaborazione precoce, che ne è il presagio e la culla, sboccierà presto — fra i *magistri in divina pagina* e i *doctores in scientia legali* — l'opera di colui «che l'uno e l'altro foro aiutò sì, che piace in paradiso» (Dante, *Par. X*, 104-105).

Oggi che si parla tanto di «riscoperta» del diritto canonico da parte della scienza giuridica moderna e del suo enorme interesse non solo specialistico ⁽¹⁹⁾, val forse la pena di concludere sottolineando che, fra le conquiste permanenti della Chiesa nel campo giuridico vi è quella — prefigurata già (elaborando spunti remoti) nella dottrina canonistica precedente a Graziano —

⁽¹⁸⁾ È superfluo rammentare a chiunque la sua monumentale *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*: 1^a ed. in 6 volumi, Heidelberg 1815-1831, 2^a ed. in 7 volumi, ivi 1834-1851, rist. della 1^a ed., Darmstadt 1956; trad. it. [*Storia del diritto romano nel medioevo*] in 3 volumi, Torino 1854-1857. A tale opera si ricollega, com'è noto, l'iniziativa del c.d. «Nuovo Savigny»: *Ius Romanum Medii Aevi* (=IRMAE), in corso di stampa a Milano dal 1960, sotto gli auspici della «Société d'histoire des droits de l'antiquité».

⁽¹⁹⁾ V., fra gli altri, DES GRAVIERS, *op. cit.*, p. 5.

del concetto stesso di diritto (*ius*) come regola di giustizia (*directum*)⁽²⁰⁾, e in quanto tale sottratta all'arbitrio di ogni legislatore.

⁽²⁰⁾ Cfr. in proposito il lucidissimo scritto del CESARINI SFORZA, «*Ius*» e «*directum*»: note sull'origine storica dell'idea di diritto, Bologna 1930, che io citavo già, come il più pertinente alla diagnosi di codesta vicenda concettuale, nella mia prolusione senese del 1950-51 (*Il diritto romano e l'ora presente*, in *Ius*, n.s. II, 1951, p. 287 ss., ripubblicata con una nota di aggiornamento per l'*Annuario Accademico* dell'Università di Siena, Sarcasciano Val di Pesa 1959).

ANNA MARIA GIOMARO

GAL. IV, 57
RIFLESSIONI E SPUNTI CRITICI

SOMMARIO: 1. GAI. 4,57: impostazione dei problemi relativi al *plus* e *minus* in *condemnatione*; individuazione della fattispecie e delle conseguenze giuridiche. — 2. Verificabilità di una *pluris condemnatio re*. — 3. *Idem* di una *pluris condemnatio tempore*. — 4. *Idem* di una *pluris condemnatio loco*. — 5. *Idem* di una *pluris condemnatio causa*. — 6. GAI. 4,55: verificabilità di un errore nella *condemnatio* relativamente alle *formulae incertae*, alle *formulae in rem ad incertam partem*, alle ipotesi di *aliud pro alio*. — 7. La *condemnatio cum deductione* delle azioni esperite da un *bonorum emptor*. — 8. Gli effetti del *plus* e *minus* in *condemnatione*. — 9. Poteri del giudice in ipotesi di *plus* e *minus* in *condemnatione*.

1. Nelle Istituzioni di Gaio, subito dopo l'esposizione delle linee generali e dei modi della *pluris petitio*, si legge un passo piuttosto oscuro circa un non meglio identificato *plus in condemnatione*:

GAI. 4,57. At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit: facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.

A tutta prima si sarebbe tentati di rifiutare il passo nella sua interezza. Data la rigorosa corrispondenza che deve esistere nel periodo classico fra *intentio* e *condemnatio* non dovrebbe

essere possibile parlare di un *plus* nella *condemnatio* che non corrisponda ad un *plus* nell'*intentio*; e pertanto si potrebbe ritenere che la stessa collocazione del discorso in Gaio dopo la *pluris petitio* rispecchi quella che doveva essere la situazione reale, e cioè che un *plus in condemnatione* dovesse seguire necessariamente un eguale *plus in intentione*. Invero questa troppo semplicistica spiegazione del passo viene contraddetta da due ordini di ragioni:

1) innanzi tutto da una ragione di logica del discorso: se il *plus in condemnatione* si potesse verificare solamente come conseguenza di un *plus in intentione*, il giurista non ne avrebbe parlato separatamente, col rischio di ingenerare una qualche confusione;

2) in secondo luogo da una ragione più tecnica e stringente che appare dalla lettura dei testi: nel caso che il *plus in condemnatione* derivasse necessariamente da un eguale *plus in intentione*, le conseguenze delle due ipotesi dovrebbero essere identiche, mentre, al contrario, Gaio riporta una disciplina completamente differente circa le conseguenze dei due tipi di *plus*. Direi anzi che esse risultano essere esattamente opposte:

plus in intentione:

GAI. 4,56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est . . .

minus in intentione:

GAI. 4,56. minus autem intendere licet, sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur: nam qui ita agit

plus in condemnatione:

GAI. 4,57. At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est . . .

minus in condemnatione ⁽¹⁾:

GAI. 4,57. Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod

⁽¹⁾ Infatti tutto quanto si è detto a proposito del *plus in condemnatione* deve essere ripetuto ugualmente per il fenomeno contrario.

per exceptionem excluditur, posuit: nam tota quidem res in
 quae exceptio appellatur litis iudicium deducitur, constringi-
 dividuae. tur autem condemnationis fine,
 quam iudex egredi non potest.

Dunque se ne deve concludere che esiste un'autonoma situazione di *plus o minus in condemnatione*. Inoltre, poiché tale situazione deve verificarsi autonomamente rispetto ad un eventuale errore dell'*intentio*, la prima e più rilevante conseguenza del fenomeno deve essere una palese difformità fra l'*intentio* (che si deve presupporre esatta) e la *condemnatio*. Pertanto il *plus o minus* della *condemnatio* non deve essere calcolato soltanto come *plus o minus* rispetto al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, ma anche e soprattutto rispetto alla pretesa dell'attore così come appare formulata nell'*intentio* ⁽²⁾.

Ma — si può obiettare — come può essere che si addiven-
 ga ad una *litis contestatio* su una formula così palesemente incon-
 grua nelle sue parti? Eppure il passo di Gaio non lascia dubbi
 in proposito. La dottrina parla genericamente di errore nella re-
 dazione della *condemnatio* ⁽³⁾. Ma questa precisazione non chiari-

⁽²⁾ Cfr. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano, I, La procedura formulare*, Torino 1958, p. 10. Ma altrove (p. 15) lo stesso Autore sembra ricollegare l'ipotesi del *plus in condemnatione* ad ipotesi di «domanda esorbitante dai giusti limiti». Il che, unito alla considerazione che «il iudex ha tutti e solo quei poteri che gli risultano attribuiti dalla formula, entro limiti più o meno rigorosi», se gli consente di fornire un'appropriata giustificazione alla situazione della *condemnatio minoris*, non mi sembra invece sufficiente a giustificare la particolare disciplina della *condemnatio pluris* (op. cit., p. 16).

⁽³⁾ Non mi risulta che il passo sia stato esaminato a fondo per se stesso ed in particolare dal punto di vista di chi voglia individuare il caso descrittivo e gli effetti che ne derivano. La critica interpolazionistica si limita ad espungerne poche parole di congiunzione fra le varie frasi, e tutt'al più ad aggiungere talune precisazioni che nell'economia del discorso risultano del tutto pleonastiche [si veda per tutti BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS (1948), p. 270]. Talora ci si è accontentati di una semplice versione del passo, più che di una vera e propria interpretazione critica: così SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Padova 1936, p. 190; così ARANCIO-RUIZ, *Il processo privato romano*, Roma 1951, p. 49 ss.; così NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, A, Milano 1973, p. 122 s.

Il FERRINI [*Die processualische Consumption der 'actio de peculio'*, in ZSS 21

sce ancora la situazione, potendo l'errore assumere diversi aspet-

(1900), p. 198 e nt. 2], riferendosi specificamente a questo passo ne parla come di una definizione generale di errore nella *condemnatio*, cui sarebbe applicabile, come si desume dallo stesso passo, un generale istituto di *restitutio ex capite erroris*. Un accenno in tal senso si legge anche in HERDLITZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht*, in ZSS 49 (1929), p. 303, e in BEKKER, *Ueber Anfang und Ende des 'in iure' Verfahrens, im römischen Formularprozess: ius dicere - litem contestari*, in ZSS 27 (1906), p. 24, il quale, più precisamente, parla di una *litis contestatio celebrata* «ungültig». Sempre dal punto di vista dell'errore, ancora non meglio identificato, ne fanno cenno il VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, p. 246 s. e lo ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, in part. p. 168: i due autori valutano il passo quasi esclusivamente dal punto di vista della scusabilità dell'errore, requisito richiesto perché si possa dare rilevanza all'errore stesso. Ma il parlare della scusabilità dell'errore presuppone che esso sia visto in rapporto alla persona dell'attore (o al limite anche del *reus*) e a lui imputabile: così anche il BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, p. 363.

Torna alla mente l'accesa discussione fra il WLISSAK [*Die klassische Prozessformel*, I, Wien und Leipzig 1924, p. 152 nt. 61] ed il SOLAZZI [*Sulle classificazioni delle 'exceptiones'*, (1949), ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1960, p. 146 s., ed anche *Studi romanistici, Omissione di 'exceptiones'*, (1949), ora in *Scritti cit.*, V, p. 210 ss.] circa l'identificazione di un caso di errore nella *condemnatio* nell'ipotesi di omissione di un'*exceptio peremptoria* descritta da GAI. 4,125. Secondo il Solazzi i due casi sarebbero da identificarsi l'uno con l'altro; l'errore sarebbe riferibile al *reus* il quale, per quel che riguarda in particolare GAI. 4,125, non ritenne di dover richiedere al pretore l'eccezione in parola: di qui l'errore che verrebbe a dimostrarsi nella *condemnatio*. Ebbene certamente non si può dubitare che il fondamento di una *restitutio in integrum* debba essere sempre, anche qui, un *iustus error* (ZILLETTI, *op. cit.*, p. 16 nt. 14; BRUTTI, *op. cit.*, p. 332 nt. 5) e che l'espressione «*cum iniquam formulam acceperit*» di GAI. 4,57 esprima il movente di politica giudiziaria del provvedimento (così dice ZILLETTI, *loc. cit.*), ma ritengo sia nel vero il Wlassak allorché afferma che le due testimonianze non possono essere accostate in quanto in GAI. 4,57 — come riferisce il Brutti (*loc. cit.*) — «l'iniquità ha origine da una iniquità della formula che è invece esteriormente immune da errori in GAI. 4,125». Inoltre l'errore di GAI. 4,57 non può essere fatto risalire alle parti, o per lo meno non solo ad esse: il Wlassak (*loc. cit.*) fa riferimento appunto alla responsabilità del magistrato; lo stesso Brutti si trova costretto a dire che il caso di GAI. 4,57, per mancanza di ulteriori precisazioni, non risulta classificabile né fra quelli di errore scusabile né fra quelli di errore non scusabile (*op. cit.*, p. 235 e p. 247).

Ancora un accenno a GAI. 4,57 si legge fra le ipotesi di *restitutio in integrum* cui si riferisce il KASER, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen 'metus' und 'dolus'*, in ZSS 94 (1977), p. 170: anche nel pensiero del romanista tedesco l'ipotesi dovrebbe essere giustificata come errore nella *condemnatio*, ma le circostanze di esso non vengono chiarite.

ti e diversi significati, ed essere imputabile più o meno a ciascuna delle tre parti del processo ⁽⁴⁾.

Il Provera, l'unico che abbia dedicato al fenomeno più di una qualche riga marginale, riferisce l'ipotesi al solo caso di un'*actio certae creditae pecuniae*, per concludere che «sono certo ipotesi di scuola, ben difficile essendo in realtà che l'attore od il convenuto accettassero una formula evidentemente iniqua per l'uno o per l'altro, dal momento che l'errore non poteva non essere avvertito dalle parti immediatamente, confrontando la somma di denaro indicata nell'*intentio* quale oggetto di un'obbligazione pecuniaria e quella indicata nella *condemnatio*» ⁽⁵⁾. Si tratterebbe in questo caso di un mero errore materiale, dovuto forse a fretta, disattenzione, inavvertenza. Ma si tratterebbe comunque di un errore che fa capo non tanto all'attore o al convenuto che hanno contestato la lite su quella formula, quanto al pretore il

⁽⁴⁾ L'errata *condemnatio* potrebbe essere stata provocata anche da una *falsa demonstratio*. L'ipotesi non è da escludere nel modo più assoluto: si è già detto come possa sembrare assurdo che ben tre persone, le parti ed il magistrato (nonché eventuali testimoni) si possano essere convinti a contestare la lite su una formula così incoerente nelle sue parti essenziali, senza essere stati indotti a ciò da un qualche falso procedimento logico. E tuttavia le parole che Gaio dedica alla *falsa demonstratio* portano ad escludere che essa possa essere la causa delle anomalie della *condemnatio*: infatti la *falsa demonstratio*, sia *in plus* che *in minus* o in un *aliud pro alio*, non danneggia affatto le parti del processo [GAI. 4,58. *Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet; et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non peremi*; sul punto cfr. da ARANCIO-RUIZ, *Le formole con 'demonstratio' e la loro origine*, (1912), da ultimo in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 384 ss., a KASER, *Formeln mit 'intentio incerta', 'actio ex stipulatu' und 'condictio'*, in *Labeo* 22 (1976), p. 7 ss.]; inoltre sarebbe interessante approfondire l'analogia tra la *falsa demonstratio* come parte della formula e la *falsa demonstratio* alla quale è dedicata gran parte dei frammenti in tema di legati [cfr. DONATUTI, *Falsa demonstratio non nocet* (1924), ora in *Studi giuridici*, I, Milano 1976, p. 247 ss.]. Poiché in un caso almeno la *condemnatio* errata danneggia l'attore — sarebbe il caso della *condemnatio minoris* — si deve concludere che i due fenomeni, *falsa condemnatio* e *falsa demonstratio*, non sono identici. Del resto si potrebbe ripetere qui anche l'altra considerazione che si faceva a proposito dell'*intentio*: se la *pluris* o *minoris condemnatio* dovesse farsi risalire sempre e necessariamente ad una *pluris* o *minoris demonstratio*, non avrebbe senso parlare dei due fenomeni separatamente.

⁽⁵⁾ PROVERA, *op. cit.*, p. 10 s.

quale non soltanto aveva l'obbligo di sorvegliare attentamente la redazione della formula, ma altresì (e soprattutto) deve essere considerato egli l'autore dell'ordine di condannare o assolvere rivolto al giudice. A questa ipotesi lo stesso Autore ne aggiunge un'altra consistente nel «caso in cui fosse stata inserita nella *condemnatio* della formula esperita dal *bonorum emptor*, una *deductio* inferiore all'effettivo ammontare del controcredito» ⁽⁶⁾.

Ma a mio parere il *plus in condemnatione* non si esaurisce in queste due ipotesi: gli errori di formulazione della *condemnatio* potevano ben essere di vario tipo, e se Gaio ne tratta qui senza esemplificazioni, ciò può spiegarsi forse col fatto che le esemplificazioni si potevano trarre dal confronto con la trattazione parallela del *plus in intentione* e del *plus in demonstratione*.

Come questi due fenomeni anche il *plus in condemnatione* determinerebbe in ultima analisi un *plus petere*, nel senso di richiesta che esorbiti dai limiti di quanto è effettivamente dovuto ⁽⁷⁾; ma le conseguenze devono essere necessariamente diverse perché se nelle ipotesi di errore nell'*intentio* o nella *demonstratio* questo si traduce in una iniquità della condanna (essendo però la *condemnatio* in conformità con quell'*intentio* o con quella *demonstratio*), nel caso in cui l'errore coinvolga soltanto la *condemnatio* esso determinerebbe un'incoerenza giuridica della formula (più o meno riconoscibile, come si vedrà, anche senza entrare nel merito), e quindi un'incoerenza giuridica dell'intero processo.

⁽⁶⁾ PROVERA, *op. cit.*, p. 11 nt. 4. L'Autore dice tra l'altro: «Né l'incongruenza sarebbe sfuggita al pretore, cui spettava la direzione del processo nella fase *in iure* e che avrebbe certo potuto, mediante la *denegatio actionis*, impedire la conclusione della *litis contestatio* su una formula affetta da errore tanto macroscopico. Ma si davano ipotesi in cui l'errore avrebbe potuto essere non altrettanto evidente».

⁽⁷⁾ Così il PROVERA, *op. cit.*, p. 15. Ed in questo senso potrebbe forse essere difesa la lezione con cui si apre il passo nel codice veronese, *at si in condemnatione plus petitum sit*, che gli editori hanno letto come *positum*. Però non mi risulta che i tre tipi di errore, nell'*intentio*, nella *condemnatio* e nella *demonstratio*, siano mai stati studiati da un punto di vista unitario. Comunque uno spunto in questo senso si può forse trarre *infra*, a partire dal paragrafo 7.

In astratto si potrebbe anche dubitare che, per lo meno in casi macroscopici, una palese difformità fra *intentio* e *condemnatio* potesse consentire una qualunque conclusione del processo. Se, per esempio, Tizio vanta una pretesa di 10 che nella *condemnatio* appare essere di 5, il giudice, dopo aver accertato l'esistenza della pretesa di 10, potrà anche condannare a 5 dal momento che è obbligato a procedere rigidamente secondo le indicazioni della *condemnatio*; e può anche essere che non si provi turbamento di fronte ad una simile soluzione, iniqua, ma tale che non viola il sistema generale del diritto. Ma se di seguito ad un'*intentio* di una revindica, si *paret hominem ex iure Quiritium Auli Agerii* esse, si leggesse una *condemnatio in duplum*, o in *tripulum* (e nulla vieta che l'errore nella *condemnatio* sia di questo tipo), certamente si potrebbe rimanere per lo meno sconcertati se non altro circa l'identificazione dell'azione: e, mettendoci dalla parte del *iudex* romano, una volta accertato che si tratta effettivamente di una *revindicatio* (cosa su cui la struttura dell'*intentio* non lascia dubbi di sorta), e che effettivamente l'*homo* appartiene ad Aulo Agerio, purtroppo non credo che ce la sentiremmo di condannare in *duplum* ⁽⁸⁾.

(⁸) Questa ipotesi è senz'altro paradossale; ma si può fare ugualmente qualche altro esempio. Così è noto che l'*actio redhibitoria*, secondo un noto passo del Digesto [D. 21, 1, 45 (GAJUS l. 1 ad ed. aed. cur.) *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simplum videtur condemnari*], può essere data in *duplum* ovvero in *simplum* a seconda che l'attore abbia o non abbia effettuato la restituzione del prezzo e delle accessioni: è chiaro che per presentare la frase di rito della *condemnatio* nella sua formulazione precisa la formula deve indicare anche la circostanza relativa alla possibilità della restituzione. Pertanto se tale clausola non vi è espressa, una *condemnatio* in qualsiasi modo formulata, sia in *simplum* sia in *duplum*, dovrebbe essere inesatta e potrebbe mettere il giudice in grave imbarazzo.

Un altro esempio si può trarre dalle seguenti parole del PROVERA [Corrispondenze fra '*stipulatio*' ed '*intentio*' (Riflessioni su Gaio 4, 53 d), in *Annali Univ. Camerino* 21 (1955), p. 210]: «non crediamo fosse possibile agire con un'*intentio*: si *paret vinum Campanum dare oportere*, seguita da una *condemnatio* nel *quanti ea res*

2. L'inizio del paragrafo 57 in cui Gaio entra direttamente *in medias res* senza preoccuparsi di spiegare cosa debba intendersi per *plus* (come invece ha fatto per il *plus in intentione*) potrebbe far ritenere che tutta la trattazione precedente che tiene luogo della definizione possa essere riferita anche alla *pluris condemnatio*. Allora si dovrà parlare di quattro modi di manifestazione del *plus* nella *condemnatio*, a seconda che esso si verifichi *re, tempore, loco, causa*, come è per la *pluris petitio* ⁽⁹⁾?

Non lo escluderei a priori: si tratta solo di verificarlo caso per caso, con l'unica avvertenza che mentre il *plus* nell'*intentio* deve essere calcolato valutando il diritto sostanziale dell'attore e le eccezioni del convenuto, il *plus* della *condemnatio* non può essere inteso altro che in corrispondenza con l'*intentio*. Nell'assenza pressoché totale di fonti in proposito, si tratterà naturalmente di semplici ipotesi.

Ebbene non sempre può essere possibile conseguire una perfetta corrispondenza formale fra *intentio* e *condemnatio*. Essa risulta all'evidenza soltanto nei casi in cui l'*actio* sia *in perso-*

erit, stante il difetto di struttura di una formula così congegnata, in virtù della quale il giudice avrebbe dovuto valutare in danaro una prestazione che non era specificamente determinata, senza che egli fosse autorizzato a procedere a questa determinazione». Si deve dire che secondo l'Autore la *stipulatio* di cento anfore di vino Campano sarebbe una *stipulatio incerta* e ad essa dovrebbe corrispondere «un'*intentio incerta* nel *quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet*, preceduta da una *demonstratio: quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est*» (op. ult. cit., p. 209). Ebbene proprio onde evitare «una grave incongruenza fra le due parti della formula» sarebbe stato elaborato il marchingegno della formula *incerta*.

Mi sembra però che il pericolo della «grave incongruenza» non fosse stato sventato completamente (si veda anche *infra*, p. 106, in part. nt. 41).

⁽⁹⁾ Cfr. GAL. 4, 53 a. *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis pro X milibus quae ei debentur XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit*. Non dissimile è il corrispondente passo delle Istituzioni di Giustiniano, che ha consentito l'integrazione delle parole mancanti nel manoscritto veronese (I. 4, 6, 33 a). Così anche P.S. 1, 10 (*de plus petendo*) *Plus petendo causa cadimus aut loco aut summa aut tempore aut qualitate: loco alibi, summa plus, tempore petendo ante tempus, qualitate eiusdem rei speciem meliorem postulantes*, le cui espressioni sono dichiaratamente richiamate quasi una per una in CONS. 5, 4.

nam e con *intentio certa in ius*; viceversa nei casi in cui l'*intentio* dell'azione sia *incerta*, ovvero quando l'azione si presenti in *factum*, la perfetta corrispondenza non è più così agevole. Se di fronte ad un'*intentio* del tipo indicato da GAI. 4,41, *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere*, la *condemnatio* non può essere altra che quella indicata da GAI. 4,43, *iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna*, in altre occasioni la pretesa dell'attore nell'*intentio* non appare così ben determinata anche quantitativamente da impedire una eventuale difformità con la *condemnatio*. Del resto anche nell'*actio certae creditae pecuniae* appare pur sempre possibile (benché non probabile) un errore materiale ⁽¹⁰⁾.

Invece una tale possibilità parrebbe da escludersi totalmente per i casi di azioni *in personam* con *intentio incerta*, cui necessariamente debba corrispondere una *condemnatio incertae pecuniae* (GAI. 4,49-51) ⁽¹¹⁾; e altrettanto si deve dire per tutti gli altri casi in cui, pur dopo un'*intentio certa*, la *condemnatio* sia ugualmente strutturata in forma *incerta*: il *tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna* (GAI. 4, 51) non consente di avvertire disorganicità fra l'*intentio* e la *condemnatio* tale da giustificare un *plus o minus in condemnatione*. Però al contrario una qualche difformità si potrebbe forse presentare nei casi in cui la *condemnatio incerta* presenti una *taxatio*: può essere, per esempio, che la *taxatio* non corrisponda equamente al

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 82 e nt. 6.

⁽¹¹⁾ GAI. 4, 49. *Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula proponitur vel incertae*. 50. *Certae pecuniae veluti in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna: si non paret absolve*. 51. *Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. Est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, veluti si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est: iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat sestertium X milia condemna: si non paret absolve. Vel incerta est et infinita, veluti si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est: quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna: si non paret, absolvo.*

diritto di cui l'attore lamenta la lesione. Poiché è noto che il diritto verrà valutato dal giudice nella sua esistenza e nel suo ammontare, mentre al pretore è preclusa ogni indagine di merito, può accadere che la *taxatio* stabilita dal pretore risulti abnorme *in plus* o *in minus* ⁽¹²⁾. Anche in questo caso l'errore compare nella parte della formula che più delle altre è imputabile al magistrato e si può dire che derivi dai limiti di competenza del magistrato stesso, anche se può e deve essere stato cagionato in lui dalle errate indicazioni di valutazione che le parti gli hanno fornito.

Però questo stesso caso poteva trovare risoluzione ben altrimenti che facendo ricorso alla disciplina del *plus* o *minus in condemnatione*. Infatti la *taxatio* indica un limite di valore che il giudice non può violare *in plus*, ma nulla vieta invece che il giudice possa condannare ad una somma anche sensibilmente inferiore a quella indicata nella *taxatio* stessa; così afferma GAI. 4,52:

GAI. 4,52. Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est. . .

e la stessa possibilità appare implicita in un altro passo di Gaio:

GAI. 3,224. . . Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxa-

⁽¹²⁾ Un accenno in tal senso in PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 11 nt. 4. Si vedano anche le pur brevi considerazioni del KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 242 s., il quale tratta della *taxatio* come di una clausola e un modo di essere della *condemnatio*.

mus formulam, et iudex, quamvis possit vel minoris dam-
nare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctorita-
tem non audet minuere condemnationem.

Perciò in questo caso non sarebbe nemmeno necessario ricorrere al regime del *plus o minus in condemnatione*. Del resto si può notare che la regola per cui di fronte ad una *taxatio* il giudice di sua iniziativa può condannare a meno, ma non può allo stesso modo aumentare la somma espressa nella *taxatio*, corrisponde perfettamente alla regola per cui nel caso di *condemnatio pluris* il pretore *in integrum restituit, ut minuatur condemnatio*, mentre in ipotesi di *condemnatio minoris* gli interessi dell'attore non risultano affatto salvaguardati. Invero in ordine alla *taxatio* si può forse avanzare la seguente ipotesi: in origine, in tempi di più rigida osservanza dei propri limiti di competenza da parte del pretore e del giudice, l'unico mezzo per ottenere una diminuzione della *taxatio* contenuta nella *condemnatio* doveva essere il ricorso alla *restitutio in integrum*; in seguito si preferì riconoscere direttamente al giudice la facoltà di condannare ad una somma minore senza richiedere ancora una volta l'intervento del magistrato; non gli fu invece riconosciuto il potere di aumentare la *taxatio*, dal momento che i casi di *taxatio* minore dovevano essere ricompresi fra le ipotesi di *minoris condemnatio*.

Nel caso in cui l'azione sia *in rem*, poiché la *condemnatio* sarà quasi certamente *incerta*, si presenta innanzi tutto la possibilità di una *taxatio*, con gli eventuali errori in *condemnatione* che essa potrebbe comportare. Inoltre: la *condemnatio incerta* delle azioni *in rem* può essere espressa con la formula *quanti ea res erit* ovvero *quanti ea res est*. Spesso non si è tenuto il debito conto della differenza che può intercorrere fra la valutazione e stima attuale della cosa e la stima della stessa al momento in cui il diritto sarebbe stato leso: infatti la stessa diversità di formulazione potrebbe forse imporre al giudice una diversità di valutazione. La cosa appare in maggiore evidenza in rapporto

alle azioni con *condemnatio* nel *quod interest* o nel *quod interfuit*, siano esse *in rem* ovvero *in personam*: si deve presumere una certa differenza fra l'una e l'altra formulazione della *condemnatio* se in D. 2, 13, 8, 1, a proposito della seconda, Ulpiano dice *et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque diminutionem*, dove l'essersi espresso nell'un modo piuttosto che nell'altro circa la valutazione dell'interesse sembra essere fatto a ragion veduta per limitare la valutazione del giudice al solo danno emergente, escludendo il lucro cessante⁽¹³⁾. Ebbene potrebbe verificarsi il caso in cui il pretore abbia pronunciato il suo *iusus iudicandi* con l'una espressione piuttosto che con l'altra, e che questa, confrontata con il diritto dell'attore espresso nell'*intentio*, possa configurare un'ipotesi di *plus* o *minus in condemnatione*. Così in particolare nel caso di specie cui si riferiva il frammento di Ulpiano precedentemente citato, in relazione ad un'*actio in factum* contro un *argentarius* per l'esibizione dei conti, qualora il pretore avesse concesso una formula con *condemnatio* nel *quod interest*, anziché nel *quod interfuit*, avrebbe cagionato con ciò un'errore nella *condemnatio*, imputabile fors'anche ad un'erronea interpretazione di diritto del fatto o della formula stessa.

Infine la *pluris* (o *minoris*) *condemnatio re* dovrebbe verificarsi ancora in un caso che direi di tutta evidenza; allorché ad un'*intentio incerta* si faccia corrispondere una *condemnatio certae pecuniae*.

3. Il passo 53 *b* di Gaio relativo alla *pluris petitio tempore* è totalmente ricostruito, se si esclude una sola parola, *ante*, che

(13) Cfr. il mio articolo '*Actio in factum adversus argentarios*', in *Studi Urbinati* 45 (1976/77), p. 74 ss. Sarebbe utile anche approfondire i rapporti fra una *condemnatio* calcolata sull'ammontare dell'interesse e la stessa commisurata al *pretium rei*, soprattutto considerando le diverse formulazioni che potrebbe assumere nell'uno e nell'altro caso: cfr. MEDICUS, '*Id. quod interest*', *Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, p. 229 ss.

si legge nel manoscritto veronese: ma la ricostruzione è universalmente accettata grazie al confronto con il corrispondente passo delle Istituzioni di Giustianiano.

GAI. 4,53 b. *Tempore plus petitur, veluti si quis ante diem petierit.*

Ora, è possibile trasferire il concetto ed i modi della *pluris petitio tempore* anche alle ipotesi di errore nella *condemnatio*?

Il passo implicitamente vieta che siano intentate azioni prima della scadenza del termine, ovvero — aggiungono i giustinianeî — prima del verificarsi della condizione (I. 4,6,33 b: *Tempore, veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit. Qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intellegitur, eadem ratione qui praemature petit plus petere videtur*). Non è inutile ripetere che il *plus o minus in condemnatione* deve essere inteso non già in rapporto alla realtà, al diritto leso, bensì in rapporto alla sola *intentio*. Perciò una *pluris condemnatio tempore* potrebbe verificarsi solamente se in corrispondenza con un'*intentio* formulata come deve essere, cioè *pure*, la *condemnatio* invece prevedesse un termine circa l'esecuzione della condanna che non è quello dell'*actio iudicati*.

Sotto questa luce può essere letto ed interpretato un passo di Ulpiano, D. 42,1,4,5, su cui spesso gli studiosi non si sono trovati concordi ⁽¹⁴⁾:

⁽¹⁴⁾ Gran parte della dottrina più antica, a partire dai *'Coniecturarum iuris civilis libri'* del FABER (Coloniae Allobrogum 1630, 12, 17, p. 480) al BESELER, *Miscellanea*, in ZSS 45 (1925), p. 207, al BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, p. 51 nt. 95 e p. 65 ss., al DE FRANCISCI, *Saggi romanistici*, I, Pavia 1913, p. 70, ha ritenuto il passo completamente spurio. Ma già il BETTI nel 1914 [*L'effetto della 'confessio' e della 'infinitio certae pecuniae' nel processo civile romano*, in *Atti Real. Accad. Scienze di Torino* 50 (1914/15), p. 701 nt. 1] limitava con buon fondamento e di molto la critica interpolazionistica. A sua volta il WENGER, *Zur Lehre der 'actio iudicati'*, Graz 1901, p. 249 ss., lo ritiene assolutamente genuino.

D. 42,1,4,5 (ULP. l. 58 *ad ed.*) Si quis condemnatus sit, ut intra certos dies solvat, unde ei tempus iudicati actionis computamus, utrum ex quo sententia prolata est an vero ex eo, ex quo dies statutus praeteriit? sed si quidem minorem diem statuerit iudex tempore legitimo, repletur ex lege, quod sententiae iudicis deest: sin autem ampliorem numerum dierum sua definitione iudex amplexus est, computabitur reo et legitimum tempus et quod supra id iudex praestitit.

A dir il vero il giurista non fa parola di una difformità fra un'*intentio* ed una *condemnatio*, ma le conseguenze giuridiche che egli trae dalla situazione postulano che le premesse dell'azione non potevano aver fatto richiamo alcuno ad un termine: infatti l'indicazione di un termine nell'*intentio* comporterebbe una *pluris petitio tempore*, mentre nel passo non è dato trovare gli effetti di questa (tanto è vero che se il termine è minore si ha per non apposto). Inoltre, come si dirà anche in seguito, la disciplina del caso risulta esattamente la stessa che in ipotesi di *pluris* o *minoris condemnatio* ⁽¹⁵⁾.

4. Se nei particolari l'integrazione del passo gaiano relativo alla *pluris petitio loco* risulta molto controversa anche a causa dell'assenza totale di ben tre righe del manoscritto veronese; nel complesso da tutti è accettata l'individuazione della fattispecie nel caso di richiesta di adempimento in un luogo diverso da quello che doveva essere secondo i termini dell'accordo fra le parti.

GAI. 4,53 c. Loco plus petitur, veluti si quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, veluti, si quis ita stipulatus fuerit: Ephe-

⁽¹⁵⁾ Si veda *infra*, p. 110 s.

si dare spondes?, deinde Romae pure intendat dari sibi oportere. . .

Ebbene anche in relazione a questo caso un *plus in condemnatione* potrebbe forse verificarsi qualora in correlazione con un'*intentio* espressa *pure* (nella quale, quindi, si deve supporre sottinteso un *hoc loco* «con riferimento al luogo di esperimento dell'azione») ⁽¹⁶⁾ la *condemnatio* sia formulata come condanna a pagare *certo loco*.

L'ipotesi diviene rilevante soprattutto nei casi di esperimento di un'*actio de eo quod certo loco*: qui, di fronte ad un'*intentio* formulata con riguardo ad un obbligo di adempiere *certo loco*, non è concepibile una *condemnatio* che valuti la questione parlando semplicemente di un'altra località senza considerare la differenza in termini di interesse, ovvero non faccia alcun riferimento alla località in cui doveva avvenire l'adempimento (che sarebbe un altro modo per impedire la valutazione della differenza d'interesse fra i due adempimenti). Forse proprio in quest'ultimo senso debbono essere lette ed integrate le ultime parole di GAI. 4,53 c, *petere, id est non adiecto loco*, le uniche che si leggano dopo le righe mancanti.

Sono noti le discussioni ed i gravi problemi sorti in relazione alla ricostruzione della *condemnatio* dell'*actio de eo quod certo loco*, nonché al modo di valutazione della condanna da parte del giudice. La dottrina dominante, dal Lenel ⁽¹⁷⁾ all'Arangio-Ruiz ⁽¹⁸⁾, al Biscardi ⁽¹⁹⁾, al Provera ⁽²⁰⁾, ritiene che il *locus solutionis* dovesse essere espresso oltre che nell'*intentio* anche nel-

⁽¹⁶⁾ PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 114.

⁽¹⁷⁾ Cfr. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, Leipzig 1927, p. 240 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari* (1912), da ultimo in *Scritti di diritto romano*, cit., p. 395 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. BISCARDI, voce '*Actio de eo quod certo loco*', in *Noviss. Dig. Ital.* I, Torino 1957, p. 262, ed anche '*Actio pecuniae traiectionis*', Torino 1974, p. 91 ss. ed ivi bibliogr. aggiornata.

⁽²⁰⁾ Cfr. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 118 nt. 32.

la *condemnatio*, in quanto proprio da quest'ultima sarebbe derivato al giudice il potere di valutare la diversa articolazione ed il diverso ammontare dell'interesse dell'attore ad ottenere l'adempimento in un luogo diverso da quello contrattualmente convenuto.

D'altra parte che la *condemnatio* della formula dell'*actio* in questione potesse dare adito a delle difficoltà in termini «quantitativi» pare dimostrato da un passo del Digesto, quasi all'inizio del titolo *de eo quod certo loco dari oportet*:

D. 13,4,2 pr. (ULP. l. 27 *ad ed.*) Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fiat.

L'autenticità del passo è stata oggetto di molte polemiche e talora se ne è dubitato interamente: ma quanto ho cercato di dimostrare in precedenza mi farebbe ritenere che il passo dovesse leggersi anche nel testo originale di Ulpiano.

Certamente così com'è il brano è scorretto e di non facile interpretazione. Ben si comprendono quindi le preoccupazioni del Betti al riguardo: ma per indicarne il significato l'insigne romanista si avvale quasi esclusivamente del principio per cui il giudice, mentre può di sua iniziativa diminuire la condanna a favore del *reus*, non può mai ed in nessun caso aumentarla per favorire gli interessi dell'attore: «una *condemnatio* così redatta (*decem aut si quid alterutrius interfuit. . . tanto pluris minorisve. . .*) — come lo stesso Lenel (per comunicazione personale) riconosce — pecca di indeterminatezza perché non determina al *iudex* in qual caso egli debba tener conto dell'interesse del *reus*, in qual caso dell'interesse dell'*actor*» ⁽²¹⁾.

Tuttavia non mi sembrerebbe che D. 13,2,4 pr. contrasti così radicalmente coi principi dell'«antitesi fra *iudicare* e *damna-*

⁽²¹⁾ Cfr. BETTI, *L'antitesi storica tra 'iudicare (pronuntiatio)' e 'damnare (condemnatio)' nello svolgimento del processo romano*, in *RISG* 56 (1915), p. 89 nt.

re» come sembra ritenere il Betti quando afferma: «non altrimenti che il *quanti ea res est* delle *actiones in factum* più antiche, il *quanti ea res est* della *condictio certae rei* invita il *iudex* alla pura e semplice stima della *ipsa res* pretesa nell' *intentio* secondo un criterio ristretto e rigoroso, senza tener conto alcuno dell'interesse dell' *actor* » ⁽²²⁾. In realtà, a mio parere, quella di Ulpiano non vorrebbe essere che l'affermazione generale del fatto che nell' *actio de eo quod certo loco* può determinarsi assai facilmente un *plus* o un *minus in condemnatione* : niente altro.

Infatti pare ormai assodato che la *condemnatio* è espressa nel *quod interest* , quindi in una formulazione *incerta* che è di per sé atta ad impedire una difformità fra essa e l'ammontare della sentenza del giudice; invece l'obbligazione *qua de agitur* avrebbe ad oggetto (così almeno fanno presumere i testi: in D. 13,4,2,6 si parla di una *stipulatio* del tipo « *Ephesi decem dari spondes?* ») una somma certa di denaro o una cosa certa (D. 13,4,3), e pertanto l' *intentio* deve avere ad oggetto, a sua volta, quella stessa somma o quella cosa. In pratica si avrebbe una formula in cui di seguito ad un' *intentio certa* si porrebbe una *condemnatio incerta* .

Data la stretta conformità che deve sussistere fra *intentio* e *condemnatio* , questo caso già di per sé potrebbe configurare un'ipotesi di errore nella *condemnatio* : ma la giurisprudenza, dopo aver creato l'azione in parola per evidenti esigenze pratiche, si adoperò per darle una regolamentazione a parte. Secondo le regole generali di cui si è già fatto un cenno il *plus* nella *condemnatio* (*quod si rei interest*) dovrebbe essere superato agevolmente a richiesta del *reus* mediante una *restitutio in integrum* , mentre in rapporto ad un *minus* (*aut si actoris*) all'attore non sarebbe accordata nessuna particolare tutela. Nel caso dell' *actio de eo quod certo loco* , secondo la situazione illustrata in D. 13, 4, 2 pr., gli effetti sarebbero gli stessi, ma, in virtù del carattere

⁽²²⁾ BETTI, *op. ult. cit.* , p. 87; in particolare alla nt. I il Maestro aggiunge: «A questa regola fa eccezione l' *actio de eo quod certo loco dari oportet* ».

arbitrario dell'azione stessa, sembra sia dato direttamente al giudice il potere di far sì che *minoris fit pecuniae condemnatio* nell'un caso, e *maioris pecuniae fiat* nell'altro; si tratterebbe della facoltà di *vel excedere vel minuere quantitatem*, come ripete altrove lo stesso Ulpiano:

D. 13,4,2,8 (ULP. l. 27 *ad ed.*) Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem sequutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. . . . an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.

A più riprese la dottrina ha negato al giudice il potere di accrescere di sua iniziativa la somma indicata nella *condemnatio*, e sulla base di questa argomentazione dal testo in esame ha espunto come interpolati i tratti che parlano di un *excedere* ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ A parte taluni tentativi di respingere il passo nella sua totalità [si vedano per tutti GRADENWITZ, *Altere und neuere 'formula arbitraria'*, in ZSS 24 (1903), p. 239 ed anche p. 249 ss., DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, p. 424 nt. 4, GUARNIERI CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, in *Annali Univ. Perugia* 37 (1924), p. 68], e a parte talune correzioni formali che non riguardano il presente problema (si veda il VIR, I, Weimar 1929, p. 195 s.) deve essere rilevato innanzi tutto il seguente contrasto dottrinario. L'ARANCIO-RUIZ (*op. ult. cit.*, p. 154 s.) conserva alla frase incriminata soltanto l'an *excedere*, in contrasto con l'opinione del BETTI [*La 'condictio pretii' nel processo civile giustiniano: contributo allo studio della 'condemnatio pecuniaria' postclassica*, in *Atti Real. Accad. Scienze di Torino* 51 (1915/16), p. 1024 nt. 3]. del GRANDEWITZ (*loc. cit.*), del BIONDI [*Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *Annali Sem. Giur. Palermo* I (1916), p. 44 ss. e 62], che espungono dal passo proprio il *vel excedere*. L'Arancio-Ruiz, per coerenza, si trova poi costretto ad espungere la frase da *ut si interfuisset ad haberetur*, nonché l'altra, *itaque utilitas quoque actoris veniet*. Il Biondi ritiene spurio tutto il brano a partire dal nome di Iulianus: non così il Betti e il Beseler, sulla scia dei quali si pone anche il Biscardi (*Actio pecuniae traiectionis*, cit., p. 91 ss.). Del resto la ulteriore dottrina sul passo poco si occupa delle

Ma a me sembrerebbe che proprio in D. 13,4,2,8 si possano trovare argomenti che parlano a favore dell'autenticità del passo: infatti si può sostenere che l'accrescimento di cui sarebbe responsabile il giudice non è operato in relazione alla somma espressa nella *condemnatio* (la quale è incerta, facendo riferimento soltanto ad un interesse non quantitativamente determinato), bensì in rapporto alla *quantitas contractus* (e quindi all'*intentio*). Infatti se è vero che la *condemnatio* imponeva di prendere in considerazione la maggiore o minore utilità che l'attore avrebbe potuto trarre nel ricevere il pagamento in luogo diverso da quello stabilito al momento della stipulazione del contratto, la condanna comminata dal giudice risulterebbe in perfetta conformità con i dettami dell'ordine ricevuto dal magistrato.

Tenendo presente questa precisazione appare senz'altro accettabile la ricostruzione del passo fornita dal Beseler⁽²⁴⁾, e poi dal Biscardi⁽²⁵⁾, la quale anzi, laddove porta a dire che «il ricordo di Labeone e Giuliano sta a significare che soltanto con la redazione giulianea dell'editto, e per ispirazione della *opinio Labeonis*, la *condemnatio* nella formula dell'*actio de eo quod certo loco* sarebbe stata modellata in termini tali da riassumere l'interesse dell'attore accanto a quello del convenuto»⁽²⁶⁾, concorda perfettamente con l'ipotesi di una primitiva disciplina del caso proprio in conformità con la disciplina del *plus o minus in condemnatione*.

5. Rimane da fare qualche cenno ancora circa la possibilità di adattare le modalità della *pluris petitio causa* ad ipotesi relative a errore nella *condemnatio*.

frasi iniziali, tutta intenta com'è a dare rilievo alle espressioni in cui compare il *quod interest* (così, per esempio, KASER, 'Quanti ea res est'. München 1935, p. 127 s.; MEDICUS, *op. cit.*, p. 20 ss.; HONSELL, 'Quod interest in bonae fidei iudicia'. Studien zum römischen Schadenersatzrecht, München 1968, p. 169 s.).

⁽²⁴⁾ Cfr. BESELER, *Das 'edictum de eo quod certo loco'*, Beiträge, Tübingen 1910, I, p. 65; vedi anche II, p. 142.

⁽²⁵⁾ Cfr. BISCARDI, 'Actio pecuniae traiectionis', cit., p. 91 ss.

⁽²⁶⁾ BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 95.

GAJ. 4,53 d. Causa plus petitur, veluti, si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure: veluti si quis ita stipulatus sit: sestertium X milia aut hominem Stichum dare spondes?, deinde alterutrum eorum ex his petat; nam quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat: veluti si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat; quin etiam licet vilissimam petat, idem iuris est propter eam rationem, quam proxime diximus. Idem iuris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, veluti Stichum, quamvis vilissimum. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

Ebbene anche qui i vari casi che Gaio riferisce alla *pluris petitio causa*, opportunamente adattati, potrebbero rappresentare altrettanti casi di erronea formulazione della *condemnatio*.

Così se si immagina che taluno abbia concluso una *stipulatio* alternativa ed in seguito abbia proposto un'*actio ex stipulatu* con l'*intentio* formulata anch'essa alternativamente, come è d'obbligo, la *condemnatio* dovrebbe dare al giudice il potere di tener conto di questa alternatività, magari mediante un'opportuna formulazione *incerta* ⁽²⁷⁾: e se ciò non si verifica la *condemnatio*

(27) A tal proposito si legga D. 30, 47, 3 (ULP. 1. 22 ad Sab.) *Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturum legatario. qua ratione placuit et, si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut, «si in potestate ambo redirent», sed «si vel alter» et «vel ipsum vel absentis aestimationem praestandum».* Pertanto se la cautio richiesta in corso di giudizio deve essere strutturata in forma alternativa, se la stessa *intentio* della formula deve essere in forma alternativa o incerta (cfr. PROVERA, *Corrispondenze*, cit., p. 210 ss.), così anche la *condemnatio* della stessa formula deve tener conto in qualche modo (forse con un *quod interest?*) della particolarità dell'obbligazione.

risulta errata.

Così se si immagina un'*intentio* formulata genericamente in quanto relativa ad un'obbligazione di genere, seguita da una *condemnatio* in cui come oggetto di valutazione venga indicata al giudice una cosa di specie, una tale difformità fra *intentio* e *condemnatio* dovrebbe essere interpretata secondo i canoni del *plus* e *minus in condemnatione*. Per esempio, qualora oggetto dell'obbligazione generica fosse stato uno schiavo non altrimenti determinato, mentre nella *condemnatio* il pretore desse al giudice il potere di condannare alla stima dello schiavo Stico, una tale situazione dovrebbe essere intesa come una *pluris condemnatio causa*. E lo stesso discorso vale per il caso in cui l'oggetto dell'obbligazione fosse stato indicato genericamente nell'*intentio* come «tela di porpora», mentre nella *condemnatio* si parlasse di tela di Tiria; ovvero se oggetto dell'obbligazione dovesse essere genericamente del vino, e nella *condemnatio* si facesse espressamente valutazione di vino campano (I. 4,6,33 d).

6. Gaio continua la sua trattazione negando la possibilità di una *pluris petitio* nelle *formulae incertae* (GAI. 4,54). Al contrario si è detto come il carattere incerto della *condemnatio* non valga ad escludere nella maniera più assoluta la possibilità di una *condemnatio pluris* o *minoris*. Invero in 4,54 Gaio intende riferirsi specificatamente al *plus in intentione*: egli stesso conclude la sua breve affermazione con le parole *nemo potest plus intendere*. Inoltre egli parla di *formulae incertae* (e non di *condemnatio incerta*) le quali appaiono indicate dallo stesso giurista come quelle che hanno l'*intentio* del tipo *quidquid dare facere oportet*: questa, a sua volta, come risulta in particolare dalla formula dell'*actio depositi* (e *commodati*) *in ius* che Gaio riporta qualche paragrafo prima ⁽²⁸⁾, comporterebbe necessariamente

⁽²⁸⁾ Cfr. GAI. 4, 47. *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: iudex esto. quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere*

una *condemnatio* consimile, *eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato*, per cui sarebbe ben difficile, per non dire impossibile, individuare un'incongruenza fra *intentio* e *condemnatio* (a meno che non si voglia pensare ad una *taxatio*).

Il giurista aggiunge ancora: la *pluris petitio* si deve escludere nelle azioni *in rem* dirette ad una *incerta pars*. Il passo richiama alla mente un precedente brano delle Istituzioni giainie (GAI. 4,53 a), laddove il giurista, come esempio di *pluris petitio re*, diceva: *aut si is, cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit*. Invero anche qui, come nell'ipotesi precedente, il giurista discute intorno ad una ben precisa *intentio* espressa con le parole *quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur, A. Agerii esse*, e la sua affermazione non vuole essere estesa a tutte le azioni *in rem* dirette ad una *incerta pars*, ma soltanto a quelle (che lo stesso giurista riconosce essere pochissime) che presentino l'*intentio* nella formulazione indicata: e questa, proprio perché *incerta* circa la definizione della *pars*, non può essere che esatta nell'indicazione delle premesse della questione, in quanto non attribuisce all'attore né più né meno di quello che è il suo diritto. Tuttavia forse non è da escludere l'eventualità di una *condemnatio pluris* o *minoris*: se per esempio alla formula parziaria dell'*intentio* corrispondesse una *condemnatio* in cui si facesse stima del fondo nella sua totalità ovvero di una parte minore di esso, si ricadrebbe in ipotesi di errore nella *condemnatio* ⁽²⁹⁾.

Infine GAI. 4,55 esclude la possibilità di *pluris petitio* nei casi in cui l'*intentio* presenti la richiesta di un *aliud pro alio*. Ebbene anche in rapporto a queste particolari situazioni, di cui

oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat: si non paret, absoluto, in ius concepta est. At illa formula, quae ita concepta est: Iudex esto, si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato: si non paret absoluto, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.

(²⁹) Cfr. *supra*, p. 84 ss.

peraltro Gaio traccia solo un tenuissimo abbozzo, si potrebbe forse parlare di errore nella *condemnatio*. Le difficoltà che si incontrano nell'ipotizzare degli errori di formulazione della *condemnatio* tali da poter essere considerati come un *aliud pro alio* rispetto all'*intentio* sarebbero né più né meno le stesse di cui si è detto a proposito dell'errore materiale nella *condictio certae creditae pecuniae* ⁽³⁰⁾: si tratterebbe anche qui di un errore materiale, e facilmente riscontrabile anche a prima vista. Si pensi all'incoerenza di una formula che nell'*intentio* presenti il nome dello schiavo Stico come oggetto dell'obbligazione, e nella *condemnatio* parli invece di Erote. Certo nella pratica doveva presentarsi assai difficile, se non impossibile, un errore di questo tipo: infatti è vero che ogni controversia veniva regolata con una sua azione specifica e quindi con una sua formula, rispecchiante tutte le circostanze del caso concreto, ma è anche vero che i modelli astratti delle formule e delle loro varie parti si erano andati più o meno cristallizzando nel tempo, sì che si può dire con una certa sicurezza che all'*intentio* del tipo *si paret hominem Stichum ex iure Quiritium A. Agerii esse* doveva corrispondere una *condemnatio* in cui non veniva affatto ripetuta la denominazione dello schiavo ⁽³¹⁾.

Un analogo discorso può essere ripetuto per ciò che riguarda l'adattamento alla *condemnatio* della seconda delle tre ipotesi di *aliud pro alio* indicate da Gaio nel paragrafo 4,55, *si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur*. Il Lenel ricostruisce la formula dell'*actio ex stipulatu* come una formula *in factum* preceduta da *demonstratio*, ma il confronto fra GAI. 4,46 sulla definizione dell'*actio in factum*

⁽³⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 82 e nt. 6.

⁽³¹⁾ Infatti, sulla base di GAI. 4, 91-93, il LENEL ricostruisce la formula dell'*actio petitoria* nei termini che seguono: *iudex esto, si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret absolve* (*Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., p. 185 s.).

(*Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est*) e GAI. 4,40 (*Demonstratio est ea pars formulae quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur*), consente di affermare che in un simile caso un errore nella *demonstratio* avrebbe lo stesso effetto di un errore nell'*intentio*. Peraltro quand'anche si possa sostenere in astratto l'esistenza di una formula che dopo aver dichiarato l'esistenza di un credito *ex stipulatu*, nella *condemnatio* indicasse lo stesso come derivante *ex testamento*, in concreto doveva apparire molto difficile che nella *condemnatio* si ripetesse il titolo dell'obbligazione già precedentemente indicato ⁽³²⁾.

E infine ancora meno adattabile ad ipotesi di errori nella *condemnatio* appare il terzo caso cui accenna GAI. 4,55: *aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere* ⁽³³⁾.

7. Lo stesso Gaio, a proposito della *condemnatio cum de-*

⁽³²⁾ In realtà più che ricostruire la formula il LENEL, *op. cit.*, p. 151 ss. riporta due paragrafi di Gaio che non lasciano dubbi in proposito: GAI. 4, 136. *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: iudex esto. quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, et reliqua.* 137. *At si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo: ea res agatur, quod A. Agerius de L. Titio incertum stipulatus est, quo nomine N. Negidius sponsor est, cuius rei dies fuit; in persona vero fideiussoris: ea res agatur, quod N. Negidius pro L. Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit; deinde formula subicitur.*

⁽³³⁾ Si dovrebbe pensare ad una formula in cui fosse dichiarato espressamente che si agisce *alieno nomine* e purtuttavia non fosse stata fatta la necessaria trasposizione dei soggetti. Invece la formula di un'azione *per procuratorem* che Gaio riporta al paragrafo 4,86 (*si paret N. Negidium P. Mevio sestertium X milia dare oportere, iudex N. Negidium L. Titio sestertium X milia condemna: si non paret, absolve*), non presenta affatto l'indicazione *alieno nomine*. Ebbene se in un'azione come questa non fosse stata fatta la trasposizione dei soggetti, non si sarebbe pensato forse ad un errore nella *condemnatio*, ma probabilmente il giudice avrebbe condannato Numerio Negidio a pagare al suo vero creditore e non al *procurator*. L'unica ipotesi in cui anche in questo caso sarebbe stato necessario ricorrere alla disciplina dell'errore nella *condemnatio* si verificherebbe nel caso di assenza del *dominus negotii*.

ductione in sede di azione esperita dal *bonorum emptor*, trova modo di ripetere la regola riguardante il *periculum actoris* in ipotesi di *plus in condemnatione*:

GAI. 4,68. Praetera compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

È facile il confronto fra il *quo loco plus petenti periculum non intervenit* del paragrafo 68 e l'*actoris quidem periculum nullum est* del paragrafo 57: infatti, come conferma lo stesso Gaio, la *deductio* si deve configurare come una clausola, e quasi un modo di essere, della *condemnatio*:

GAI. 4,65. Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnatur quod superest, deducto eo, quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.

Secondo il Provera si tratterebbe di un'ipotesi in cui un qualsiasi errore nella *deductio* sarebbe in realtà un errore nella *condemnatio* ⁽³⁴⁾. Di fronte alle dichiarazioni del convenuto che afferma di essere a sua volta creditore del *defraudator*, il pretore non può che concedere al *bonorum emptor* una formula con la *condemnatio cum deductione*: ma, poiché lo stesso *praetor* non può svolgere indagini circa l'esistenza del credito e del controcredito, né circa il loro ammontare, può essere che la *deductio* non corrisponda alla reale esistenza di un controcredito, ovve-

(³⁴) Cfr. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 11 nt. 4, e supra p. 81 s.

ro che, pur essendo espressa in forma incerta, tale *deductio* risulti pur sempre abnorme rispetto all'effettivo ammontare del controcredito ⁽³⁵⁾. Pertanto se la *deductio* risulta inferiore a ciò che è dovuto dal *bonorum emptor defraudatoris nomine* (così come nel caso in cui sia stata totalmente omessa?) l'ipotesi sarebbe configurabile come un *plus in condemnatione*: pertanto il *plus petens* del paragrafo 68 e l'*actor* del paragrafo 57 rappresentano la stessa parte, ciascuno nella sua situazione. Viceversa se la *deductio* risulta superiore a ciò che è dovuto dal *bonorum emptor defraudatoris nomine* (così come nel caso in cui non corrispondesse ad un controcredito realmente esistente?), l'ipotesi sarebbe configurabile come un *minus in condemnatione*.

Tuttavia nell'ipotesi della *condemnatio cum deductione* Gaio non accenna nemmeno alla disciplina del *minus in condemnatione*.

E del resto, contro le ipotesi avanzate dal Provera, si deve leggere un passo di Paolo, D. 46,8,15, dal libro 14 *ad Plautium* (*Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si iudicium petitum esset. . . nam et si quis adversus petentem compensatione deductione usus sit, recte dictum est petisse eum videri et stipulationem committi amplius non peti.*), dal quale si deduce che, se è vero che per ciò che riguarda la *deductio* il convenuto deve essere qualificato a sua volta come un *petitor*, qualora la *deductio* stessa sia errata in *plus* o in *minus*, dovrebbero essere applicabili le regole della *pluris* o *minoris petitio*. Pertanto se il convenuto avesse chiesto in deduzione meno di quanto fosse in realtà il suo controcredito, egli dovrebbe ottenere che dalla condanna fosse sottratta la sola somma chiesta in deduzione: invece se avesse chiesto in deduzione più di quanto gli fosse effettivamente dovuto, dovrebbe perdere ogni diritto a qualsivoglia deduzione.

⁽³⁵⁾ Circa la struttura formale della *deductio* si veda LENEEL, *op. cit.*, p. 427 ss., BRONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali Sem. Giur. Palermo* 12 (1929), p. 188 s., SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli 1950, p. 67.

Inoltre anche la frase finale di Gai. 4,68, *utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit*, potrebbe dare adito a qualche dubbio in proposito. Infatti quale significato deve darsi alla chiusa del passo? Gaio vuol forse dire che una formulazione *incerta* della *condemnatio* potrebbe impedire l'eventualità di errori? certamente no: qui Gaio descrive soltanto una prassi relativa alla *condictio certae creditae pecuniae* esperita dal *bonorum emptor*, tale per cui anche se l'*intentio* riguardava una certa somma di danaro la *condemnatio* sarebbe rimasta purtuttavia *incerta*. Infatti si pensi ad un'azione di questo tipo esperita dal *bonorum emptor* contro un debitore del fallito: il *bonorum emptor* può non essere a conoscenza di eventuali controcrediti del convenuto nei confronti del *defraudator*, e pertanto la sua *intentio* non terrà conto di tali controcrediti: *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere*. Tale *intentio* sarebbe di per sé esatta, dal momento che la compensazione, e per di più la compensazione di crediti non omogenei, come si deve definire la *deductio* ⁽³⁶⁾, non estingue l'obbligazione *ipso iure* ⁽³⁷⁾; e tuttavia, se si voles-

⁽³⁶⁾ Cfr. GAI. 4,66. *Inter compensationem autem, quae argentario opponitur et deductionem, quae obicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita, si eiusdem naturae qualitatisque sit. In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis: itaque si vero pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit in reliquum experitur. 67. Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur.*

⁽³⁷⁾ Contro quella che è l'opinione dominante il BIONDI nega che la compensazione nel periodo classico abbia una qualunque efficacia estintiva; essa sarebbe «una mera operazione contabile che rende possibile di fatto la neutralizzazione dei reciproci crediti, ma non può essere la causa giuridica della loro estinzione» (BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 165), «un puro calcolo che di per sé non produce conseguenze giuridiche. È invece il processo, e precisamente la sentenza del giudice, che, tenendo presente i risultati della *compensatio*, sostituisce un rapporto unico e unilaterale ai precedenti reciproci che vengono estinti come tutti i diritti dedotti in giudizio» (p. 179; così anche in part. p. 202). Ma forse proprio dal carattere estintivo della compensazione,

se tener conto anche dei controcrediti, l'*intentio* risulterebbe viziata *in plus*. Allora si determinerebbe un conflitto fra due interessi contrapposti, quello del convenuto, che vorrebbe evitare di essere condannato nel presente giudizio per poi ripetere autonomamente dal *bonorum emptor* quanto gli è dovuto, e quello del *bonorum emptor*, il quale, se fosse inserita *sic et simpliciter* la *deductio*, potrebbe essere chiamato a rispondere di una *pluris petitio* e quindi perderebbe la causa. Pertanto, per rendere soddisfazione agli interessi di ambedue le parti la *condemnatio* non può ripetere la somma espressa nell'*intentio*, ma deve essere data sempre in forma *incerta*, come, per esempio, *iudex N. Negidium L. Titio sestertium X milia, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor (L. Titius) defraudatoris nomine debet, condemna* ⁽³⁸⁾.

La descrizione di questo caso rende giustizia anche dell'omissione di Gaio relativa al *minus in condemnatione*: infatti, se si accetta l'ipotesi esposta, il caso della *deductio* può comportare sempre e soltanto un *plus*.

Si noti però che la *deductio* determina un *plus in intentione*, in quanto proprio a causa dell'introduzione della *deductio* nella *condemnatio*, si genera un errore nella formulazione dell'*intentio*. Si tratterebbe dunque di un caso differente da quelli finora ipotizzati: finora si è parlato di errore nella *condemnatio*,

dal momento che si tratterebbe di estinzione *ope exceptionis*, si potrebbero trarre argomenti a giustificazione della particolare disciplina dell'errore *in condemnatione*. Comunque per ora basti rilevare come anche il Biondi (p. 180 s.) non neghi al giudice una qual certa «libertà» di tener conto o meno nella sentenza del diritto vantato in compensazione.

⁽³⁸⁾ Questa è anche la descrizione del caso fornita da L. LOMBARDI, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, in *BIDR* 66 (1963), p. 54, nonché dal BIONDI, *op. cit.*, p. 188 ss., e dal SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 67 ss.; però quest'ultimo dalla chiusa del paragrafo 68 deduce che l'esclusione del rischio per il *bonorum emptor* deriverebbe dal carattere «incerto» della formula, piuttosto che dalle regole della *condemnatio pluris*: «ne consegue — dice il SOLAZZI (p. 66) — che il *bonorum emptor* non correva il pericolo della *pluris petitio*, poiché la *condemnatio* era sempre concepita in un *incertum*».

e perciò di un errore che potremmo dire in ogni caso formale, e comunque tale da non intaccare la veridicità dell'*intentio*: qui invece saremmo di fronte ad una precisazione della *condemnatio* che viene a limitare (e quindi invalidare, sia pure in parte) la pretesa dell'attore. Ciò giustificerebbe la parola *petitum* di GAI. 4,57 e il *plus petenti* di GAI. 4,68, che si leggono a proposito della *condemnatio*, e giustificerebbe anche il fatto che il *plus* sia imputato in concreto all'attore. E tuttavia sotto questo profilo il confronto fra il paragrafo 68 ed il 57 di Gaio non è del tutto appagante. Infatti nel paragrafo 57 il giurista sembra parlare di un *plus* e di un *minus* che si verificano e si devono calcolare nella *condemnatio* e non nell'*intentio*, foss'anche a cagione della *condemnatio*.

La spiegazione di questa apparente contraddizione fra i due passi si può forse ricavare dallo stesso GAI. 4,68. In realtà non si tratterebbe di altro che del rovescio della medaglia. Infatti il *bonorum emptor* è senz'altro legittimato a non tener conto nell'*intentio* degli eventuali controcrediti: ma l'introduzione della *deductio* fa sì che la *condemnatio* non corrisponda più all'*intentio*; in senso lato si potrebbe anche dire che la *condemnatio* stessa risulta errata, ed errata *in minus*, talché può essere applicata la regola del paragrafo 57, *si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor quod posuit*.

A questo punto sarebbe interessante verificare nelle fonti se esistano e quali siano gli altri casi in cui una precisazione contenuta nella *condemnatio* produca un errore nella formulazione antecedente dell'*intentio*, che di per sé sarebbe stata esatta: in realtà tali precisazioni (se può essere consentito trarre qualche illazione dalla sola *deductio*), non corrisponderebbero ad altro che a particolari poteri di indagine concessi al giudice indipendentemente dalla loro enunciazione nelle premesse della formula.

Così una volta che si fosse individuata un'ipotesi in cui la precisazione presente nella *condemnatio* consentisse al giudice di

accrescere l'ammontare della condanna (rispetto alla somma indicata nell'*intentio*), allora si potrebbe forse attribuire il suo giusto risalto alla seguente corrispondenza: la stessa clausola che nella *condemnatio* è tale da determinare un *plus*, di conseguenza fa sì che l'*intentio* (rispetto alla *condemnatio*) debba ritenersi errata *in minus* ⁽³⁹⁾.

8. L'ultimo problema da esaminare riguarda gli effetti di questo fenomeno. Si è già osservato che l'errata *condemnatio* conduce generalmente a conseguenze opposte a quelle che si verificano in seguito a *pluris* o *minoris petitio*, talché si potrebbe notare fra le due situazioni una corrispondenza scontrata a chiasmo ⁽⁴⁰⁾:

plus in intentione:

minus in condemnatione:

GAI.4,56. Sed *plus* quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est . .

GAI. 4,53. Si quis intentione *plus* complexus fuerit, causa ca-

GAI. 4,57. Si vero *minus* positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constrin-

⁽³⁹⁾ Certamente la *condemnatio* dell'azione *de eo quod certo loco* non presenta una sua particolare ed autonoma precisazione che possa essere paragonata alla *deductio*, ma può consentirmi ugualmente di chiarire il mio pensiero. Come si è avuto modo di dire in precedenza, anche se l'*intentio* è volta a far valere un diritto su una ben determinata somma di denaro, *si paret N. Negidium A. Agerio decem Ephesi dare oportere*, la *condemnatio* sarà sempre nel *quod interest* (quindi incerta), perché il giudice deve valutare il maggiore o minore interesse dell'attore (e del convenuto) in rapporto alla variazione del *locus solutionis*. Ebbene se la condanna viene ad essere maggiore della somma indicata nell'*intentio*, si potrebbe forse dire che la *condemnatio*, a cagione di quel chiaro riferimento all'interesse, deve essere considerata *in plus*, cosicché l'*intentio*, pur presentando l'indicazione dell'originario *locus solutionis*, viene ad essere *in minus*. Pertanto si potrebbe applicare la regola generale che si legge in GAI. 4,56, *minus autem intendere licet*, o, indifferentemente, quella che si legge in GAI. 4,57, *si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est*, rimandando poi, per la disciplina concreta, alle norme speciali relative all'actio *de eo quod certo loco*.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. nt. precedente.

dit, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur exceptis quibusdam casibus, in quibus . . . praetor non patitur . . .

gitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit: facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum . . .

minus in intentione:

GAI. 4,56 . . . minus autem intendere licet, sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur: nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.

plus in condemnatione:

GAI. 4,57. At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuat condemnationem.

È noto che le conseguenze della *pluris* (o *minoris*) *petitio* derivano dalla natura della *litis contestatio*, ed in particolare da quello che la dottrina indica come l'effetto consuntivo del fenomeno: ed è noto che, riferendosi al *plus* o *minus in intentione*, queste conseguenze sono notevoli, in quanto è proprio all'*intentio* che si deve guardare per l'applicazione o meno del principio *bis de eadem re ne sit actio*.

Invece la *condemnatio* non serve ad identificare la lite, né tanto meno l'oggetto di essa. Di fronte ad una formula in cui si presentasse una più o meno palese incongruenza fra l'*intentio* e la *condemnatio* il giudice potrebbe trovarsi in grave imbarazzo: peraltro, una volta accertata l'esistenza del diritto vantato dall'attore nell'*intentio*, dal momento che l'*intentio* appunto risulta esatta, non potrebbe esimersi dall'applicare alla lettera le disposizioni della *condemnatio*.

Infatti questa rappresenta un ordine rivolto dal magistrato

ad un privato cittadino, al quale non può essere consentito di porre in discussione le modalità dell'ordine stesso. Inoltre l'applicabilità dell'ordine, sempre per un atto di decisione magistratuale, viene subordinata alla verifica della sola *intentio*, mentre se il giudice avesse anche il potere di controllare la conformità della *condemnatio* con l'*intentio* la formula dovrebbe essere strutturata in modo da subordinare al *si paret* non solo le affermazioni dell'*intentio* ma anche le stesse indicazioni della *condemnatio* ⁽⁴¹⁾.

Del resto una base testuale di questa affermazione si legge nello stesso paragrafo 4,57 di Gaio: le parole *sed reus cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur ut minuatur condemnatio* che il giurista riferisce al *plus in condemnatione* possono comprendersi soltanto pensando che, se non ci fosse il rimedio della *restitutio in integrum*, pur avvedendosi dell'abnormalità della *condemnatio*, il giudice dovrebbe senz'altro condannare. E ancora in tema di *minus in condemnatione* le parole di Gaio dimostrano palesemente come, accertata la veridicità dell'*intentio* e nonostante che questa non corrisponda alla *condemnatio*, il giudice non possa esimersi dal pronunciare la condanna nei termini rigorosamente indicatigli dalla formula. Pertanto, in ogni caso di errata formulazione della *condemnatio* il giudice che pur se ne sia avveduto non avrebbe nessun potere di risolvere equamente la situazione.

Ebbene: se l'attore ha contestato la lite su una formula che presenta una tale difformità fra *intentio* e *condemnatio* da costi-

(41) La formula dovrebbe essere strutturata, per esempio come segue: *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere, et te (iudicem) eum sestertium X milia condemnare oportere, iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna, si non paret, absolve*. Del resto basta ricordare l'esempio proposto da Cicerone, in *Verr.* II, 2, 12, 31, dove l'Arpinate dimostra che il giudice è comunque strettamente condizionato alla formula, talché se anche il pretore avesse disposto nella clausola restitutoria di una formula *in rem* un nome diverso da quello dell'attore (*L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur*) il giudice non avrebbe potuto fare altro che attenersi rigorosamente.

tuire un *plus in condemnatione*, il convenuto può ottenere dal pretore una *restitutio in integrum*. Non meraviglia il fatto che si debba ricorrere a questo mezzo stragiudiziale pretorio: la *litis contestatio* su quella formula, in quanto contratto processuale, ha creato un vincolo obbligatorio che solo può essere estinto con il normale specifico adempimento ovvero con una *restitutio in pristinum statum* operata dal pretore in forza d'imperio. Dunque occorrerà ritornare *in iure* e procedere ad una nuova *litis contestatio* sulla formula esatta.

Al contrario l'unico caso in cui, in ipotesi di *plus in intentione*, si consente una *restitutio in integrum*, è l'eccezione relativa ai minori di XXV anni.

Pertanto si deve forse credere che mentre il *plus in intentione* pregiudica i diritti dell'attore in quanto preclude la possibilità di intentare una nuova lite *de eadem re*, invece il *plus in condemnatione*, grazie alla *restitutio in integrum*, consente la riproposizione dell'azione? nonostante tutto, sarei proclive a ritenere che non si possa giungere ad affermare ciò. Infatti, se in seguito ad un *plus in intentione* fosse consentito riproporre l'azione *ex novo*, ciò comporterebbe l'obbligo di riprendere da capo l'intera questione, in quanto l'*intentio* documenta le prime dichiarazioni effettuate davanti al magistrato, e proprio queste risultano inesatte: occorrerebbe cioè riproporre l'*intentio*, e riproporla nella forma esatta: da ciò la preclusione derivante dal *ne bis in idem*. Ma ugualmente, se si dovesse riproporre *ex novo* l'azione in seguito a *plus in condemnatione* e conseguente *restitutio in integrum*, si dovrebbe riproporre l'*intentio*, e questa risulterebbe essere la stessa già proposta nel procedimento anteriore (nemmeno modificata dalla correzione come nel caso precedente): anche in questo caso giuocherebbe il principio della preclusione processuale *ne bis in idem*.

Invero, poiché la *condemnatio* è la parte della formula che documenta l'ultimo atto della fase *in iure* prima della *litis contestatio*, e per di più un atto che promana dal magistrato più che

dalle parti, la *pluris condemnatio* importa soltanto la necessità di rettificare l'ordine del magistrato al giudice. Pertanto, anche sulla base delle parole di Gaio, *in integrum restituitur ut minuat* *condemnatio*, riterrei che la *restitutio in integrum* riconduca le parti non già agli albori del procedimento, quanto piuttosto al momento che precede la definizione *in iure* della *condemnatio*: cioè non si avrebbe una riproposizione dell'azione — che sarebbe un'azione *de eadem re* —, ma piuttosto la rettificazione di un atto, l'ultimo, dello stesso procedimento ⁽⁴²⁾.

Invece, qualora la formula su cui le parti hanno contestato la lite presenti una *condemnatio minoris*, l'attore non ha alcuna possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi: egli conseguirà soltanto ciò che è stabilito nella *condemnatio*, né gli è consentito di ricorrere alla *restitutio in integrum*. Viceversa nel caso di un *minus* nell'*intentio*, benché non sia accordata all'attore una protezione immediata, tuttavia gli si consente di riproporre l'azione per il *quod amplius* nel corso della successiva pretura.

Le stesse regole appaiono ripetute in D. 42,1,4,5, pur tacendo uno specifico richiamo ad ipotesi di errore nella *condemnatio*. Il passo è già stato citato per definire la fattispecie della c.d. «*pluris condemnatio tempore*»; ma è utile riproporlo nuovamente qui per il diverso punto di vista, quello degli effetti, sotto cui deve essere analizzato:

⁽⁴²⁾ L'esistenza di una *restitutio in integrum* parziale (nel senso che avrebbe efficacia rescissoria solo rispetto ad una parte degli atti compiuti) non è messa in dubbio da nessuno (si veda in part. per tutti, RACCI, *op. cit.*, p. 194 ss.). Lo stesso BRUTTI (*op. cit.*, p. 331, e poi anche p. 400), proprio nel discorso che introduce, in nota, il richiamo a GAL. 4,57, ha modo di affermare che come esiste una *restitutio in integrum* «limitata alla sentenza, tale cioè da non condurre ad una riapertura della lite, ma soltanto ad una nuova pronuncia in base alla stessa formula e da parte dello stesso collegio giudicante, la cui libertà di valutazione si suppone sia stata coartata nel primo giudizio», così «le fonti pongono talvolta il problema di una rescissione della *litis contestatio*, indipendentemente dall'ulteriore svolgimento della lite, come per un qualsiasi altro atto giuridico del quale si vogliano eliminare gli effetti vincolanti».

D. 42,1,4,5 (ULP. 1.58 *ad ed.*) Si quis condemnatus sit, ut intra certos dies solvat, unde ei tempus iudicati actionis computamus, utrum ex quo sententia prolata est an vero ex eo, ex quo dies statutus praeteriit? sed si quidem minorem diem statuerit iudex tempore legitimo, repletur ex lege, quod sententiae iudicis deest: sin autem ampliorem numerum dierum sua definitione iudex amplexus est, computabitur reo et legitimum tempus et quod supra id iudex praestitit.

La fattispecie cui si riferisce Ulpiano è quella di una condanna giudiziale la cui esecuzione sia sottoposta ad un termine. Se il tempo concesso è maggiore di quello di rito per la proposizione dell'*actio iudicati*, l'ipotesi appare rapportabile al caso di una *condemnatio minoris*, in quanto il maggior lasso di tempo è concesso ad esclusiva utilità del convenuto: di conseguenza l'attore dovrà sottostare alla decisione del giudice e sarà legittimato a proporre l'*actio iudicati* solamente a partire dal *dies* giudizialmente stabilito. Al contrario se il termine assegnato dal giudice al convenuto per l'adempimento della condanna è minore del *tempus iudicati* l'ipotesi è rapportabile ai casi di *condemnatio pluri*, in quanto l'anticipazione della scadenza si presume imposta a tutto vantaggio dell'attore: perciò la legge interviene accrescendo d'autorità il *tempus* stabilito dal giudice.

Dal testo di Ulpiano forse potrebbe trarsi argomento anche per un'altra interessante considerazione: il giurista operante fra il II ed il III sec. d.C. non parla più di *praetor*, non parla di *restitutio in integrum* (e forse anche qui bisognerebbe dire «non parla più»), bensì semplicemente di un *repletur ex lege*: potrebbe essere questo un indizio di una graduale scomparsa del rito della *restitutio in integrum* dalle ipotesi di errore nella *condemnatio*, scomparsa che già al tempo di Gaio poteva essere documentata per i casi di *taxatio* abnorme ⁽⁴⁾?

(4) Cfr. *supra*, p. 85 ss. Sul progressivo declino dell'istituto della *restitutio in*

Un altro passo in cui si trovano accennate le regole di risoluzione dei casi di errore nella *condemnatio* è

D. 27,3,20 pr. (PAP. 1. 2 *resp.*) *Alterius curatoris heredem minorem ut maiore pecunia condemnatum in integrum restitui placuit. ea res materiam litis adversus alterum curatorem instaurandae non dabit quasi minore pecunia condemnatum, si non sit eius aetatis actor, cui subveniri debeat: sed aequitatis ratione suadente per utilem actionem ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet* ⁽⁴⁾.

Papiniano parla della *restitutio in integrum* concessa, quando sia in minore età, all'erede di un contutore: il giurista vuole chiarire che del danno che può cagionare al pupillo questa *restitutio in integrum* non deve rispondere il contutore ancora vivente.

Le parole *quasi minore pecunia condemnatum* che sono riferite a quest'ultimo potrebbero essere lette in realtà con due intonazioni diverse, e cioè col tono che dia loro un significato affermativo, «la questione non dà materia di lite contro il contutore

integrum in età postclassica si veda ORESTANO, 'Plus petitio' e 'in integrum restitutio', in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano 1965, p. 238 ss.; CERVENCA, *Per lo studio della 'restitutio in integrum' (Problematica e prospettive)*, in *Studi Biondi*, cit., I, in specie p. 625 ss.; FABBRINI, *Per la storia della 'restitutio in integrum'*, in *Labeo* 13 (1967), *passim*, ed ivi ulteriore bibliografia.

⁽⁴⁾ Il passo ha subito solo delle critiche di forma marginali, quali la sostituzione della parola *tutor* ogniqualvolta si parlava di *curator*; tutt'al più ne è stata espunta l'ultima parte, da *sed* alla fine (si veda per tutti SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912, p. 197 nt. 8). Del resto generalmente la dottrina che tratta dei problemi relativi alla contutela, a partire dal LEVY, *Die Haftung mehrere Tutoren*, in *ZSS* 37 (1916), *passim*, ha trascurato spesso il *principium* del frammento di Paolo, ovvero ne ha accennato appena [così, per esempio, da ultimo SEILER, *Der Tatbestand der 'Negotiorum gestio' im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, p. 286 e p. 318; così VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *IURA* 21 (1970), p. 112]. In particolare sulla responsabilità dell'erede del tutore si veda DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari 1960, p. 168 ss.

come invece accadrebbe se questi fosse stato condannato *minore pecunia*», ovvero col tono che dia loro un significato negativo, «la questione non dà materia di lite contro il contutore come accade anche nel caso in cui costui fosse stato condannato *minore pecunia*». Poiché ambedue le interpretazioni risultano ugualmente sostenibili, il passo da solo non dimostrerebbe niente: invece unito alle altre testimonianze sulle regole di disciplina della *condemnatio pluris e minoris*, non soltanto conferma le affermazioni di Gaio e di Ulpiano sull'argomento, ma altresì trova una sua interpretazione precisa: infatti è la seconda lettura che deve essere seguita. Ed in questo senso deve essere inteso anche l'*ut maior pecunia condemnatum*, riferito in apertura del passo all'*heredem minorem*, che potrebbe ingenerare analoghi dubbi: l'*heres minor*, dunque, può usufruire a suo beneficio di una *restitutio in integrum* come accadrebbe nel caso in cui fosse stato condannato *maior pecunia*.

In definitiva mi sembra che il passo di Papiniano voglia porre una corrispondenza fra due diverse ipotesi, l'ipotesi della morte di uno dei contutori che lascia erede un minore e le ipotesi di errore nella *condemnatio*.

Nel caso di *condemnatio pluris* la giustificazione della disciplina documentata dalle fonti può sembrare ispirata ad intuitivi criteri di equità: più precisamente si può pensare ad una giustificazione che faccia capo a ragioni di correttezza processuale. L'errore nella *condemnatio* è un errore che si potrebbe imputare allo stesso magistrato e che si presume dovuto non ad un suo comportamento doloso, quanto piuttosto a fretta, ad una momentanea disattenzione o inavvertenza, ad un fraintendimento delle dichiarazioni delle parti, ad un'errata valutazione delle circostanze, ecc. Pertanto è giusto che il convenuto non debba risentire un danno a cagione dell'errore del magistrato; ma allo stesso modo è giusto che anche l'attore veda salvaguardati i propri interessi: così, mentre il caso di *plus in intentione*, che si presume sempre dovuto ad un comportamento doloso, o per lo meno scorretto,

dell'attore ⁽⁴⁵⁾, comporta sempre di conseguenza la piena assoluzione del convenuto, nell'ipotesi di *plus in condemnatione*, a seguito della *restitutio in integrum*, l'attore verrà a conseguire né più né meno di quello che aveva affermato essere il suo diritto nell'*intentio*.

Ma questa stessa giustificazione non regge più quando la si debba applicare alle conseguenze giuridiche del *minus in condemnatione*. Ci si potrebbe chiedere: perché mai un errore del magistrato che dichiara un *minus* nella *condemnatio* deve comportare per l'attore conseguenze negative irrimediabili allo stesso modo che un *plus in intentione*? Anzi, le conseguenze risulterebbero aggravate: infatti sembra che la *condemnatio minoris* non soltanto precluda all'attore la possibilità di ottenere un'immediata *restitutio in integrum*, ma gli impedisca altresì di riproporre l'azione per il *quod amplius*, foss'anche nel corso della pretura successiva. Infatti, come dice Gaio, *tota quidem res in iudicium deducitur*: un'azione per il *quod amplius* comporterebbe un'*intentio* che, sia pure parzialmente, sarebbe *de eadem re*. Forse, se si volesse applicare totalmente il parallelo che Papiniano pone fra l'ipotesi dei contutori e l'ipotesi di errori nella *condemnatio*, potrebbero essere applicate a tutti i casi di *condemnatio minoris* le parole che l'ultima parte di D. 27,3,20 pr. riferisce al pupillo: *sed aequitatis ratione suadente per utilem actionem ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet*. Ma il silenzio di Gaio su un'*actio utilis* concessa all'attore nei casi di *condemnatio minoris* non consente di accettare questa conclusione: infatti Gaio sembra escludere nel modo più assoluto che in tali ipotesi l'attore possa agire anche con altra azione. Circa la differente valutazione delle conseguenze del *minus* nelle due ipotesi la Cantarella dice: «E, a me pare, si può forse intuire la ragione di questo diverso trattamento. Nel caso del *minus* nella *condemnatio*, infatti, l'attore aveva quanto meno ottenuto la condanna del

(45) Contro PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 130 s.

convenuto nei limiti indicati nella *condemnatio* erroneamente formulata. E la sua condizione, pertanto, era decisamente migliore di quella di colui che, essendogli capitato di *plus intendere*, aveva visto respinta integralmente la sua domanda» ⁽⁴⁶⁾.

Pertanto a questo punto si deve accettare la giustificazione di Gaio, *facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus* ⁽⁴⁷⁾? o non è possibile ricercare una spiegazione più tecnica ⁽⁴⁸⁾?

9. Mi sembra opportuno spendere ancora qualche parola su talune modalità di individuazione delle ipotesi di *plus* o *minus in condemnatione*. Innanzi tutto si deve risolvere il seguente interrogativo: quando si può parlare di *plus* e quando di *minus*? Il problema, che a prima vista potrebbe sembrare irrilevante, come nel caso di errore materiale nell'*actio certae creditae pecuniae*, assume invece un maggior colore in altre ipotesi di errore in cui non possa farsi altrettanto agevolmente un confronto quantitativo con l'*intentio*.

Inoltre questo problema ne implica un altro relativamente

⁽⁴⁶⁾ CANTARELLA, *Il 'minus petere' e le sue conseguenze nel processo formulare*, in *SDHI* 35 (1969), p. 104 (in part. p. 103, nt. 12). L'Autrice ritiene che una traccia di una concessione, sia pure eccezionale, di *restitutio in integrum* anche in ipotesi di *minus* nella *condemnatio* possa leggersi nel noto provvedimento di Claudio di cui parla SVETONIO (*Claud.* 14); il provvedimento riguardava in realtà una vera e propria *pluris petitio*, ma, «a distanza di pochi anni, la prassi pretoria doveva già aver esteso la concessione della *restitutio in integrum*, oltreché al caso del *plus*, anche al caso del *minus* nella *condemnatio*» (*op. cit.*, p. 105), come sarebbe confermato anche da SEN., *Ep. ad Luc.* 5, 48, 10-12 (*Quid enim aliud agitis, cum eum, quem interrogatis, scientes in fraudem iudicatis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illos praetor, sic hos philosophia in integrum restituit*).

⁽⁴⁷⁾ In particolare su questa giustificazione si veda WLASSAK, *op. cit.*, p. 151 nt. 57, così anche DÜLL, *Vom 'vindex' zum 'iudex'*, in *ZSS* 55 (1935), p. 16 e p. 22 ss.

⁽⁴⁸⁾ Invece non sorgerebbe nessun problema di giustificazione se si accettasse come unica ipotesi di *plus* (o *minus*) in *condemnatione* quella relativa alla *condemnatio cum deductione del bonorum emptor* e agli eventuali casi analoghi: infatti in questo caso (cfr. *supra*, nt. 39 in particolare) la regolamentazione del caso deriverebbe in pratica da un temperamento della disciplina della *pluris petitio*, dovuto a chiare ragioni di equità.

al momento in cui può essere ravvisata l'anormalità ed al soggetto che può e deve accorgersene.

Se l'errore è un errore materiale, come, per esempio, l'indicazione di una cifra diversa da quella enunciata nell'*intentio*, ovvero di uno schiavo diverso, o di un diverso fondo, o di una diversa quantità o qualità dello stesso fondo; o ancora se l'errore deriva dalla combinazione di parti tipiche di diverse azioni tipiche (e in tal caso dovrebbe risultare anche più evidente), esso, in teoria, può essere avvertito da chiunque, ed in qualsiasi momento. Se se ne avvedono le parti, o anche il giudice chiamato a decidere della questione, l'ipotesi non si differenzia da altre di cui si dirà di seguito. Ma al limite può avvedersi dell'errore commesso anche lo stesso pretore che ha concesso la formula, e ciò subito dopo la *litis contestatio*: allora sarà verisimilmente lo stesso pretore che di sua propria iniziativa provvederà a concedere la *restitutio in integrum* qualora ritenga essersi verificato un *plus*.

Ma talora, benché l'errore sia evidente, non altrettanto evidente potrebbe apparire la sua qualificazione come *plus* ovvero come *minus*: tali i casi in cui si parla di uno schiavo diverso da quello su cui era stata pronunciata l'*intentio*, o di un fondo diverso, o ancora nelle ipotesi di *aliud pro alio*. Gaio non accenna nemmeno all'*aliud pro alio in condemnatione*, ma, come si è potuto notare, un'ipotesi del genere potrebbe anche verificarsi in astratto. Inoltre a questa categoria di errori dovrebbe ricollegarsi anche il caso in cui sia stata contestata la lite su una formula che presenti l'*intentio* tipica di una categoria di azioni seguita dalla *condemnatio* tipica di un'altra categoria di azioni: infatti di fronte, per esempio, alla pretesa di una azione di revindica, la richiesta di condannare il convenuto come se la sua posizione nei confronti dell'attore fosse quella di un obbligato *ex delicto*, potrebbe essere considerata forse alla stregua della seconda ipotesi di GAI. 4,55. E allora questa condanna deve essere considerata come un *plus*, talché su istanza del convenuto si consenta

contro di essa la *restitutio in integrum*, o come un *minus*, contro cui non è dato nessun rimedio a favore dell'attore?

Le Istituzioni di Giustiniano individuano il fondamento del calcolo circa la *pluris o minoris petitio* nell'*utilitas* del convenuto, che deve essere intesa in termini puramente quantitativi, o comunque sempre economicamente valutabili ⁽⁴⁹⁾. Ma lo stesso criterio non può essere adottato anche per il *plus* e *minus in condemnatione*. Infatti l'*utilitas* riferita all'*intentio* porta a considerare come *plus* ogni ipotesi in cui, per esempio, venga richiesta la prestazione in luogo diverso da quello stabilito dall'accordo delle parti, ovvero in cui sia sottratta al debitore la *facultas electionis* che gli competeva; ma proprio a proposito del primo caso, e più precisamente dell'*actio de eo quod certo loco*, non c'è dubbio che la *condemnatio* debba prendere in considerazione l'interesse di ambedue le parti, non di una soltanto: pertanto l'errore *loci* nella *condemnatio* non può essere inteso sempre e necessariamente come un *plus*. E allo stesso modo — direi — non dovrebbe comportare sempre e necessariamente un *plus* l'errore nella *condemnatio* di un'azione con *intentio* formulata alternativamente.

Comunque, nell'assenza totale di fonti che diano una qualche luce sulla materia, riterrei che questa situazione non possa essere stata definita in astratto distinguendo con regole generali quando si dovesse parlare di *plus* e quando di *minus* ⁽⁵⁰⁾: a mio sommesso avviso tale definizione dovrebbe essere stata lasciata alla discrezionalità del solo convenuto al quale era concesso di valutare se gli convenisse farsi condannare (si pensi al caso di una condanna al valore di una cosa che è stimata inferiore rispetto a quella, diversa, che era oggetto dell'*intentio*; o si pensi al

⁽⁴⁹⁾ Cfr. I, 4, 6, 33 a - 33 c, in cui Giustiniano, illustrando i casi di *pluris petitio*, fa riferimento spesso alla «*utilitas*» del convenuto, o all'*electio* che gli viene *erepta*, o al fatto che la sua *condicio* divenga *deterior*.

⁽⁵⁰⁾ Le difficoltà che si incontrano a questo proposito nei casi di *plus in intentione* mi sembrerebbero differenti: cfr. PROVERA, 'La *pluris petitio*', cit., p. 87 ss.

caso di una condanna tipica che debba essere *in simplum*, mentre l'*intentio* avrebbe comportato una condanna *in multiplum*; o si pensi, infine, al caso di una condanna semplice, quando l'*intentio* avrebbe dovuto essere seguita da una condanna accompagnata da particolari promesse o assunzioni di garanzia da parte del convenuto), o pretendere dal pretore la *restitutio in integrum*.

Al contrario, il problema del soggetto che può rilevare l'incoerenza fra *intentio* e *condemnatio* (e di conseguenza quello del momento in cui tale incoerenza può essere rilevata) deve risolversi diversamente quando il pretore e le parti abbiano ormai affidato al giudice la formula, non avvertendone la disorganicità dal momento che l'errore non era così evidente da risultare a prima vista dalla semplice lettura della formula stessa. E dovrebbe essere l'ipotesi di gran lunga più frequente. Si pensi per esempio al caso di una *condemnatio cum deductione* a favore di un *bonorum emptor*: come si è accennato, poiché il magistrato non ha competenza alcuna circa la valutazione della questione ma deve seguire le indicazioni che gli sono fornite dalle parti, può essere che abbia posto nella *condemnatio* la *deductio* di un controcredito inesistente ovvero di un ammontare esorbitante rispetto a ciò che è effettivamente dovuto al convenuto. Le premesse stesse chiariscono a mezzo di chi può essere avvertita la disarmonia: infatti la competenza circa la valutazione dei crediti e dei controcrediti è data al *iudex*, e sarà pertanto il giudice (e solo il giudice) che potrà avvedersi dell'incongruenza che si è venuta a determinare fra il diritto leso così come è espresso nell'*intentio* e la *condemnatio* con quella *deductio* abnorme.

Allora sorge un altro problema: nel caso di inerzia delle parti, e segnatamente del convenuto, il giudice che si sia avveduto dell'iniquità della *condemnatio*, è obbligato a condannare senz'altro, ovvero può sollecitare egli stesso un intervento autoritativo del magistrato che modifichi la formula? Anche sulla base di quanto ho già detto, a me sembrerebbe che al giudice non possa

essere riconosciuto questo potere; egli può sollecitare le parti a chiedere esse l'intervento del magistrato, ma una volta che queste vogliano accontentarsi della situazione, il *iussus iudicandi* non dà al giudice altra facoltà in alternativa a quella di condannare, una volta che abbia accertato la veridicità dell'*intentio*. Pertanto, non potendo egli chiamare in causa il magistrato, a questo punto la sua attività si riduce presumibilmente a dare conoscenza alle parti dell'errore che ha potuto rilevare, e ancora una volta spetterà al convenuto, se lo ritiene opportuno, chiedere la *restitutio in integrum*.

Rimane da dire ancora dei casi di *condemnatio incerta* in cui il criterio di valutazione della condanna indicato (ed imposto) al giudice dal pretore (il *bonum et aequum*, il *quanti ea res est* o *erit* o *fuit*, il *quanti interest* o *interfuit*, ecc.) non corrisponde alle premesse espresse nell'*intentio* tipica. Ebbene, anche in questo caso se il giudice si avvede che il diritto di cui si lamenta la lesione avrebbe dovuto comportare una *condemnatio* nel *quanti ea res est* invece che nel *quod interest*, come al contrario risulterebbe dalla *condemnatio*, ne darà comunicazione alle parti, ed il convenuto, se crede, potrà ricorrere alla *restitutio in integrum*. Infine è da notare che spesso la differenza fra l'una forma e l'altra di *condemnatio* è talmente sottile che può essere necessaria da parte del giudice una valutazione approfondita non soltanto del fatto, ma anche — oserei dire — dei principi generali e dei criteri che ispirano il capitolo dell'editto che sarebbe relativo al caso di specie.

PIERO GUALTIERI

**PROVE ILLEGITTIME
E SANZIONI PROCESSUALI**

SOMMARIO: 1. Il divieto di utilizzazione delle prove illegittime. — 2. Prove illegittime e prove illecite. — 3. Limiti di utilizzabilità delle prove illegittime. — 4. Prove invalide nel *quomodo*: sanzioni processuali. — 5. Prove invalide nell'*an*: sanzioni processuali. — 6. Divieti di acquisizioni probatorie sprovvisi di previsione di sanzione processuale: inapplicabilità dell'art. 185 n. 3 cod. proc. pen. ed insussistenza di una mera irregolarità. — 7. Inapplicabilità del concetto di inesistenza: semplice nullità relativa della sentenza che utilizzi il dato probatorio invalido.

1. Sulla utilizzabilità in giudizio delle prove acquisite illegittimamente, cioè in violazione delle norme che ne disciplinano il procedimento di ammissione ed espletamento, vi è diversità di indirizzi sia in giurisprudenza che in dottrina ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si sono pronunciate nel senso della utilizzabilità di tali prove Cass. 23 gennaio 1973 Ferraro, in *Giust. pen.* 1973, III, c. 536; Cass. 10 ottobre 1972, Fichera, *ivi*, 1973, III, c. 657; Cass. 28 gennaio 1958, *ivi*, 1958, III, c. 790; *Contra* Cass. 10 Marzo 1975, Sivalle, in *Giust. pen.* 1977, III, c. 92; Cass. 12 dicembre 1974, Tremartano, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1976, p. 511, m. 575; Cass. 14 gennaio 1974, Buda, *ivi*, 1975, p. 640, m. 778; Cass. 4 giugno 1973, Roulli, *ibidem*, p. 326, m. 333; Cass. 17 febbraio 1978, Bellandi, in *Giust. pen.* 1978, III, 340.

Per una più vasta rassegna di giurisprudenza vedi VICORTI, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 322 seg.

La dottrina è in larga maggioranza orientata per la inutilizzabilità della prova illegittima: cfr. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, in *Giur. it.* 1960, I, 2, c. 867 seg.; BELIANTONI, *Le perquisizioni nella disciplina del codice di procedura penale: aspetti problematici*, in *Ind. pen.* 1976, p. 50; CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.* 1961, I, p. 556 seg.; CRISTIANI, *Appunti sul problema della prova illecita nel processo penale*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa 1973, p. 333 seg.; DI FILIPPO, *La polizia giudiziaria*, Torino, 1970, p. 97; FASO, *La libertà di domicilio*, Milano, 1969, p. 187; FILIPPI, *La perquisizione domiciliare alla ricerca di armi*, in *Giur. cost.* 1974, p. 2712; GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, 1968, p. 171-172; LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1978, p. 443 seg.; MUSCOLO, *La perquisizione personale e il caso di Coletta Agata*, in *Giust. pen.* 1969, I, 363, seg.; PISANI, *Nuovo contributo alla teoria della caducazione nel diritto processuale*, in

È stato in proposito sostenuto che dall'illiceità dell'atto nel quale la prova consiste non potrebbe farsi derivare l'inammissibilità della prova medesima ⁽²⁾: per stabilire la validità dell'acquisizione bisognerebbe accertare se la prova sia annoverata fra quelle di cui è permessa l'apprensione coattiva da parte del giudice. In caso affermativo la prova sarebbe utilizzabile anche se l'ausiliario se ne sia impossessato illegittimamente poiché l'intervento del giudice, secondo la misura dei suoi poteri, interrompe la sequela. Per affermare il contrario si dovrebbe trovare una eccezione esplicita, una norma, ad esempio, che prevedesse la possibilità di sequestro delle cose pertinenti al reato solo a condizione del compimento di una ricerca secondo date regole: si dovrebbe allora restituire l'arma, la refurtiva, il documento ricattatorio «dopo di che, accordata una congrua tregua, secondo il migliore *fair play*, si ricomincerà da capo l'investigazione per riscoprire

Boll. ist. dir. proc. pen. Università Pavia, (1960-61), 1962, p. 76 seg.; PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1976, p. 1215; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, pag. 170; SCAGLIONE, *La perquisizione ad iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Il Tommaso Natale*, 1976, p. 513; VIGORITI, *Prove illecite e costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 1968 p. 73. Vedi anche GREVI, *Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1967, p. 724 seg. Contra CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 123 e 158; PIOLETTI, *Perquisizione in Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino, 1965, p. 1002; SPIZUOCO, *Mancata convalida della perquisizione operata dalla polizia ai sensi dell'art. 13 della costituzione ed effetti circa le prove raccolte*, in *Giust. pen.* 1951, I, c. 83.

Per riferimenti di diritto comparato vedi COMOLIO, *Il problema delle prove illecite nella esperienza anglosassone e germanica*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Vol. 39, Pavia, 1966, p. 259, seg.; NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.* 1966, p. 422 seg.

La discussione ha riguardato soprattutto le conseguenze della illegittimità o della mancata convalida della perquisizione, ritenendosi da taluno che gli artt. 13 e 14, comma secondo, cost. non contengano alcun elemento da cui si possa dedurre l'inammissibilità della prova così acquisita e da altri viceversa che l'omissione della convalida comporterebbe, con la privazione di effetti della perquisizione, l'inutilizzabilità delle prove raggiunte attraverso essa.

⁽²⁾ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1971, p. 585. L'autore preferisce usare l'espressione inammissibilità della prova quale sinonimo di divieto probatorio.

ciò che non si è trattenuto» ⁽³⁾. Né si potrebbe far riferimento agli artt. 13 e 14 della costituzione i quali servono solo ad evitare che un sequestro operato dalla polizia in un dato contesto di circostanze, senza autorizzazione della autorità giudiziaria, protragga indefinitamente i propri effetti ⁽⁴⁾.

A nostro giudizio tale interpretazione riduttiva degli artt. 13 e 14 non può essere accolta: la dizione «restano privi di ogni effetto» crea un preciso ed esplicito divieto di attribuire efficacia all'atto compiuto in modo difforme da quello prescritto dalla legge ⁽⁵⁾.

Né va dimenticato che scopo di queste norme è di tutelare la libertà individuale dall'attività dei pubblici poteri per cui «la revoca di un ordine di visita domiciliare avrebbe sapore di beffa dopo che la visita è stata conseguita se non fosse accompagnato dall'altra sanzione dell'inefficacia probatoria del materiale raccolto» ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 590; ID., *Prove illecite*, cit., p. 123. Ma, come vedremo, di «eccezioni esplicite» ve ne sono diverse a cominciare dall'art. 13 cost. Cfr. in proposito, per vari esempi, RICCIO, *op. cit.*, p. 190.

⁽⁴⁾ CORDERO, *Prove illecite*, cit. p. 130, nota 286.

⁽⁵⁾ Secondo PISANI, *Nuovo contributo*, cit., p. 72, si avrebbe un fenomeno di caducazione propria, e nulla rilevarebbe il riferimento alla sola polizia di sicurezza del divieto degli effetti dell'atto, in quanto esso è riferibile a tutte le situazioni nelle quali è reso concreto dalla legge ordinaria il precetto costituzionale.

⁽⁶⁾ BASCHIERI - BIANCHI D'ESPINOSA-GIANNATASIO, *La costituzione italiana, commento analitico*, Firenze 1949, p. 81.

RICCIO, *op. cit.* p. 196, nel ribadire il carattere di norme precettive di immediata applicazione degli artt. 13 e 14 cost., che presiederebbero alla vigenza nel nostro ordinamento processuale di una sanzione di inammissibilità della prova raccolta illecitamente, rileva come tale principio sia accolto anche nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, da osservarsi come legge dello Stato essendo stata ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, la quale all'art. 6 subordina l'ammissibilità della prova alla partecipazione effettiva ed attiva della difesa nella dinamica processuale. La norma si riferisce alla sola prova testimoniale, ma la regola dovrebbe ritenersi applicabile ad ogni prova.

Vedi comunque in generale, anche CONSO, *Insufficienza delle norme prive di sanzioni processuali ad attuare i principi costituzionali (con speciale riguardo ai rapporti fra l'art. 246 c.p.p. e l'art. 13 della costituzione)*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1957, 1018.

In questo senso, d'altronde, si è pronunciata anche la Corte costituzionale osservando, nella sentenza n. 175 del 1970, che «il canone secondo il quale al giudice è consentito di apprezzare secondo la sua esperienza il valore probatorio presuppone che non si tratti di prove vietate dalla legge»⁽⁷⁾ e ribadendo poi, nella sentenza n. 34 del 1973, che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche, riconosciuto inviolabile dall'art. 15 cost., sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria, aggiungendo che «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁽⁸⁾.

Generalizzando in questi termini il suo discorso, la Corte ha mostrato quindi di individuare la ragione del divieto all'impiego processuale delle prove illegittimamente acquisite, non solo nella circostanza che le norme costituzionali dichiarano privi di ogni effetto gli atti di acquisizione, ma anche nella proclamazione costituzionale di «inviolabilità» dei diritti in parola, la quale perderebbe gran parte del suo significato se si ammettesse che i risultati derivanti dalla violazione degli stessi diritti possano servire alla formazione del convincimento dell'autorità giudiziaria *contra reum*: se ciò avvenisse, verrebbe meno la loro funzione di garanzia sostanziale contro gli eventuali abusi della pubblica autorità, ad essi demandata nell'assetto di uno stato di diritto ad impostazione personalistica⁽⁹⁾.

(7) Corte Cost. 2 dicembre 1970, n. 175, in *Giur. cost.* 1970, 2101, seg. con nota di M. SCAPARONE.

(8) Corte cost. 2 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.* 1973, p. 338 seg. con nota di GREVI.

(9) GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. Cost.*, 1973 pag. 338 seg. Conf. BELLANTONI, *Le perquisizioni*, cit. p. 51; FILIPPI, *op. cit.*, p. 2712; SCACLIONE, *op. cit.*, p. 514. Vedi

2. Ma quando può parlarsi di illegittima acquisizione?

Si è detto esattamente che in questo problema vi sono due aspetti da studiare distintamente. Il primo concerne le prove in sé e per sé ammissibili (e rilevanti ed efficaci) in giudizio, le quali però siano create o siano pervenute al soggetto che le introduce in giudizio attraverso un atto illegittimo ⁽¹⁰⁾: l'illegittimità di questo caso è propria di un atto processuale o extra processuale precedente e comunque non coincidente con quello dell'ammissione (o produzione o assunzione). Il secondo aspetto è quello delle prove di cui la legge vieta direttamente l'ammissione nel processo: in questo caso l'illegittimità sarebbe propria dell'atto stesso di ammissione o produzione della prova ⁽¹¹⁾.

Il giudice non potrà porre a fondamento della sua decisione la prova inammissibilmente raccolta, poiché il principio della sua libertà di convincimento «si applica alle prove acquisite al processo nel rispetto della legge, non a quelle che, se si fosse tributata alla legge la debita osservanza, non sarebbero mai state acquisite al processo» ⁽¹²⁾.

RICCIO, *op. cit.*, pag. 190 seg. il quale indica alcuni casi di inammissibilità di prove raccolte *contra jus*, fra i quali appunto le intercettazioni telefoniche. VICORITI, *Prove illecite*, *cit.*, p. 72, sostiene che il cittadino, per la sua posizione di soggezione, ha maggior bisogno di essere protetto contro l'azione illegittima della pubblica amministrazione che non contro l'illecito di un altro privato: anche se il diritto leso è il medesimo, l'illecito dell'autorità è certamente molto più grave e socialmente pericoloso di quello del singolo individuo e non può quindi ritenersi ingiustificato disporre, oltre all'applicazione delle sanzioni previste dal codice penale, l'inammissibilità in giudizio dei risultati della attività illecita. A suo parere la Costituzione vieta dunque l'utilizzazione della prova solo se l'illecito sia commesso da un organo della pubblica autorità e non quando ne sia autore un privato cittadino.

⁽¹⁰⁾ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 556, il quale pone come esempi una confessione estorta o una testimonianza resa su rivelazioni fatte da un professionista in violazione dell'art. 622 cod. pen.

⁽¹¹⁾ CAPPELLETTI, *loc. ult. cit.*; come esempi vengono indicate le ispezioni o esibizioni in contrasto con gli artt. 351 e 352 c.p.p. e le perizie assunte in contrasto con l'art. 314, comma secondo, c.p.p.. NUVOLONE, *Le prove vietate*, *cit.* pag. 470. distingue fra divieti di natura processuale, posti a protezione di interessi attinenti unicamente alla logica e alla finalità del processo, e divieti di natura sostanziale, stabiliti in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce ai singoli indipendentemente dal processo.

⁽¹²⁾ ALLORIO, *Efficacia*, *cit.*, c. 870; CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 562.

Tutto questo evidenzia che una prova valida per il processo può derivare anche da un comportamento non conforme alla legge ed anzi addirittura da un comportamento illecito (si pensi alla deposizione di un professionista che spontaneamente violi il segreto professionale o alla produzione di documenti rubati) e quindi che è impossibile far dipendere la rilevanza ed efficacia probatoria di un atto dalla sua illiceità: allora per valutare l'utilizzabilità della prova si dovrà aver riguardo soltanto alle norme processuali che ne disciplinano l'ammissibilità e l'assunzione⁽¹³⁾. Un illecito di natura sostanziale (la commissione di un reato ad esempio), non porta alla inefficacia della prova attraverso di esso conseguita, mentre tale conseguenza ha l'inosservanza delle norme sul procedimento di formazione della prova (legittimazione, condizioni di ammissibilità, divieti) salvo il verificarsi di una causa di sanatoria; per cui le prove acquisite a mezzo di una perquisizione non consentita saranno sì invalide, ma non per il comportamento illecito sotto il profilo sostanziale dei perquirenti, i quali violino gli artt. 609 e 615 cod. pen., bensì per l'inosservanza dei presupposti condizionanti il compimento dell'atto, e l'invalidità si estenderà al sequestro eventualmente eseguito, ai sensi dell'art. 189 cod. proc. pen. Ciò tuttavia non significa che si debba sempre provvedere alla restituzione della cosa illegalmente appresa: subito dopo la declaratoria di nullità dell'atto, potranno essere sequestrate con un nuovo provvedimento quelle che, da altri elementi lecitamente acquisiti al processo, possano ritenersi pertinenti al reato o quelle la cui detenzione o circolazione

(13) *Contra*, vedi CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 123. Vedi anche Cass. 24 novembre 1977, Manusardi, in *Giust. pen.* 1978, III, c. 417, secondo cui la mancata convalida della perquisizione ex art. 224 cod. proc. pen. non determina l'inefficacia del sequestro né elimina la prova del reato oggettivamente accertato.

Il MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1970, p. 763, in caso di sequestro di cose insequestrabili sostiene l'assenza di sanzioni processuali (salvo quelle disciplinari o penali per gli abusi di autorità) ma solo l'impedimento all'uso processuale della cosa sequestrata quando sia rilevata da chi ne ha interesse l'illegalità del sequestro.

sia oggettivamente vietata (ad esempio le armi e le sostanze stupefacenti) poiché da questa loro particolare natura scaturisce immediatamente la causa giustificativa della loro apprensione non appena il giudice, dichiarata la nullità dell'atto, ne ordini la rinnovazione secondo quanto dispone l'ultimo comma dell'art. 189 c.p.p..

3. Affermata in generale l'esistenza nel nostro ordinamento del principio di inutilizzabilità di una prova illegittimamente acquisita, è opportuno precisarne gli eventuali limiti e, a tal fine, assume rilevanza la determinazione della specie di invalidità da cui l'atto risulta colpito, mutando, con la gravità del vizio, quanto meno cronologicamente, la possibilità di far uso del dato probatorio. Infatti, qualora ricorresse una nullità assoluta, la invalidità potrebbe essere fatta valere entro termini più ampi rispetto al verificarsi di una nullità relativa mentre, a voler ritenere integrate delle ipotesi di inesistenza, l'atto non sarebbe addirittura suscettibile di sanatoria.

Non ci pare che l'art. 6 della legge 6 agosto 1977 n. 534 abbia mutato i termini della questione, poiché esso ha lasciato inalterata la funzione di norma di riferimento dell'art. 185 c.p.p., introducendo soltanto una diversificazione fra i tipi di invalidità in essa previsti ⁽¹⁴⁾: la insanabilità in ogni stato e grado del procedimento è ora una caratteristica della sola violazione delle norme riguardanti la capacità e la costituzione del giudice, l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, l'omessa citazione dell'imputato o l'assenza del difensore al dibattimento. Per tutte le altre vi è stata un'anticipazione del momento di sanatoria, dal giudicato al compimento delle formalità di

(14) *Contra*, LOZZI, *Prove invalide*, cit. p. 454, il quale ritiene che le nullità di cui al terzo comma dell'art. 185 c.p.p. costituiscano un *tertium genus* accanto alle nullità assolute (intese come insanabili e rilevabili d'ufficio) e alle nullità relative (intese come sanabili e rilevabili *ope exceptionis*). Sostanzialmente nello stesso senso cfr. AMODIO-DOMINIONI-GALLI, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico*, Milano 1978, p. 58-59.

apertura del dibattimento, se verificatesi nell'istruzione, o alla definizione del grado successivo del giudizio, se sorte in quello di primo o secondo grado o di rinvio. A nostro parere si potrà continuare ad attribuire ad esse la qualifica di «assolute» poiché l'elemento caratterizzante di questa specie di invalidità non va (e non andava) ricercato nella insanabilità, requisito insussistente anche in precedenza per la possibilità di sanatoria data dal giudicato, bensì nella loro rilevabilità d'ufficio, da contrapporsi alla esclusiva rilevabilità *ope exceptionis* delle nullità relative ⁽¹⁵⁾. La legge n. 534 appare ancora più illuminante in proposito, avendo mantenuto per le nullità indicate nel terzo comma dell'art. 185, il requisito della rilevabilità d'ufficio, ma non la loro insanabilità, e ribadito così da un lato la rilevabilità ad eccezione di parte della nullità relative e dall'altro la sanabilità delle assolute ⁽¹⁶⁾.

Inoltre, essendo rimasti immutati gli artt. 522, comma secondo, e 543, n. 6, c.p.p. e l'art. 7, comma secondo, D.P.R. 25 ottobre 1955, n. 932, il giudice non può tuttora esimersi dall'obbligo di dichiarare anche le nullità previste nel terzo comma dell'art. 185 c.p.p., con la conseguente regressione del procedimento ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Vedi in proposito CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 184; ID., *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1956, p. 585; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Vol. I, Napoli 1961, p. 729; VANNINI-COCCHIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano 1973, p. 167. *Contra* CORDERO, *Nullità sanatorie e vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1961, p. 688; ID., *Procedura penale*, cit. p. 562.

⁽¹⁶⁾ LOZZI, *Prove invalide*, cit., p. 454, osserva che l'esclusione della insanabilità per le nullità di cui al terzo comma dell'art. 185, c.p.p., potrebbe portare all'applicazione ad esse delle sanatorie generali dell'art. 187 c.p.p.: il riferimento dovrebbe essere tuttavia limitato al caso del raggiungimento dello scopo, essendo incompatibile l'acquiescenza con la rilevabilità d'ufficio e risultando di minor rilievo l'aver dato o essere concorso a dare causa alle nullità e il non aver interesse all'osservanza della disposizione violata, concernenti non sanatorie, ma difetti di legittimazione attiva, poiché allorquando si tratti di nullità rilevabili d'ufficio, il giudice ha il dovere di dichiararle, a prescindere dalla legittimazione del soggetto che le eccepisce.

⁽¹⁷⁾ Vedi, in proposito, ampiamente LOZZI, *Prove invalide*, cit., p. 447 seg.

4. Ciò posto, una prima distinzione va fatta a seconda che l'organo istruttorio eserciti un potere non riconosciuto dalla legge (prova invalida nell'*an* o inammissibile), ovvero espleti un potere legittimo, ma violando una disposizione relativa alle modalità di assunzione (prova invalida nel *quomodo*). In proposito si è esattamente osservato come, in base ad una impostazione rigorosamente logica, se l'invalidità concerne l'*an* la prova dovrebbe risultare necessariamente ed in ogni caso inefficace, non potendo mai essere valutata dal giudice: qualora l'invalidità concerna il *quomodo*, la prova dovrebbe essere efficace e venire valutata ove la nullità non sia stabilita oppure venga sanata ⁽¹⁸⁾.

Tale criterio è stato seguito dal nostro legislatore per quanto riguarda le prove invalide nel *quomodo*. In difetto di una previsione di nullità, la prova sarà efficace: qualora tale previsione esista si dovrà vedere se la nullità sia assoluta o relativa. Nel primo caso essa si trasmetterà alla sentenza che si fonda sull'atto invalido ai sensi dell'art. 189 c.p.p. e potrà essere rilevata anche d'ufficio, se verificatasi nell'istruzione prima che siano state compiute le formalità di apertura del dibattimento, ovvero, se si sia verificata nel giudizio di primo o di secondo grado o di rinvio, dopo che sia stato definito il grado successivo del giudizio (art. 185, secondo capoverso, c.p.p.) ⁽¹⁹⁾: la sentenza sarà

L'art. 522, comma secondo, c.p.p. dispone che il giudice d'appello, se accerta alcuna delle nullità indicate nell'art. 185, la dichiara con sentenza e rinvia gli atti al giudice di primo grado per il giudizio: ai sensi dell'art. 543, n. 6, c.p.p. la Corte di cassazione deve parimenti annullare la sentenza del giudice di appello qualora sussista una delle nullità di cui all'art. 185 e rinviare gli atti al giudice di primo grado per il giudizio. L'art. 7 del d.p.r. 25 ottobre 1955, n. 932, secondo comma, richiama, infine, l'applicazione delle norme ora citate.

⁽¹⁸⁾ Lozzi, *Prove invalide*, cit. p. 444.

⁽¹⁹⁾ Fra le prove invalide nel *quomodo*, in relazione alle quali sono ravvisabili casi di nullità assoluta, vanno ricordate quelle dipendenti dall'esperimento di un atto istruttorio senza il previo avviso al difensore (art. 304 *ter*), come le perizie, gli esperimenti giudiziali, l'interrogatorio dell'imputato, le ricognizioni, le testimonianze a futura memoria, i confronti fra imputati e testi esaminati a futura memoria. Rappresentano, invece, casi di nullità relativa la mancata ammonizione al perito all'atto del giuramento (artt. 142 e 316 c.p.p.), l'omesso giuramento di testimoni o di

altresì colpita da nullità relativa ex art. 475 n. 3 c.p.p. a causa del vizio logico della motivazione, fondata su un dato probatorio nullo. Se, invece, si tratta di nullità relativa bisogna distinguere a seconda che sia o meno intervenuta una causa di sanatoria: in caso affermativo il dato probatorio potrà essere utilizzato, in caso negativo sussisterà una nullità relativa ex art. 475 n. 3 c.p.p. per difetto di motivazione della sentenza e una nullità relativa derivata ai sensi dell'art. 189 c.p.p. ⁽²⁰⁾.

5. Il discorso è più complesso per quanto riguarda le prove invalide nell'an.

periti nelle ispezioni od esperimenti giudiziali (art. 313 c.p.p.; cfr. in termini, Cass. 17 maggio 1976. Floris, in *Giust. pen.* 1977, III c. 330), la mancata menzione delle dichiarazioni dell'interrogato nelle ricognizioni di persone (art. 360, commi primo e secondo, c.p.p.).

⁽²⁰⁾ Nel momento del realizzarsi dell'atto è invero doveroso valutare la sua perfezione tenendo conto non solamente dei requisiti concomitanti al suo sorgere, ma anche dei presupposti per la sua realizzazione e fra questi naturalmente ed anzitutto la presenza o la perfezione di quel fatto o di quei fatti che necessariamente devono precederlo. Cfr. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1956, p. 79 il quale ritiene accettabile il concetto di invalidità derivata qualora l'atto da cui deriva l'invalidità sia un atto necessariamente e non solo occasionalmente anteriore a quello su cui l'invalidità viene a trasmettersi.

La giurisprudenza della Corte di cassazione è costante nel ritenere che per stabilire se fra due atti vi sia un rapporto di dipendenza ai sensi dell'art. 189, non basta far riferimento ad un criterio meramente cronologico, ma occorre accertare che fra essi vi sia un rapporto di dipendenza sostanziale nel senso che l'atto nullo deve costituire la premessa logico-giuridica degli atti successivi. Cfr. da ultimo Cass. 28 gennaio 1976, Bonato, in *Giust. pen.* 1977, III, c. 104, n. 77; Cass. 14 gennaio 1976, Ruzju, *ibidem*, III, c. 680 e c. 709, n. 599; Cass. 6 giugno 1975, *ibidem*, c. 381; Cass. 30 giugno 1975, Tartufoli e altri, *ivi*, 1976, III, c. 237, n. 179, con nota di richiami, e in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1976, p. 1264, m. 1632, con nota di SARACENI; Cass. 20 dicembre 1973, Rossetto, *ivi*, 1975, p. 393, nn. 283.

La stessa Corte di cassazione ha più volte deciso che gli atti nulli non possono in alcun modo essere utilizzati, a meno che non vengano rinnovati, (vedi, da ultimo Cass. 10 marzo 1975, Sivalé, *cit.*; Cass. 12 dicembre 1974, Tremartano, *cit.*; Cass. 15 marzo 1974, Antonioli, *ivi*, 1975, p. 1211, m. 1593; Cass. 4 giugno 1973, Roulli, *cit.*, Cass. 4 febbraio 1972. Jama, *ivi*, 1973, p. 850, m. 1052) e, qualora fossero utilizzati, verrebbe integrato un vizio di motivazione dell'atto (sentenza compresa) che li abbia recepiti, da farsi valere nei modi e termini di legge (cfr. Cass. 23 gennaio 1976, Foglia, in *Giust. pen.*, 1976, III, c. 686; Cass. 16 gennaio 1976, Agnoletti, *ivi*, 1977, III, c. 172, n. 10 s.).

Vi sono, invero, atti vietati a pena di nullità assoluta, quali le intercettazioni delle conversazioni e comunicazioni dei difensori, dei consulenti tecnici e dei loro ausiliari, aventi per oggetto i procedimenti nei quali esercitano le rispettive attività ovvero per reati diversi da quelli indicati nell'art. 226 *bis* c.p.p., l'utilizzazione delle immagini e notizie ottenute nei modi di cui all'art. 615 *bis* c.p.p. (cfr. art. 226, *quinquies*, c.p.p.), l'espletamento senza la presenza del difensore da parte della polizia giudiziaria degli atti rientranti fra quelli previsti dall'art. 304 *bis* c.p.p. (art. 225, commi quarto ed ottavo).

Altri atti sono vietati a pena di nullità relativa, quali l'assunzione come testimoni degli imputati di uno stesso reato o di un reato connesso, salvo siano stati prosciolti in giudizio per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste (art. 348, ult. comma), il ricevimento da parte del giudice dagli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di notizie avute da persone i cui nomi essi non ritengono di dovere manifestare (art. 349, ultimo comma), l'uso delle dichiarazioni rese in sede di indagini di polizia giudiziaria e delle deposizioni rese nel procedimento dai prossimi congiunti dell'imputato o di uno dei coimputati, se il giudice non li abbia avvertiti della possibilità di astenersi dal deporre (art. 350, ultimo comma), l'esame testimoniale di pubblici ufficiali, pubblici impiegati e incaricati di un pubblico servizio su segreti politici o militari dello Stato o su altre notizie che palesate possano nuocere alla sicurezza dello Stato o all'interesse politico, interno o internazionale dello Stato medesimo; la violazione, infine, del divieto di obbligare a deporre coloro che abbiano diritto di astenersi dal testimoniare determinato dal segreto professionale o di ufficio (artt. 351 e 352, comma primo). Ugualmente sembra integrare un caso di nullità relativa l'uso processuale, sotto forma di rapporto o di testimonianza, delle informazioni assunte dall'arrestato, dall'indiziato o dal fermato ai sensi dell'art. 225 *bis* c.p.p.: la norma, invero, non vieta l'esperimento dell'atto, ma solo il suo uso, per cui, se sussiste l'assoluta

urgenza e il fine è unicamente quello di proseguire le indagini in ordine ai reati indicati nell'art. 165 *ter*, non appare ravvisabile alcuna violazione riconducibile all'art. 185, n. 3, c.p.p.

In queste ipotesi varranno gli stessi principi delineati per le prove invalide nel *quomodo*: gli atti produrranno gli effetti della fattispecie perfetta se la nullità non sia rilevata dal giudice, d'ufficio se trattasi di nullità assoluta o su eccezione di parte se trattasi di nullità relativa: ma, una volta dichiarata la nullità, tali effetti precari cadono con l'atto, totalmente, come se mai si fossero verificati ⁽²¹⁾, con la conseguente estensione dell'invalidità e della cessazione degli effetti agli atti consecutivi che da essi dipendono ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

6. Vi sono invece atti il cui compimento è vietato senza la previsione di sanzioni processuali, quali, ad esempio, l'uso processuale degli atti scritti anonimi (art. 141), gli esperimenti giudiziali che offendono il sentimento nazionale o religioso o di pietà verso i defunti o la moralità pubblica o che possono esporre a pericolo l'ordine pubblico (art. 312, comma secondo), le perizie dirette a stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche (art. 314, comma secondo), i sequestri di cose soggette a

(21) Secondo Conso, *Il concetto e le specie*, cit., p. 49, se non ci fosse in alcun momento un atto del genere, e, più precisamente, se non fosse attribuita almeno ad un soggetto la potestà di chiederne o di disporre l'annullamento, gli effetti non sarebbero precari (la loro precarietà sta appunto nell'eventualità dell'annullamento), le cause di sanatoria non avrebbero alcuna funzione da svolgere, cadrebbe la differenza con gli effetti dell'atto perfetto e, quindi, non si potrebbe parlare di atto imperfetto. Viceversa, se è previsto l'annullamento, l'atto integra un'altra fattispecie caratterizzata dagli effetti precari. Con due possibili sbocchi: «o interviene l'annullamento ed allora gli effetti precari cadono con l'atto, totalmente, come se mai si fossero verificati; o interviene una causa di sanatoria ed allora si integra la fattispecie complessa di carattere sussidiario a cui sono ricollegati gli effetti dell'atto perfetto». Questi, però, non si producono soltanto a partire dal momento della sanatoria, poiché, restando preclusa la possibilità di annullamento, cessano di essere precari gli effetti in precedenza determinatisi.

segreto professionale, d'ufficio, politico o militare (artt. 341 e 342), la testimonianza sulle voci correnti nel pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel processo o sulla moralità dell'imputato o di altre persone (artt. 349, commi quarto e quinto) ovvero quella resa da giudici, magistrati del pubblico ministero, cancellieri e segretari i quali abbiano avuto parte per ragione del loro ufficio negli atti del procedimento (art. 450, comma secondo), la lettura degli atti di cui al secondo comma dell'art. 463 senza il consenso delle parti (art. 463, comma terzo).

Ad essi sono assimilabili gli atti di polizia giudiziaria compiuti in difetto della sussistenza dei presupposti generali per essi prescritti, vale a dire la necessità, urgenza, legittimazione attiva e, nel caso delle perquisizioni, flagranza o evasione.

In queste ipotesi ci troviamo di fronte a casi di carenza assoluta di potere al compimento dell'atto, che, secondo logica, andrebbe ritenuto inidoneo a produrre gli effetti propri della fattispecie tipica (sequestro, esame testimoniale, perizia, esperimento giudiziale) e conseguentemente non suscettibile di alcuna utilizzazione da parte del giudice, il quale non potrebbe assolutamente fondare su di esso la propria decisione.

Al riguardo si è giunti ad osservare che nel divieto di ammissione è implicita l'inefficacia della prova ciononostante costituita e che esso spiega effetti maggiori di quello imposto sotto pena di nullità poiché «tale clausola attenua il divieto anziché rafforzarlo, in quanto apre uno spiraglio alle varie cause di sanatoria e così accorda rilevanza al fatto compiuto» ⁽²²⁾.

Se, tuttavia, andiamo ad esaminare il trattamento concretamente riservato dal legislatore a tali violazioni, ci rendiamo conto come il principio potrebbe trovare riscontro solo qualora esse siano riconducibili al concetto di inesistenza ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 592. La previsione di nullità delle prove invalide sull'an costituirebbe una «nota dissonante» (*Prove illecite*, cit., p. 71, nota 187, e p. 72).

⁽²³⁾ Sulla nozione di inesistenza non vi è peraltro uniformità di opinioni.

Diversamente l'utilizzazione da parte del giudice del dato probatorio inefficace comporterebbe soltanto la nullità relativa dell'ordinanza di rinvio a giudizio o della sentenza ai sensi rispet-

Secondo ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.* 1956, I, p. 62, con esistenza o inesistenza ci riferiamo alla sussistenza o meno di quella fattispecie (o di quelle qualificazioni giuridiche di questa) alle quali si riferisce la norma. A differenza della nullità, essa può quindi riferirsi anche al soggetto e più generalmente a qualunque elemento della fattispecie. Per BOSCARIELLI, *L'invalidità degli atti di esecuzione del sequestro o del pignoramento in relazione ai delitti previsti dall'art. 334 C.P.* in *Riv. it. dir. pen.* 1951, p. 180, nota 9, atto processuale inesistente è quello il cui vizio è tale da determinare la nullità assoluta fuori dei casi in cui questa è comminata dalla legge; CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.* 1955, I, 210, ritiene che nullità ed inesistenza coincidano; inesistenza è infatti improduttività di effetti giuridici per difetto di uno o più requisiti della fattispecie e all'inesistenza dei requisiti corrisponde la nullità dell'atto, ossia il non avveramento dei suoi effetti giuridici; secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 552, la qualificazione di inesistenza è possibile in linea semantica e pratica (anche in riferimento ad atti della decisione) ogni qualvolta designi un trattamento diverso da quello al quale alludono le qualifiche consuete; DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, p. 152, definisce inesistente l'atto mancante di tali caratteri e requisiti ch'esso non può neanche per acquiescenza o accettazione di parte assumere una fisionomia; FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino 1939, p. 129, considera inesistente l'atto corrispondente ad uno stato di fatto nel quale non si riscontrano gli elementi essenziali giuridici perché l'atto stesso ne possa sorgere: è una realtà di fatto non una realtà giuridica, per cui nessuna sanatoria è possibile; LEONE, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 743, ritiene l'inesistenza riferibile solo alla sentenza e ravvisabile solo nei casi di mancanza dei presupposti processuali; MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1957, p. 639, indica un criterio empirico e quantitativo; un vizio tale da inficiare la struttura e la funzionalità dell'atto più gravemente delle nullità sarà inesistente; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli 1933, p. 436, considera inesistente l'atto nei casi di usurpazione del potere di decidere e nullo nei casi di eccesso di potere; MANZINI, *Trattato*, cit. Vol. III, pag. 130, ritiene invece che specialmente dopo la riforma del 1955, il concetto di inesistenza non abbia alcun fondamento nella legge vigente; PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli 1933, p. 341, fa discendere l'inesistenza dalla mancanza degli elementi necessari per l'identificazione dell'atto; RANIERI, *Inesistenza e nullità degli atti processuali penali*, in *Giust. pen.* 1948, III, c. 115, afferma che si può parlare di inesistenza solo quando il comportamento del soggetto sfugge allo apprezzamento giuridico perché indipendente dalla sua coscienza e volontà; infine SATTA, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1956, 340, considera erroneo voler distinguere tra inesistenza e nullità, poiché la contrapposizione esiste solo fra inesistenza (o nullità) e validità dell'atto.

Per la giurisprudenza, vedi, successivamente al ripristino delle nullità assolute,

tivamente degli artt. 385 e 475 n. 3 c.p.p., con l'unico vantaggio, rispetto al divieto di assunzione probatoria a pena di nullità relativa, della inapplicabilità delle sanatorie per queste previste prima della pronuncia della ordinanza o della sentenza, ma con un trattamento meno severo rispetto a quello delle prove vietate nell'*an* o nel *quomodo* a pena di nullità assoluta.

Ed anche se si potesse ricondurre tale violazione all'art. 185 c.p.p., gli effetti sarebbero identici a quelli delle ipotesi in cui il divieto di assunzione della prova nell'*an* o nel *quomodo* sia prescritto a pena di nullità assoluta: vale a dire nullità assoluta derivata ex art. 189 c.p.p. dell'ordinanza di rinvio a giudizio o della sentenza e nullità relativa dei medesimi provvedimenti per difetto di motivazione.

In tema di atti di polizia giudiziaria, taluno ha ravvisato nella «necessità ed urgenza» presupposti generali attributivi di potere e dedotto l'assoluta improduttività di effetti degli atti eventualmente compiuti in loro assenza poiché in questo caso non si delinea il potere, e ad una carenza di potere non può corrispondere alcuna attività, per cui se un'attività è stata egualmente compiuta, la sanzione applicabile sul piano logico — giuri-

Cass. 6 maggio 1971, in *Cass. pen. Mas. annot.*, 1972, p. 1019, m. 1393, con nota di richiami, che ha definito inesistente l'atto processuale mancante dei requisiti minimi indispensabili per essere identificato come atto proprio di quella figura, mentre deve ritenersi nullo quello i cui vizi non sono così gravi da impedirne l'identificazione, sicché, pur essendo riconoscibile e qualificabile come atto di una tipica figura, nondimeno esso si riveli affetto da vizi a cagione della avvenuta violazione di qualche prescrizione imposta dalla legge per il suo compimento.

Per la giurisprudenza anteriore alla riforma del 1955, largheggiante nel riconoscere casi di inesistenza, cfr. MANCINELLI, *op. cit.*, p. 640.

Vedi anche Cass. 22 gennaio 1957, Nuzzo, in *Giust. pen.* 1957, III, 382: «La querela proposta da chi non è legittimato ad esercitare il relativo diritto è giuridicamente inesistente, inidonea a costituire valida base di un intervento giurisdizionale e non suscettiva di convalescenza. L'ipotesi non è inquadrabile nella inosservanza delle forme prescritte per gli atti processuali che può dar luogo a nullità (art. 184 c.p.p.) poiché il vizio concerne non la forma, ma l'essenza dell'atto: questo se non promana dal soggetto al quale la legge conferisce il potere di porlo in essere, è *tam-quam non esset*, così come è giuridicamente inesistente la sentenza emessa a *non iudice*».

dico potrebbe essere solo quella dell'inesistenza ⁽²⁴⁾; secondo altri, invece, il limite dell'urgenza, non essendo assistito da alcuna sanzione se non in via amministrativa, ove violato, non determinerebbe altre conseguenze che una mera irregolarità ⁽²⁵⁾; alla previsione di cui all'art. 185 n. 3 cod. proc. pen. altra dottrina riportava il caso simile dell'inosservanza da parte della polizia giudiziaria dell'ora abrogato divieto di interrogatorio del fermato o dell'arrestato ⁽²⁶⁾.

Più in generale si è recentemente tentato di ricondurre all'art. 185 c.p.p. le ipotesi di assunzione di prove vietate, sul presupposto che nel nostro sistema processuale si verificherebbe una ben strana incongruenza se l'inefficacia di una prova invalida nell'*an* si risolvesse solo in una mera nullità relativa della sentenza fondata su di essa, mentre una violazione concernente una modalità di acquisizione probatoria e riferibile all'art. 185 n. 3 c.p.p. determina ex art. 189 c.p.p. una nullità assoluta

⁽²⁴⁾ DINACCI, *Poteri della polizia giudiziaria e libertà personale*, in *Giust. pen.*, 1974, III, 266. Conf. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit. p. 153.

⁽²⁵⁾ MENCARELLI, *Il diritto di difesa nell'istruzione preliminare*, 1972, p. 205. La giurisprudenza è orientata nel senso di non ritenere sindacabile dall'autorità giudiziaria l'esistenza del requisito dell'urgenza il quale, dipendendo da valutazioni squisitamente soggettive, resta affidato alla discrezione dell'ufficiale di polizia giudiziaria: cfr. Cass. 11 novembre 1967, Tenace, in *Giust. pen.*, 1968, III, 728; Cass. 23 aprile 1953, Manni, *ivi*, 1953, III, 462. In dottrina cfr. DE GENNARO-BRUNO, *L'iniziativa della polizia giudiziaria*, Milano, 1969, p. 131. FOSCHINI, *Investigazioni ed assicurazioni nella istruzione preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1959, p. 35 seg. sottolinea come il limite dell'urgenza, dipendendo da una obiettiva valutazione della polizia giudiziaria, può essere finalmente violato e può in definitiva non funzionare affatto come limite.

⁽²⁶⁾ TAORMINA, *Criteri interpretativi della normativa sul divieto di sommario interrogatorio del fermato o dell'arrestato*, in *Arch. pen.* 1971, p. 164, il quale fa discendere questa conseguenza dal rilievo che il divieto promana dalla necessità che alla contestazione dei fatti proceda esclusivamente l'organo giurisdizionale, poiché soltanto in tale modo resta assicurata l'imparziale considerazione degli interessi contrapposti dell'accusa e della difesa: se, infatti, all'interrogatorio non procedesse l'organo di giurisdizione, ma proprio la parte titolare dell'interesse contrapposto a quello dell'imputato, il principio di inviolabilità del diritto di difesa resterebbe inattuato.

Estendendo questo ragionamento, si potrebbe però addirittura giungere a non ritenere consentito l'interrogatorio neanche al p.m.

della sentenza che da tale prova argomenti ⁽²⁷⁾: a tal fine si è osservato che il rilievo fatto per le prove atipiche ed in base al quale se la prova non è prevista non si possono estendere alla stessa le modalità dettate per un altro mezzo di prova, giacché, così, «si verrebbe ad applicare una data norma al di fuori delle condizioni fissate dal legislatore» ⁽²⁸⁾, appare ineccepibile se riferito alle prove vietate ⁽²⁹⁾. Di conseguenza l'assunzione della prova inammissibile realizzerebbe una violazione del contraddittorio e poiché l'intervento e l'assistenza dell'imputato sarebbero preclusi proprio dalla norma che, vietando l'assunzione di una prova, rende impossibile estendere a quest'ultima le garanzie previste per le prove similari, sarebbe possibile individuare una nullità *ex art. 185 n. 3 c.p.p.* ovvero un caso di illegittimità costituzionale in relazione al combinato disposto degli artt. 24, comma secondo, e 3, cost.: il diritto di difesa risulterebbe violato ove si introducessero nel processo prove vietate dalla legge mentre si verificherebbe una ingiustificabile disparità di trattamento in ordine alla previsione di invalidità se l'utilizzazione di una prova inammissibile si risolvesse in una mera nullità relativa della decisione su di essa basata e l'utilizzazione di una prova prevista e simile alla prima, assunta in violazione di una modalità diretta ad assicurare l'intervento o l'assistenza, provocasse nullità della decisione *ex art. 185 n. 3 c.p.p.* ⁽³⁰⁾.

Non riteniamo esatta la tesi per cui si verserebbe in un caso di mera irregolarità, poiché dalla carenza dei presupposti oggettivi (necessità ed urgenza per gli atti di polizia giudiziaria, divieti legislativi negli altri casi) e soggettivi (legittimazione attiva) al compimento dell'atto non può non discendere la sua invalidità: il caso non è assimilabile a quello della violazione di una

⁽²⁷⁾ LOZZI, *Prove invalide*, cit. p. 446.

⁽²⁸⁾ CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 1969, p. 7.

⁽²⁹⁾ LOZZI, *Prove invalide*, cit. p. 453.

⁽³⁰⁾ LOZZI, *ult. loc. cit.*

modalità di esecuzione dell'atto non espressamente sanzionata, poiché qui il giudice ha pur sempre, anche se irregolarmente, espletato un potere legittimo e lì invece un potere non riconosciuto dalla legge.

Ugualmente non ci pare applicabile l'art. 185 n. 3 c.p.p. in quanto non sembra ravvisabile la violazione diretta di una norma che assicuri l'intervento, l'assistenza o la rappresentanza dell'imputato: nella istruzione preliminare la polizia giudiziaria potrebbe procedere ai vari atti in difetto del presupposto della necessità ed urgenza, ma con tutte le garanzie difensive previste per l'istruzione formale (avvisi, presenza del difensore e dell'indiziato, deposito dei verbali) e non per questo gli atti medesimi sarebbero da ritenere validi. Le norme riguardanti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza sarebbero sì osservate, ma da persone prive di legittimazione attiva, per cui l'invalidità degli atti posti in essere non verrebbe certo sanata. Allo stesso modo, nell'istruzione sommaria o formale, una perizia o un esperimento giudiziale vietati ai sensi degli artt. 314 e 312 c.p.p. sarebbero inefficaci anche se il magistrato rispettasse pienamente il principio del contraddittorio applicando gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater*.

Né riteniamo possa profilarsi un problema di legittimità costituzionale, poiché il trattamento differenziato sembra giustificato dalla diversità delle ipotesi considerate. Una, invero, concerne una prova inammissibile nell'*an*, l'altra una prova inammissibile nel *quomodo*: e del resto all'interno degli stessi atti di acquisizione probatoria non vi è uniformità di regole sotto il profilo delle garanzie difensive, poiché ad alcuni la partecipazione del difensore è preclusa (ad esempio gli esami testimoniali). Ritenendo poi applicabili anche alle prove vietate gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater*, (e la cosa non appare da escludersi non distinguendo tali norme fra perizie o esperimenti o perquisizioni permesse o vietate), nella loro assunzione senza il rispetto di queste norme potrebbero ravvisarsi casi di nullità assoluta, per cui si avrebbe

anche per questo verso identità di situazione con le prove invalide nel *quomodo*.

L'attribuzione o l'esclusione a determinati soggetti e al verificarsi di determinati presupposti del compimento di determinati atti, non riguarda quindi il diritto dell'imputato ad intervenire o ad essere assistito o rappresentato, ma riflette il suo più generale interesse e la correlativa garanzia ad un processo imparziale.

Per gli atti di polizia giudiziaria la norma sanzionatrice potrebbe essere individuata nell'art. 185, n. 2, cod. proc. pen. Il pubblico ministero ha l'obbligo di promuovere ed esercitare con le forme stabilite dalla legge (art. 74, comma primo) l'azione penale, la quale non può sospendersi, interrompersi o farsi cessare: pervenuta la *notitia criminis* egli deve esperire tutte le attività investigative e di acquisizione probatoria attribuitegli dalla legge, salvo decidere più avanti sulla forma del rito istruttorio. Ma, nella fase delle indagini preliminari, è a lui che la legge attribuisce una competenza funzionale ad intervenire e comunque la riferibilità e la responsabilità delle azioni compiute dalla polizia giudiziaria posta strutturalmente sotto la sua direzione: competenza che si concretizza in un vero e proprio obbligo (sanzionato penalmente ex art. 328, codice penale) ad agire quando ciò non possa essere fatto dalla polizia giudiziaria.

In definitiva, la sua partecipazione a questa fase del procedimento e ad ogni suo atto diventa obbligatoria ogni qualvolta la polizia giudiziaria non sia legittimata oggettivamente o soggettivamente al compimento di propria iniziativa di alcuni atti.

Il suo mancato intervento produrrebbe pertanto ai sensi dell'art. 185, n. 2 cod. proc. pen. la nullità degli atti eventualmente compiuti dalla polizia giudiziaria.

La tesi, appagante per quanto riguarda gli atti di polizia giudiziaria, non è però certamente riferibile agli atti vietati e ciò nondimeno compiuti dal giudice o dal pubblico ministero nell'istruzione formale o sommaria.

7. Escluso allora possa trattarsi di ipotesi di nullità assolute, esaminiamo se sia lecito far ricorso all'istituto della inesistenza⁽³¹⁾.

L'incompetenza di un organo non giurisdizionale⁽³²⁾, invero, quali sono il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, se con il termine giurisdizionale si denomina il potere di *jus dicere*, si risolve nella inefficacia dell'atto sotto il profilo dell'inesistenza del potere e cioè del difetto di legittimazione⁽³³⁾: e lo stesso concetto vale per il giudice. In altri termini mancando uno dei suoi elementi, la fattispecie legale non risulterebbe integrata, sarebbe imperfetta: ed essendo il fatto giuridico, per sua natura, ricollegato immediatamente o mediatamente a particolari conseguenze giuridiche e determinandosi in pratica questo collegamento ad ogni integrazione dello schema del fatto, «logica vuole che, trattandosi di fatto di per sé produttivo di effetti, l'imperfezione impedisca il verificarsi di questi»⁽³⁴⁾.

Il problema è di vedere se ci trovi dinanzi ad un vizio insanabile, vale a dire tale da rendere l'atto assolutamente irrilevante ai fini degli effetti del corrispondente atto perfetto, ovvero

(³¹) CONSO, *Il concetto e la specie di invalidità*, cit., p. 86 e 99, nota 80, ritiene consigliabile far ricorso all'inesistenza solo ove non sia possibile ravvisare casi di nullità assoluta. Vedi anche, in generale, dello stesso Autore, *Sull'abuso del concetto di atto processuale inesistente*, in *Giur. it.*, 1951, II, c. 29 seg.

(³²) CORDERO, *Procedura penale*, cit. p. 29.

(³³) CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 30.

(³⁴) CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., p. 19 seg. L'illustre Autore aggiunge che, più correttamente, per riferirsi a tutti i fatti giuridici imperfetti, siano essi imperfetti rispetto ad uno schema di fatto di per sé produttivo di effetti oppure rispetto ad uno schema di fatto semplicemente idoneo a produrne, si può ricorrere alla nozione negativa di *irrilevanza giuridica*, ricomprendendovi non soltanto l'inefficacia, ma anche la non idoneità a produrre effetti. Ciò perché l'identità logica imperfezione=inefficacia è ineccepibile solo per i fatti di per sé produttivi di effetti (cioè costituenti di per sé fattispecie) mentre appare insufficiente per i fatti di per sé non produttivi di effetti (cioè ricompresi in una fattispecie complessa): ciascuno dei fatti che compone una fattispecie complessa, preso in sé e per sé, non produce effetti, ma è solo idoneo a produrne, cioè è *meramente rilevante*, per cui se non è perfetto, non dovrebbe acquistare nemmeno l'idoneità a produrre effetti, vale a dire la mera rilevanza.

sanabile, cioè tale da attribuirgli una rilevanza minore del corrispondente atto perfetto: senza addentrarci in un'indagine particolareggiata che esula dai limiti della presente trattazione, sarà qui sufficiente osservare come la dottrina normalmente distingue a tal fine i vizi che si risolvono nella mancanza di un requisito dell'atto da quelli consistenti nella semplice insufficienza di un requisito, cioè nella mancanza di una sua modalità ⁽³⁵⁾.

La difficoltà di individuare sempre nella pratica se un elemento sia da considerare come requisito a sé ovvero come modalità di un altro requisito dovrebbe a nostro parere indurre ad integrare tale contrapposizione di carattere qualitativo con la ricerca della differenza quantitativa del trattamento riservato dal legislatore ai vizi, a seconda della gravità ad essi riconosciuta ⁽³⁶⁾.

Sul punto è possibile individuare un dato sicuro: il nostro legislatore non ha certamente ritenuto meritevoli di una più generale rigorosa disciplina le prove vietate nell'*an*, avendo in relazione al loro compimento ipotizzato anche il verificarsi di semplici casi di nullità relativa, mentre per le prove invalide nel *quomodo* ha previsto casi di nullità assoluta. La negazione del principio di una normale maggiore rilevanza del divieto di ammissibilità della prova invalida nell'*an*, porta ad escludere che ad esse possa ritenersi riferibile un vizio più radicale rispetto a quello più grave previsto per le prove invalide nel *quomodo*, che è la nullità assoluta, e conseguentemente l'impossibilità di far ricorso all'inesistenza.

Ed allora la conclusione preferibile appare quella per cui

⁽³⁵⁾ CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., p. 40 ed in particolare gli autori citati alle note 94 e 95.

⁽³⁶⁾ CONSO, *op. ult. cit.*, p. 40 seg.; i vizi considerati più gravi dal legislatore determineranno la piena irrilevanza dell'atto, quelli meno gravi consentiranno la sua conservazione attraverso le sanatorie. Cfr. anche sostanzialmente nello stesso senso MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali*, cit., p. 639; *Contra* PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., p. 251, secondo cui non sarebbe consentito, con un processo induttivo, dagli effetti risalire alla essenza di un atto, di un fenomeno, di un istituto.

dalla violazione di un divieto di ammissibilità di una prova sprovvista di sanzione, discende unicamente la nullità relativa per difetto di motivazione della sentenza che utilizzi il dato probatorio invalido.

La prova così acquisita, sicuramente inefficace per la carenza assoluta dei presupposti oggettivi o soggettivi al suo compimento, assumerebbe rilevanza giuridica solo se il giudice la ponga a fondamento della sua decisione, a differenza degli atti viziati da nullità relativa, i quali producono immediatamente, se pure precariamente, gli effetti propri dell'atto tipico: soltanto dal momento della sua utilizzazione sarebbe suscettibile di sanatoria, pur potendo ovviamente anche in precedenza esserne eccepita e pronunciata l'inefficacia (art. 154 c.p.p.).

Del resto a voler considerare inesistente l'atto di acquisizione probatoria inammissibile, dovrebbe ritenersi inesistente, per il principio della invalidità derivata, anche il provvedimento del giudice che lo abbia utilizzato ⁽³⁷⁾, il quale, a sua volta, non sarebbe suscettibile di divenire irrevocabile. Grave ed eccessiva conseguenza questa, ove si pensi che l'accertamento e la repressione degli illeciti è uno dei compiti primari dello Stato e, al fine del suo assolvimento e del mantenimento della pace sociale, non appare iniquo servirsi di ogni dato probatorio in relazione al quale sia assicurato al cittadino il diritto di contestarne nel processo la validità.

⁽³⁷⁾ Secondo CONSO, *Il concetto e le specie, cit.*, p. 80, è indubbio che, nella assenza di esprese disposizioni in contrario, se l'invalidità si trasmette ad un atto susseguente, si trasmetterà nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore.

GUIDO GUIDI

COMUNI E UNITA' SANITARIE LOCALI

SOMMARIO: 1. Individuazione del rapporto tra Comuni e USL. — 2. La qualificazione delle USL quali «strutture operative» dei Comuni e delle CM. — 3. La soluzione adottata nel disegno di legge del Governo e la scelta di autonomia contenuta nella legge n. 833. — 4. USL pluricomunali. — 5. «Utilizzazione» delle CM.

1. Non poche sono le novità introdotte dalla legge 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, sulla struttura del sistema preesistente.

La legge punta, nella traccia delineata dall'ormai noto d.p.r. 616, su un sistema essenzialmente locale e coinvolge, con funzioni diverse, la Regione, le Province, i Comuni e le Unità Sanitarie Locali, adottando una soluzione già sperimentata in altri Paesi europei.

In Italia tuttavia la riforma assume un significato particolare. Infatti, oltre a costituire l'occasione per riorganizzare su basi nuove il settore sanitario, rappresenta anche il primo esperimento per il riassetto dei poteri locali, da attuarsi attraverso il riaccorpamento e la riqualificazione delle funzioni socio-sanitarie locali assegnate al complesso delle USL.

Attorno a tali nuove strutture è giusto che si concentri l'attenzione degli operatori e di quanti si occupano di problemi sanitari; l'unità sanitaria costituisce infatti la cellula fondamentale nel cui ambito si riorganizzerà l'intero settore. Questione essenziale è la sua collocazione giuridica nell'ambito dei poteri locali.

L'art. 10 la definisce: «Complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni singoli o associati, e delle comunità montane» cui spetta l'assolvimento dei compiti del servizio sanitario nazionale. Argomentando in tal modo però non delinea alcuna caratterizzazione giuridica e finisce per affermare due principi già

assodati, secondo cui: da un lato, l'unica autorità per la gestione locale del settore sanitario s'individua nelle Unità sanitarie locali; dall'altro, che tra queste e i Comuni (o le Comunità montane) esiste una relazione strettissima, la cui natura, ancora incerta, dovrà essere definita nel contesto delle reciproche interrelazioni delineate nella legge e nelle prospettive di riforma delle autonomie locali.

È sulla tipologia di tale relazione che ci si vuole soffermare dal momento che, attraverso questa, possiamo ricavare una prima concreta indicazione del modo in cui il legislatore intende attuare le previsioni di potenziamento del ruolo degli enti comunali enunciate nel decreto n. 616 ⁽¹⁾.

2. L'art. 13 della legge 833, nel trattare delle attribuzioni sanitarie spettanti ai Comuni, afferma che questi «esercitano le funzioni di cui alla presente legge in forma singola o associata *mediante* le unità sanitarie locali» ⁽²⁾; e più oltre, nell'art. 15, specifica che queste costituiscono la «*struttura operativa*» dei Comuni e delle Comunità montane ⁽³⁾. Tali caratterizzazioni costituiscono l'unico contributo letterale all'individuazione della natura delle USL.

Su questa base sembrerebbe scontata la loro classificazione tra gli enti strumentali ⁽⁴⁾, tra quegli organismi cioè che si collocano in un rapporto di subordinazione rispetto ad altri. A questo dato però si contrappongono disposizioni contrastanti.

In verità, anche in mancanza di indicazioni contrarie, dalla

⁽¹⁾ Nell'ambito della vasta bibliografia a commento del d.p.r. 616, si può ricordare l'intero fascicolo della rivista *Le Regioni*, 1977 n. 6, con interventi di: PASTORI, MOR, POTOTSCHNIG, BARTOLE, MORBIDELLI, DOMENICHELLI.

⁽²⁾ La medesima formulazione era contenuta nel progetto approvato dalla XIV Commissione permanente della Camera (Art. 13 comma 2).

⁽³⁾ Tale qualificazione non si riscontra nel testo approvato dalla XIV Commissione della Camera.

⁽⁴⁾ Per la tipologia di tali enti si può vedere: GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano 1970, I, 191 sgg.

semplice definizione del ruolo «operativo» delle USL non si può trarre la conclusione del loro carattere strumentale. Tale rapporto, così genericamente definito, può oggettivarsi infatti in modi notevolmente diversi. Uno di questi è senz'altro il rapporto di strumentalità; non si può escludere, a priori, tuttavia, l'istaurazione di un rapporto di vera e propria delegazione.

Per arrivare ad una qualificazione giuridica più rigorosa è indispensabile quindi analizzare più da vicino le reciproche interrelazioni tra Comuni e USL.

Dal legislatore nazionale in ogni caso non ci si poteva attendere di più. La legge n. 833 infatti non è nata quale legislazione sugli enti ⁽⁵⁾, per cui le USL sono prese in considerazione soprattutto per le attività che svolgono e i servizi che prestano, trascurandosi ogni problematica di classificazione o inquadramento giuridico, di fatto rinviata all'emananda normativa di riforma delle autonomie locali.

La soluzione di questi problemi spetta quindi per ora all'interprete.

3. Sulla base del disegno di legge approvato dalla XIV Commissione parlamentare della Camera dei Deputati l'USL veniva definita mera unità di gestione ⁽⁶⁾, del tutto simile alle aziende municipalizzate comunali estese dal settore industriale al settore dei servizi sociali e dell'assistenza sanitaria.

Tale conclusione era determinata da una serie di elementi concordanti tutti volti a confermare la natura strumentale dell'USL: organo al servizio dei Comuni.

È sufficiente ricordare in proposito la netta distinzione praticata in quel progetto tra funzioni deliberanti, di esclusiva spettanza

⁽⁵⁾ Si veda in proposito: *Il servizio sanitario nazionale*, a cura di ROVERSI MONACO, Milano 1979, 103-104.

⁽⁶⁾ Si veda ad esempio la relazione del Prof. MOR, *L'unità sanitaria locale: configurazione giuridica e competenze*, tenuta al convegno nazionale sulla riforma sanitaria — Milano, 21-22 ottobre 1977. Nello stesso senso: COLOMBO, *Principi ed ordinamento della assistenza sociale*, Milano 1977, special. 173.

tanza dei Comuni ⁽⁷⁾, e funzioni gestionali, di competenza delle strutture socio-sanitarie. Oltre al regime dei controlli, in base al quale tutte le delibere dei nuovi enti sanitari avrebbero dovuto essere sottoposte al vaglio dei singoli Comuni operanti nell'ambito della medesima unità locale ⁽⁸⁾.

Quel progetto ha però subito notevoli modificazioni che hanno capovolto le conclusioni qui riportate.

In base alla legge di riforma sanitaria infatti gli enti comunali perdono la maggior parte dei poteri deliberanti attribuiti loro precedentemente, per essere assegnati a un organo decisionale e politico proprio dell'USL: l'Assemblea generale. Le delibere della nuova struttura socio-sanitaria, inoltre, invece di passare al controllo del Comune, devono essere sottoposte al vaglio del Comitato regionale di controllo competente sugli atti degli enti locali.

Forse che le USL s'inquadrano per questo tra gli enti autonomi? ⁽⁹⁾.

A giudicare anche dal regime adottato per i beni (artt. 65-66), le finanze (art. 51) e il personale (artt. 15 n. 4 e 47), sembrerebbe proprio che l'interrogativo debba ricevere una risposta affermativa ⁽¹⁰⁾.

Per quanto concerne poi i problemi di natura costituzionale, si può ricordare che, accogliendo l'interpretazione prevalente della categoria *de quo*, secondo cui autonomie locali sarebbero soltanto gli enti di cui all'art. 128 Cost. e le altre strutture di questi «proiezione», le USL rientrerebbero ugualmente in quella. Infatti, nella specie, ci troviamo addirittura in un'ipotesi d'im-

(7) Art. 15 n. 5 del testo.

(8) Art. 42.

(9) Per PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Milano 1979, in specie 506 e 555, dal tipo di controllo previsto sugli atti non si possono ricavare indizi sulla tipologia dell'ente.

(10) In tal senso anche CIPOLLA, *Prime riflessioni su servizio sanitario nazionale e autonomie locali*, in *Le Regioni*, 1979, I, 119-120.

medesimazione degli organi deliberanti del Comune e dell'unità sanitaria.

Questa si può considerare quindi una struttura essenzialmente autonoma, anche se tale autonomia viene esercitata congiuntamente ai Comuni con i quali costituisce un *unicum* amministrativo. Con questi opera su un medesimo territorio e sulla stessa popolazione in un rapporto che vede i Comuni, enti a fini generali, titolari di «tutte le funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera che non siano espressamente riservate allo Stato ed alle regioni» (art. 13 L. n. 833), e le USL, strutture specializzate, competenti soltanto alla loro gestione. Tale rapporto può qualificarsi quale rapporto di delegazione necessaria tra organismi autonomi per la gestione specializzata dei servizi socio-sanitari.

4. Fin'ora abbiamo ipotizzato soltanto il caso in cui l'ambito d'azione socio-sanitaria coincide con l'ambito di un Comune o di una sua parte. Si deve però ritenere che, dato il sistema ampiamente polverizzato, l'ipotesi più ricorrente vedrà ricomprendere in un'unica USL più Comuni.

È quanto consente l'art. 13 della legge nel prevedere l'attribuzione delle funzioni di assistenza sanitaria e ospedaliera a Comuni «in forma associata», permettendo di addivenire al trasferimento diretto di competenze ai poteri locali pur in presenza dell'attuale assetto degli enti municipali⁽¹⁾.

In questo caso i poteri deliberanti sono assunti da un'apposita Assemblea composta dai rappresentanti eletti dei Comuni associati. Tale Assemblea consente d'individuare una personalità giuridica propria dell'associazione in quanto tale, che, in tal modo, assurge anch'essa a struttura autonoma ed autosufficiente⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sulle diverse conclusioni cui era giunta la Commissione per il completamento dell'ordinamento regionale presieduta dal prof. Giannini, si può vedere: *Il completamento dell'ordinamento regionale*, Bologna 1977.

⁽²⁾ Ai singoli Comuni associati viene conservata una qualche autonoma ri-

Anche qui si deve ipotizzare un rapporto di delegazione necessaria tra Comuni e USL, con la particolarità che in quest'ipotesi i primi diventano titolari delle funzioni di cui all'art. 13 della legge soltanto in quanto e se associati.

5. Qualora l'ambito territoriale dell'USL coincidesse con il territorio di una Comunità montana, le funzioni deliberanti e gestionali saranno esercitate rispettivamente dal Consiglio e dalla Giunta comunitaria, evitandosi così la proliferazione di altri organismi decisionali locali. In questo modo le CM vengono inserite nel sistema di amministrazione del servizio sanitario nazionale.

Ora, ci si domanda, tale inserimento coinvolge la struttura dell'ente in quanto tale, oppure si sostanzia in un'ipotesi di mera *utilizzazione* di organi già esistenti ed operanti a livello intermedio?

Nel testo approvato dalla XIV Commissione della Camera le Comunità montane erano perfettamente equiliate ai Comuni, sia per essere titolari delle stesse competenze comunali⁽¹³⁾, sia per il regime dei controlli sulle USL. In base a quel progetto la Comunità montana era considerata il grande Comune montano e, quale ente locale di livello comprensoriale, s'inseriva nella gestione del servizio sanitario nazionale in un ruolo attivo di primaria importanza.

Diversa è però la soluzione adottata dalla legge 23 dicembre 1978 n. 833.

Infatti, conformemente a quanto previsto dall'art. 32 del d.p.r. 616, titolari delle funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera sono riconosciuti unicamente i comuni, mentre le Comunità montane, private di ogni titolarità

levanza soltanto nel momento dell'assunzione di «decisioni di particolare rilievo», in coincidenza delle quali devono essere consultati preventivamente (art. 15 comma 6), e per l'espletamento dei compiti di cui all'art. 50 n. 2.

(¹³) Si veda in tal senso anche l'art. 25 comma 4 del d.p.r. n. 616.

di funzioni, sono escluse anche dall'esercizio del controllo sulle USL (¹⁶).

Si deve concludere quindi che la legge n. 833 ha fatto cadere il dato più caratterizzante della parificazione tra Comuni e CM, le quali non entrano a far parte del S.S.N. se non per il tramite dei propri organi che sono semplicemente *utilizzati* dall'associazione dei Comuni per la gestione dell'USL. In altre parole si deve affermare che anche nelle zone ove operano, in base alla legge n. 1102 del 1971, le Comunità montane, nel caso di costituzione di USL pluricomunali, ai fini dell'attribuzione e dell'esercizio delle funzioni socio-sanitarie, esistono soltanto i Comuni associati, che operano attraverso gli organi delle CM, e non le CM.

Probabilmente sarebbe stato più opportuno che le strutture comunitarie non venissero utilizzate affatto.

Il coinvolgimento di queste aveva certamente un preciso significato nelle indicazioni di parificazione con i Comuni contenute nell'art. 1 lett. e) della notissima legge 382. Caduto però tale progetto, anche per la coraggiosa previsione della figura dell'associazione obbligatoria di Comuni, sarebbe stato più opportuno, al fine di ottenere strutture gestionali uniformi su tutto il territorio nazionale, che gli organismi comunitari fossero stati utilizzati soltanto per l'esercizio di compiti di programmazione generale. Invece, nell'attuale situazione finiamo per avere: nelle zone montane, un Comitato di gestione che, in quanto coincidente con la giunta comunitaria, è espressione delle sole forze di maggioranza; mentre, nelle restanti zone, in quanto eletto dall'Assemblea generale con voto limitato, rappresenta anche le minoranze.

(¹⁶) Si vedano soltanto le funzioni d'iniziativa assegnate ai Presidenti delle CM dall'art. 50.

GUIDO GUIDI

**PASSAGGIO DI FUNZIONI, PERSONALE E BENI
DELLE I. P. A. B. AI COMUNI E LEGGE DI RIFORMA
SULL'ASSISTENZA PUBBLICA**

SOMMARIO: 1. Le IPAB nel d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 9 e nel d.p.r. n. 616: da una configurazione giuridica di massima garanzia a un risultato di estinzione totale e indiscriminata. — 2. Necessità di rivalutare criticamente ogni presupposto legislativo che ne costituisce la premessa e il fondamento. — 3. L'effetto di «pubblicizzazione» prodotto dalla legge 17 luglio 1890 n. 6972. — 4. Alcuni effetti conseguenti a tale legislazione. — 5. Il coordinamento delle IPAB e la soluzione soppressiva contenuta nel 616. — 6. Il principio costituzionale che prevede la libertà dell'assistenza privata. — 7. Necessità di verificare la legittimità costituzionale della legge Crispi alla luce dell'art. 38 Cost. — 8. La conversione degli organismi privati di assistenza e beneficenza in IPAB: motivi d'incostituzionalità. — 9. Proposta di riprivatizzare le IPAB che sono in grado, per l'efficiente organizzazione di strutture e di personale, di continuare la propria attività.

1. Con l'avvio dell'ordinamento regionale nel generale progetto di riforma dell'amministrazione locale, anche nel campo dell'assistenza si delineano ampie prospettive di riforma, in un assetto che vede le competenze legislative attribuite alle Regioni e un potenziamento del ruolo di amministrazione dei Comuni, delle Province e degli altri enti locali.

Tale disegno, delineato lucidamente negli artt. 117 e 118 Cost., comporta inevitabilmente riforme sostanziali anche in materia di IPAB, dal momento che il progetto di valorizzazione del ruolo degli organismi democratici territoriali non può materialmente concretarsi senza la contemporanea revisione dell'assetto degli altri enti locali e nazionali.

I decreti del 1972 costituiscono tuttavia un'occasione mancata. Concepiti infatti come strumenti per il trasferimento di funzioni, più che come momenti per la riforma dell'amministrazione locale, hanno finito per rappresentare quasi esclusivamente il confine di demarcazione, spesso innaturale, tra ciò che rimane agli apparati centrali e ciò che compete alle autonomie regionali (¹), mantenendo per il resto inalterata la ripartizione delle

competenze tra enti nazionali, enti locali territoriali e istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

Un fatto importante coinvolge però le IPAB, che, per effetto del decreto 15 gennaio 1972 n. 9, sono classificate tra gli «enti locali» e vengono ad assumere un importante ruolo nel processo di regionalizzazione dello Stato.

In vero, un dibattito approfondito per l'individuazione della categoria di tali enti capace di offrire una prospettazione univoca dei loro caratteri si è sviluppato solo recentemente ⁽¹⁾, talché, nel momento in cui si dovette scegliere tra strumentalità e autonomia, cioè tra la classificazione di molti organismi all'interno degli «enti amministrativi dipendenti dalla Regione» oppure fra gli enti locali di cui all'art. 118 Cost., la soluzione autonomistica è prevalsa, spesso, quasi spontaneamente, per il solo fatto della «località» dell'ambito di azione.

L'inclusione delle IPAB fra gli enti locali ha sollevato però fin dall'inizio notevoli perplessità ⁽²⁾. I dubbi nascevano anche

⁽¹⁾ In ciò indubbiamente determinati anche dalla formulazione della VIII Disp. Trans. della Costituzione, secondo comma, che pare individuare due distinte fasi: una per il passaggio delle funzioni e l'altra per il loro riordino.

⁽²⁾ Sul punto si vedano: FOIS, «Enti locali». *Competenza delle Regioni ordinarie per il turismo e l'industria alberghiera*, in: Studi Chiarelli, Milano 1974, II, 1107; BENVENUTI, *La delega, un momento fondamentale per lo sviluppo della Toscana*, in: *Democrazia Cristiana Toscana*, 1972, n. 15-16, 25 ss.; PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1973 e *Competenze statali e competenze regionali in tema di enti territoriali minori*, *Foro Amm.*, 1972, III 275 ss.; POTOTSCHNIK, *La delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali*, *Foro Amm.*, 1971, III, 427; TOMIROTTI, *Gli enti locali soggetti al controllo della Regione*, *Foro Amm.*, 1972, III, 300 ss.; A. O. BATTAGLINI-D. SORACE, *Contributo alla individuazione degli «altri enti locali» di cui all'art. 57 comma 2 dello Statuto toscano e all'art. 118 comma 3 della Costituzione*, *Foro Amm.*, 1971, 550 ss.; BARBERA, *La Regione come ente di governo*, *Politica del diritto*, 1973, special. 761 ss.; BERTI, *Verso l'amministrazione locale*, *Le Regioni*, 1975 n. 6, 1086-1104; PIZZETTI, *Sulla nozione di ente locale nel sistema costituzionale*, *Le Regioni*, 1975 n. 6, 1105-1124.

⁽³⁾ Si vedano tra gli altri: BARBERA, *Gli enti locali tra «politica» e «corporativismo»*, in: *Democrazia e diritto*, 1974, 374; PALADIN, *Nota alla sentenza costituzionale 19 dicembre 1973*, n. 178, in: *Le Regioni*, 1974, 187; e recentemente: VANDELLI, *IPAB e misure di salvaguardia*, *Le Regioni*, 1978 n. 2, 358.

dal fatto che l'equiparazione agli enti territoriali si scontrava col modo di composizione dei rispettivi organi di amministrazione: di formazione libera gli uni, elettivi gli altri.

Tale differenziazione avrebbe potuto costituire, essa sola, valido motivo per una sostanziale diversità di regolamentazione tra enti ed enti; invece, nella spinta verso la creazione di un esteso e generalizzato ordinamento «delle autonomie», passò quasi inosservata, finché la Corte costituzionale ⁽⁴⁾, valorizzando proprio la composizione democratica degli enti territoriali, qualificò comuni e province: *enti necessari e parti dell'ordinamento generale dello Stato*, degradando gli altri organismi locali verso una caratterizzazione del tutto eventuale (e non costituzionale).

È soprattutto da questa decisione che si sviluppa e prende maggiore consistenza la tendenza a reinterpretare le scelte compiute nel 1972, fino ad arrivare alla notissima legge di delegazione n. 382 del 1975, sull'ordinamento regionale, e al susseguente decreto delegato 616 del 1977, in cui tali orientamenti assumono una sanzione stabile e definitiva.

In esso, accanto ai Comuni e alle Province ricevono la qualificazione di enti locali le Comunità montane, mentre ogni altro ente subregionale, ivi comprese le IPAB, è degradato al rango di ente amministrativo dipendente dalla Regione, con tutto ciò che tale scelta comporta: le IPAB infatti, da enti autonomi quali erano, perdono la titolarità delle funzioni fin'ora esercitate e sono considerate meri enti strumentali.

Le innovazioni del D.P.R. 616 sugli organismi locali di assistenza e beneficenza non si limitano tuttavia a questo, dal momento che, con il passaggio delle funzioni ai Comuni si prevede anche il trasferimento forzoso del personale e dei relativi beni (art. 25), il che significa la totale soppressione delle IPAB.

Da una configurazione giuridica di massima garanzia, quindi, si approda a un risultato di estinzione totale e indiscrimina-

(⁴) Sentenza n. 178 del 19 dicembre 1973.

ta ⁽⁵⁾, secondo un disegno di riforma che, nel potenziamento degli organismi territoriali democratici, punta all'obiettivo della massima semplificazione del sistema.

Tale progetto prende corpo dal perseguimento di reali obiettivi di coordinamento ampiamente condivisi ⁽⁶⁾. L'utilità dello scopo perseguito non si discute. Tuttavia, il modo in cui esso si persegue suscita alcune perplessità. Infatti, l'estinzione giuridica di organismi che tutt'ora presentano spiccati presupposti di privata autonomia solleva alcuni dubbi di carattere costituzionale.

2. La soppressione adottata si regge esclusivamente a partire dalla qualificazione di enti pubblici attribuita alle IPAB dalla legge 17 luglio 1890 n. 6972, comunemente nota come legge Crispi. Tale qualifica sta a fondamento anche delle determinazioni contenute nei decreti del 1972 e del 1977, che, se pur non coincidenti nelle soluzioni finali, entrambi considerano quelle istituzioni quali vere e proprie articolazioni indirette dello Stato, totalmente subordinate alle sue leggi e alle sue esigenze di riforma.

Riteniamo tuttavia che, nel momento in cui si addivene a una conclusione soppressiva così grave quale quella prospettata, sia assolutamente necessario reinterpretare criticamente ogni presupposto legislativo, anche remoto, che ne costituisce la premessa e il fondamento, onde verificarne la rispondenza agli attuali principi costituzionali. Infatti, nel momento in cui si dettano le linee della emananda riforma del sistema assistenziale nazionale nel quadro delle direttive tracciate dagli artt. 38, 117 e 118

(⁵) Sopravviveranno soltanto le IPAB che svolgono in modo precipuo attività inerenti la sfera educativo-religiosa, secondo l'elenco predisposto dall'apposita commissione istituita in ottemperanza al disposto del sesto comma dell'art. 25 del D.P.R. 616.

(⁶) Si vedano tra l'altro le risultanze dell'indagine conoscitiva della II Commissione Permanente (Affari interni) della Camera, in: *Camera dei Deputati, Stato e prospettive dell'assistenza pubblica e privata in Italia, Servizio Commissioni parlamentari*, 1972.

Cost., non si possono assolutamente considerare stabili ed irreversibili scelte legislative vecchie quasi di cento anni, che, operate in un contesto di storia e di politica ormai definitivamente concluso, possono non rispondere ai principi di pluralismo istituzionale cui s'ispira il nuovo testo costituzionale. Per questi motivi le scelte operate dal 1890 in poi, non vanno considerate come un dato acquisito e quale punto di partenza per ulteriori atti limitativi dell'autonomia delle opere di beneficenza, bensì devono essere rivalutate criticamente.

3. La normativa fondamentale che ancor oggi disciplina l'attività delle IPAB è contenuta nella legge Crispi. Essa ha prodotto, come si è detto, tra gli effetti più significativi, il risultato della «pubblicizzazione» delle opere pie, quale scelta politica volta a significare anche visivamente l'autoassunzione da parte statale della tutela delle condizioni degli assistibili.

Ciò ha rappresentato chiaramente una soluzione di compromesso tra la spinta alla creazione di un sistema completamente socializzato e statizzato ⁽⁷⁾, sotto rigida subordinazione agli apparati centrali, e la posizione cattolico-liberale risolutamente contraria a ogni tipo d'ingerenza pubblica nel campo della beneficenza. Cosicché, mentre attraverso la conservazione del sistema delle opere pie si conferma la tendenza ad affidare la beneficenza a organismi spontanei di gestione autonoma, tramite il processo di pubblicizzazione, ponendosi una serie notevole d'ingerenze statali, si realizza di fatto la subordinazione di ogni ente allo Stato ⁽⁸⁾.

Questo è il compromesso che sta a fondamento della legge del 90, talché, il dato che ne scaturisce non può non riflettere,

⁽⁷⁾ Si veda in questo senso: PANNONE, *La statizzazione degli istituti di beneficenza*, in *Bollettino delle opere pie e dei Comuni*, 1914, 353-55 e *Una funzione di assistenza possibilmente statizzabile*, in *Bollettino*, cit., 209-211.

⁽⁸⁾ Secondo BRONDI, *Per la riforma di due regi decreti sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Scritti monori*, Torino 1937, special. 154-56, la legge Crispi riuscì a «comporre in feconda armonia» tramite «accorti e delicati congegni» interessi di natura pubblica e interessi di natura privata.

nelle possibili interpretazioni, ogni intrinseca ambiguità.

Gli assertori della totale statalizzazione dell'assistenza tenderanno infatti ad attribuirle il massimo grado di deprivatizzazione, mentre, le correnti favorevoli a un sistema essenzialmente privato e libero, cercheranno di limitarne ogni interpretazione capace di produrre ulteriori restrizioni dell'autonomia degli enti.

In particolare, un'autorevole corrente di dottrina sostenne subito l'inserimento delle opere pie nel novero degli organismi autarchici istituzionali, come conseguenza della natura pubblica delle funzioni svolte ⁽⁹⁾. Mentre altri Autori ⁽¹⁰⁾, vincolati soprattutto all'origine spontanea degli enti, hanno continuato ad affermarne la natura privata ritenendo che l'asserita pubblicità non poteva che riferirsi al carattere delle funzioni svolte, senza alcun riflesso sulla natura giuridica degli organismi.

La scelta politica del legislatore tuttavia era chiara e puntava ad incidere pesantemente anche sui connotati essenziali delle opere pie, cosicché, in presenza delle esplicite affermazioni del testo, ogni contestazione sul carattere pubblico di queste era destinata ad incontrare eccezionali difficoltà.

Per questi motivi le opere pie sono incontestabilmente riconosciute quali organismi pubblici di beneficenza, e, di fatto, vengono inquadrare dalla dottrina prevalente nel novero degli enti autarchici istituzionali, entrando in tal modo a far parte a pieno titolo dell'amministrazione dello Stato ⁽¹¹⁾, anche se, per il fatto

⁽⁹⁾ Si consultino tra gli altri: ROMANO, *Diritto Amministrativo*, Milano 1901, 140-141; MARCHI, *L'istituto giuridico dell'autarchia*, Modena 1904, 185-86, 217 e 305; e GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano 1970, 176.

⁽¹⁰⁾ LONGO, *Le istituzioni pubbliche di beneficenza*, in *Trattato dell'Orlando*, vol. VIII, Milano 1905, 388-94, e FERRARA, *La classificazione delle persone giuridiche*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1912, I, special. 358-60.

⁽¹¹⁾ Per BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969, 38: «L'apparente contraddizione fra una diversità dallo Stato e una appartenenza più o meno diretta all'amministrazione statale viene dunque risolta dalla dottrina con la formula dell'autarchia, che viene pertanto a rappresentare la condizione degli enti locali nell'ambito dello Stato amministrativo accentrato. L'amministrazione è unitaria ed è statale; la differenziazione tra le amministrazioni ha luogo sul piano

di costituire entità diverse da esso, assumono la qualificazione ricorrente di enti di amministrazione indiretta⁽¹²⁾.

Il grado di deprivatizzazione prodotto dalla legge Crispi fu quindi della massima importanza.

4. La gravità degli effetti conseguenti a tale legislazione non fu avvertita all'epoca in tutte le sue potenzialità negative, soprattutto perché, mentre le modifiche sostanziali s'inserivano nel solco già tracciato dalla legge n. 753 del 3 agosto 1862, i potenziali effetti soppressivi provenivano essenzialmente da una trasformazione di carattere formale⁽¹³⁾, dalla conversione cioè, in sé indolore, delle opere pie in enti pubblici, ciò che, com'è comprensibile, nella generalità dei casi, invece di sollevare manifestazioni di preoccupazione, suscitò un giusto e contenuto plauso per il riconoscimento della funzione svolta.

Quella legge può tuttavia oggi essere valutata per quello che realmente è stata e per ciò che effettivamente ha significato soprattutto in termini potenziali.

Si consideri, per esempio, l'ipotesi di fusione delle IPAB in capo all'ECA previsto dalla legge 3 giugno 1937 n. 847.

Tale ipotesi, in sé considerata, non configura un effetto di espropriazione, in quanto interessa entità già pubblicizzate, cosicché, per l'estinzione di alcune opere pie e il passaggio dei rispettivi beni al nuovo Ente comunale, si può parlare soltanto di un

della soggettività e della responsabilità; la unificazione si verifica attraverso l'interferenza degli interessi e degli scopi ed ha il suo punto conclusivo nel controllo da parte dello Stato sull'attività degli enti locali e nella parificazione qualitativa di questa attività a quella dello Stato.

(¹²) In generale, sul problema della caratterizzazione degli enti autarchici quali organi di amministrazione indiretta dello Stato e per altre teorie formulate da altri Autori sul punto, si può vedere: GIROLA, *Teoria del decentramento amministrativo*, Torino 1929, 173-224, special. 197-200.

(¹³) Per U. COLOMBO, *Principi ed ordinamento della assistenza sociale*, Milano 1977, 193: «Nella realtà, di fronte ad uno Stato che presunse di risolvere il problema assistenziale senza alcun suo contributo finanziario, gli aspetti puramente formali prevalsero su quelli sostanziali e l'errore recò gran danno».

processo di «successione» fra enti pubblici ⁽¹⁴⁾. Collegando però nel tempo gli effetti della legge del 37 con quelli provenienti dalla legge Crispi, possiamo constatare il verificarsi di un vero e proprio trasferimento forzoso di beni da organismi privati ad enti inequivocabilmente pubblici sia per natura intrinseca che per origine, sì da non lasciare dubbi sulla realizzazione di un vero e proprio effetto di espropriazione senza indennizzo perpetrato attraverso un procedimento complesso, costituito da due distinte fasi, contenute in leggi diverse.

La stessa considerazione vale per la legge di riforma ospedaliera del 12 febbraio 1968 che trasforma di diritto le IPAB in enti ospedalieri ⁽¹⁵⁾, anche se la Commissione Affari costituzionali della Camera, investita del quesito, affermò non potersi parlare di esproprio, bensì di «successione nel nuovo Ente dell'«universum jus» dell'Ente esistente...» ⁽¹⁶⁾. Riteniamo tuttavia, lo ribadiamo, che la tesi sia da condividere perfettamente soltanto se si considerano come acquisiti ed in nessun modo reversibili gli effetti prodotti dalla legge organica.

5. Anche l'art. 25 comma 5 del D.P.R. 616 configura un sostanziale effetto di espropriazione, e, nel prevedere assieme al passaggio dei beni delle IPAB ai Comuni, anche il trasferimento delle funzioni e del personale, ne determina la totale estinzione.

Tale provvedimento trova fondamento anch'esso nelle forzate trasformazioni prodotte dalla legge organica.

⁽¹⁴⁾ Sul tema, in generale, si può vedere: VIGNOCCHI, *La successione tra enti pubblici*, Milano 1956.

⁽¹⁵⁾ Secondo SPINELLI, *L'assistenza privata con particolare riguardo agli enti ecclesiastici (Problemi e prospettive)*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, 1031, con la legge di riforma ospedaliera del 1968 «le impostazioni legislative del 1890 e del 1923 vengono portate alle estreme conseguenze: l'organizzazione delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza in enti ospedalieri comporta il completo passaggio amministrativo sotto il controllo dei Comuni, Province e Regioni, nonché la totale abolizione delle tavole di fondazione dei singoli enti».

⁽¹⁶⁾ In: MARIANI, *Gli enti ospedalieri e gli interessi originari*, *Riv. Amm.* 1971, 104.

Esso scaturisce, oltre che da una precisa richiesta formulata in sede politica per l'ampliamento dell'elenco dei c.d. enti inutili ⁽¹⁷⁾, anche da una reale esigenza di semplificazione del sistema assistenziale locale, tutt'ora polverizzato, da attuarsi tramite una serie di provvedimenti di coordinazione e di soppressione. Riteniamo tuttavia che l'obiettivo del coordinamento delle attività delle pubbliche istituzioni locali di assistenza possa essere raggiunto anche per altre vie diverse dalla pura e semplice soppressione, coinvolgendo in ciò, ad esempio, assieme agli stessi Comuni, le istituende unità locali dei servizi socio-sanitari.

In questo nuovo assetto organizzativo potremmo avere: i Comuni, unici veri titolari di funzioni, le U.L.S.S.S., enti intercomunali di gestione e coordinamento, e le opere pie, ridotte alla originaria natura di enti privati, quali liberi organismi per l'erogazione delle prestazioni, inseriti eventualmente nella struttura pubblica a seguito di apposite convenzioni con le Regioni.

Tale ricostruzione sembra essere anche più consona al disegno delineato dagli artt. 38 e 118 Cost., secondo cui la scelta di regionalizzazione del settore, con l'attribuzione di un ruolo primario agli enti locali democratici, deve essere coordinata con l'altra indicazione di carattere costituzionale che vuole la libertà delle forme di assistenza privata, non consentendo che, in nome di unilaterali esigenze di programmazione o efficientissimo organizzatorio, concepito soltanto a partire dalla totale pubblicizzazione del settore, si realizzi di fatto una situazione di sostanziale monopolio pubblico ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Si può vedere, al riguardo: GHETTI, *Rapporti tra Regioni ed enti di assistenza e di beneficenza*, in *Gli enti locali nell'ordinamento regionale*, Atti del XXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 1977, 361.

⁽¹⁸⁾ Secondo SPINELLI, *L'assistenza privata con particolare riguardo*, cit., 1034: «Il valore della dichiarazione costituzionale per cui l'assistenza privata è libera non sembra escludere, in linea di principio, la possibilità di un loro (leggasi: degli enti assistenziali operanti nell'ambito dell'iniziativa privata) inserimento nel piano di programmazione per il fatto che questo non dovrebbe segnare di per sé un limite alla libertà di iniziativa, anzi, consentendo che gli enti assistenziali scelgano il loro posto

La soluzione soppressiva tuttavia è sembrata al legislatore delegato del 77 più facile e rapida. Essa considera acquisiti e sviluppa gli effetti di pubblicizzazione prodotti dalla legge del 1890.

Si deve ritenere però che tale risultato, su cui poggia il provvedimento successorio tra IPAB e Comuni, debba essere riconsiderato oggi criticamente in base alle indicazioni costituzionali sopraggiunte in tema di organizzazione dell'assistenza, al fine di verificarne la legittimità.

6. In proposito è opportuno richiamare alcune disposizioni costituzionali dettate in tema di assistenza sociale.

L'art. 38 Cost., in particolare, secondo cui ogni cittadino impossibilitato a procurarsi con le proprie forze i mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale attraverso le strutture pubbliche o private esistenti, negli ultimi due commi recita:

«Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato»

«L'assistenza privata è libera».

Or dunque, pur volendo ammettere che il potere d'integrazione dello Stato di cui al penultimo comma si riferisca in special modo al settore previdenziale ⁽¹⁹⁾, inequivocabilmente la disposizione di chiusura non può non riferirsi, nella sua formulazione di principio, all'assistenza in generale, comprensiva ad un tempo della previdenza e delle forme d'intervento che tradizionalmente si ricomprendono nell'espressione: assistenza e beneficenza ⁽²⁰⁾.

Pertanto, per effetto di quest'ultima disposizione, si deve

in un quadro coordinato ed organico, dovrebbe porre tali enti in condizioni di perseguire più agevolmente le loro finalità».

⁽¹⁹⁾ Così: SIMI, *Contributo allo studio della previdenza sociale: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in *Riv. inf. e mal. profess.*, 1972, 16.

⁽²⁰⁾ Durante i lavori per la redazione della Carta costituzionale, l'On. Cingolani, di fronte alla richiesta di emendamento dell'ultima parte dell'art. 38, tendente a disporre che: «l'assistenza e la previdenza possono anche esser private», tenne a specificare che: «La formula "l'assistenza privata" ha in sé anche il concetto di

consentire piena libertà d'azione alle iniziative spontanee in un contesto di pluralismo assistenziale in cui i singoli e le formazioni sociali, accanto ai pubblici poteri, sono chiamati all'adempimento di inderogabili doveri di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.).

In questo quadro, la libertà d'azione riconosciuta all'iniziativa di singoli gruppi o persone non può concretarsi soltanto nel riconoscimento di una facoltà di esercizio della privata carità — già ampiamente ammessa dall'insieme delle norme dettate a tutela delle libertà individuali e collettive —, bensì deve comportare necessariamente anche una garanzia di esistenza di strutture e di organismi privati.

Dagli articoli 38 e 117-118 Cost., esce quindi un assetto degli enti di assistenza in cui la componente pubblica, completamente regionalizzata e la componente privata, concorrono congiuntamente, in un rapporto di perfetta complementarietà ⁽²¹⁾ e lontano da ogni inutile competizione, al perseguimento di comuni scopi. L'azione svolta dagli enti privati non rappresenta pertanto qualcosa di esterno al sistema assistenziale nazionale, bensì ne costituisce una parte essenziale da non sottovalutare, anzi, da agevolare e potenziare.

7. Ciò premesso ci si chiede se tale quadro programmatico viene salvaguardato dall'attuale legislazione positiva. Se cioè la legge Crispi, comunemente riconosciuta quale legislazione «sugli

previdenza. Essa lascia campo libero a tutte le forme di solidarietà umana che, specialmente in Italia, fioriscono mirabilmente», in: *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Camera dei Deputati, Segretariato Generale*, vol. II, 1601.

⁽²¹⁾ Per alcuni Autori, tra cui SIMI, *L'attuazione dei principi in materia di sicurezza sociale*, *Riv. inf. e mal. profess.*, 1970, 622: «Il nostro Stato... è retto dal grande principio della sussidiarietà sociale, quale enunciato dal pensiero filosofico cristiano, per cui la Comunità maggiore non deve intervenire se non quando la Comunità minore non appare in grado di raggiungere da sé i propri fini, o se si vuole, è dominato dal principio del concorso tra le varie forze pluralistiche che compongono la società per il conseguimento dei fini comuni».

enti» ⁽²²⁾, si possa considerare conforme ai principi sopra esposti. In altre parole ci si domanda se il principio costituzionale di libertà delle forme di assistenza privata sia da quella rispettato.

Infatti, soltanto se potremo dare a tale interrogativo una risposta positiva, sarà consentito di assumere la legge Crispi quale presupposto e punto di partenza per ulteriori interventi nel settore; mentre, in caso contrario, ci sembra corretto che, prima di addivenire a ulteriori limitazioni dell'autonomia delle IPAB, si debba preliminarmente intervenire a riformare proprio la legislazione sulle IPAB, in modo che, se di soppressioni si vorrà parlare, se ne tratterà in presenza di un quadro di riferimento stabile e conforme a Costituzione.

8. Al riguardo si è già visto come, per effetto della più volte citata legge organica, da un lato le opere pie esistenti e ogni altro ente morale contraddistinto dal carattere di perpetuità, venissero trasformati di diritto in istituzioni *pubbliche* di beneficenza; e che, parimenti, ogni nuova spontanea istituzione sorta posteriormente al 1890, fosse convertita *ipso facto* ⁽²³⁾ in pubblica struttura autarchica dello Stato, cosicché, sulla base degli articoli 51 ⁽²⁴⁾ e 84 ⁽²⁵⁾, e per effetto anche dell'art. 93

⁽²²⁾ Si veda per tutti: GASPARINI CASARI, *L'ordinamento ospedaliero nella legislazione vigente e nelle prospettive di evoluzione*, Modena 1974, 13.

⁽²³⁾ ROEHRSEN, *La legislazione sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in: *Rassegna di diritto sanitario*, 1961, pg. 6 nota n. 4, in contrasto con le stesse disposizioni contenute nella legge e nell'art. 93 del regolamento di esecuzione, sostiene: «L'art. 51 della legge del 1890 ... presuppone sempre una volontà del fondatore nel senso di sottoporre l'istituzione alla disciplina pubblicistica e il terzo comma, che affida al Prefetto la facoltà di promuovere il riconoscimento giuridico, non dice che detta autorità può in ogni caso prendere questa iniziativa, anche in contrasto con la volontà del fondatore...».

⁽²⁴⁾ Si veda in particolare la modifica portata all'art. 51 dal R.D. n. 2841 del 1923.

⁽²⁵⁾ L'art. 84 obbliga il notaio, che, nell'esercizio delle sue funzioni viene a conoscenza di testamenti o di atti fra vivi disponenti la creazione di istituti di beneficenza, a denunciare il fatto al sindaco, affinché la Congregazione di Carità possa promuoverne d'ufficio il riconoscimento legale.

del regolamento di esecuzione ⁽²⁶⁾, si precludeva materialmente e si preclude tutt'ora, ogni possibilità di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato agli organismi di beneficenza perseguenti gli scopi di cui all'art. 1 della legge Crispi ⁽²⁷⁾.

Ciò, com'è facile intuire, è in netto contrasto con il principio di libertà dell'assistenza privata.

Questo infatti, oltre a porre un limite negativo nel senso di non tollerare l'apposizione di divieti all'esercizio spontaneo di attività assistenziali, contiene anche uno specifico valore positivo, sì da spingere i pubblici poteri a favorire, quanto più possibile, il fiorire delle iniziative individuali ⁽²⁸⁾, visto che, dall'esistenza di un sistema assistenziale libero ed efficiente, operante accanto alle strutture pubbliche, lo Stato non può che trarre concreti vantaggi sia sul piano strettamente economico che sociale.

A seguito della legge organica, invece, l'iniziativa privata incontra macroscopiche difficoltà ed oggettive limitazioni, dal momento che, di fronte al meccanismo secondo cui il riconoscimento della personalità giuridica comporta automaticamente ed obbligatoriamente la pubblicizzazione dell'ente ⁽²⁹⁾, molte amministra-

⁽²⁶⁾ L'art. 93 del R.D. 5 febbraio 1891 n. 99 dispone: «Quando per atto fra vivi o per disposizione testamentaria sia stabilita un'opera di beneficenza pubblica con designazione delle persone incaricate di amministrarla, gli amministratori stessi od esecutori testamentari ne promuovono la costituzione in ente morale (IPB) ai termini dell'art. 51 della legge». «Se manca tale designazione, e gli amministratori od esecutori non possono o non vogliono compiere i relativi uffici, deve provvedervi la congregazione di carità: ed ove questa non lo faccia entro tre mesi, salvo disposizione in contrario, deve provvedere il sindaco, ed in mancanza di questo, il prefetto, in base alla denuncia di cui all'art. 84 della legge».

⁽²⁷⁾ Così anche MIGLIORI, *L'assistenza privata è libera* (art. 38 Costituzione) — *Un progetto di riforma della legislazione assistenziale*, in *Justitia*, 1962, 316.

⁽²⁸⁾ L'On. Terranova, durante i lavori preparatori per la redazione del Testo costituzionale, aveva proposto un significativo emendamento, che, tuttavia, per cause contingenti, non poté essere discusso. In esso si caldeggiava una specificazione del penultimo comma dell'art. 38 nei seguenti termini: «All'assistenza ed alla previdenza provvedono istituti ed organi predisposti od integrati dallo Stato, il quale, per altro favorisce le sane iniziative della privata beneficenza».

⁽²⁹⁾ Secondo ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Napoli 1935, 131-167, anteriormente all'erezione in IPAB non esiste

zioni, avvertite del rischio di poter perdere per ciò stesso la propria individualità, sono state indotte a rinunciarvi, operando quali organismi «di fatto», fuori da una precisa configurazione giuridica, incontrando per tale via gravi impedimenti anche di ordine burocratico e fiscale che ne hanno inevitabilmente limitato la capacità d'intervento e l'azione.

Per queste ragioni fondamentali si deve ritenere che la legge Crispi sia in contrasto con la Costituzione, per cui, il risultato di soppressione previsto dal 616, che in quella trova fondamento, si deve considerare per lo meno incauto ed affrettato.

Sarebbe stato infatti più opportuno che il riassetto degli enti locali di assistenza avesse ricevuto una trattazione più meditata nel quadro di una generale riforma dei principi e degli organismi preposti all'assistenza, in modo che il giusto obbiettivo del trasferimento di ampi poteri ai Comuni⁽³⁰⁾ fosse avvenuto anche nel rispetto delle disposizioni costituzionali dettate in tema di assistenza.

Se si fosse proceduto in questo modo, in una logica cioè «di riforma» più che di mero «trasferimento di funzioni», sicuramente si sarebbe posta in primo piano anche l'opportunità della

un vero e proprio ente privato di beneficenza. L'atto di fondazione, formato successivamente al 1890, non può essere considerato infatti atto di fondazione di natura privatistica, dal momento che la manifestazione di volontà del privato volta alla creazione di un'opera assistenziale, non costituisce volontà negoziale, bensì soltanto «un'aspirazione verso un determinato fine», perseguibile unicamente con il concorso determinante della volontà dello Stato. In altre parole, il c.d. atto di fondazione del benefattore non costituirebbe altro che l'atto iniziale del procedimento amministrativo per la creazione di un'IPAB, sì da rappresentare soltanto la «proposta» di apertura del processo che porterà alla definitiva manifestazione di volontà dello Stato volta a creare l'ente. Per una critica alla tesi del Romanelli, si può consultare: FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino 1938, 182, nota n. 4, secondo cui: «Il Romanelli equivoca sul significato dell'art. 51 della legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, perché ivi si parla di domanda o proposta di fondazione, che avviene nel dare esecuzione alla fondazione avvenuta, ma non già di negozio di fondazione».

⁽³⁰⁾ Per PIZZETTI, *Osservazioni sull'ente intermedio*, in *Amministrazione e società*, 1978 n. 5, special. 451-52, il potenziamento di fatto del ruolo dei Comuni, nel 616, avviene anche indirettamente a causa dell'insoluto problema dell'ente intermedio.

privatizzazione ⁽³¹⁾ di molte opere pie, esistenti o da creare, ciò che, senza dubbio, non avrebbe consentito il provvedimento d'indiscriminata soppressione di cui si tratta.

Tale progetto, già proposto diversi anni or sono da una Commissione di studio istituita presso il Ministero dell'Interno ⁽³²⁾, oltre a rispondere maggiormente ai principi costituzionali, sarebbe auspicabile anche per restituire linfa vitale a una fonte di finanziamento del settore molto importante: la fonte privata, che, seppure non riveste più l'importanza che ha assunto nel secolo scorso, sarebbe assurdo sottovalutare e avvilire ulteriormente.

9. In questa direzione si è mosso recentemente anche il Governo, che, con l'emanazione del disegno di legge sul riordino dell'assistenza sociale approvato nella seduta del 17 maggio 1978, afferma chiaramente la tendenza a riprivatizzare il sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza esistenti ⁽³³⁾.

In vero, mentre nel 616 non si trova alcuna indicazione in ordine al problema della natura giuridica da riconoscere alle IPAB non trasferite ai Comuni, facendosi ritenere che il regime della legge Crispi avrebbe continuato a regolare l'attività delle opere assistenziali non municipalizzate, nel disegno di legge, opportunamente, si prevede che queste «rientrano nella disciplina delle persone giuridiche private» (art. 15 comma 4).

Ma c'è di più. L'art. 15 della proposta legge di riforma afferma che, oltre che per la precipuità degli scopi di carattere

⁽³¹⁾ In questo senso anche: G. CATALDI, *La legge 17 luglio 1890 n. 6972. Principi costituzionali in materia di assistenza. Linee di un nuovo ordinamento*, in «Assistenza privata in Italia» (Collana «Orientamenti sociali» n. 1), Roma 1961, special. 111.

⁽³²⁾ Si veda in proposito: MIGLIORI, *L'assistenza privata*, cit., special. 318-320.

⁽³³⁾ Tra l'altro, l'art. 13 di tale disegno di legge, nel trattare della libertà dell'assistenza privata in generale, dispone: «In conformità all'ultimo comma dell'art. 38 della Costituzione è garantita la libertà di costituzione e di attività alle associazioni, fondazioni e altre istituzioni — dotate o meno di personalità giuridica — che perseguano finalità assistenziali...».

educativo-religioso, sono escluse dal trasferimento ai Comuni anche le IPAB che, essendo «in grado, per l'efficiente organizzazione di strutture e di personale, anche volontario, di continuare la propria attività», ne formulano motivata richiesta.

Pertanto, senza mettere formalmente in discussione l'indicazione soppressiva contenuta nel 616, si toglie di fatto ad essa il carattere di estinzione generale e indiscriminata, per introdurre, in antitesi, il metodo più cauto dell'indagine caso per caso ⁽³⁴⁾, volta ad accertare la efficienza e la sostanziale autosufficienza dei singoli enti.

In questo modo l'eventuale trasferimento ai Comuni, previsto come estrema soluzione, non rappresenta, nella maggior parte dei casi, un evento imposto, bensì nasce da una libera determinazione delle singole amministrazioni, che, non attivandosi nel formulare la richiesta di sopravvivenza quali entità autonome, riconoscono di fatto l'opportunità del trasferimento del proprio personale e dei beni ai Comuni, al fine di una migliore utilizzazione delle risorse di cui dispongono.

Anche da queste ultime considerazioni appare evidente l'opportunità di collegare il provvedimento di soppressione delle IPAB alle indicazioni della emananda riforma sull'assistenza. Di ciò il legislatore delegato del 1977 è perfettamente consapevole, tant'è che l'art. 25 comma 5 afferma che il trasferimento ai Comuni singoli o associati avverrà: «sulla base e con le modalità delle disposizioni contenute nella legge sulla riforma dell'assistenza pubblica». Esso individua però contemporaneamente nel

(³⁴) Per STIRO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle IPAB alla luce dell'evoluzione storica degli enti pubblici*, in *Regioni e comunità locali*, 1977, n. 6, 43: «Non si può continuare ad usare l'antico appellativo di pubblico riconosciuto ad un ente, allorché la qualifica pubblicistica è un nome vano senza soggetto, occorrendo procedere per via di analisi nell'esame dei singoli enti, tenendo presente che la differenziazione fra soggetti di diritto pubblico e soggetti di diritto privato è relativa alle singole epoche storiche per cui sarebbe arbitraria la pretesa di indicare in modo astratto ed assoluto le figure soggettive che rientrano, rispettivamente, nell'uno o nell'altro ambito».

1° gennaio 1979 il termine a far tempo dal quale «comunque» il trasferimento ai Comuni dovrà avvenire.

Tale termine, se venisse rigorosamente rispettato, non potrà non pregiudicare in maniera irreparabile i principi della riforma; il che è contrario ad ogni logica ed opportunità legislativa. È pertanto indispensabile che il Governo e il Parlamento s'impegnino affinché la legge di riforma sull'assistenza sia approvata quanto prima, non consentendo nel frattempo che un solo trasferimento avvenga a vantaggio dei Comuni, prima della definizione del quadro dei principi che presiedono all'organizzazione del settore.

VITTORIO PARLATO

LA POLITICA DI ACCENTRAMENTO EFFETTUATA
DAL PATRIARCATO DI COSTANTINOPOLI
E CONSEGUENTE LESIONE DELL'AUTONOMIA
DEGLI ALTRI PATRIARCATI ORIENTALI,
NEL IX SECOLO (*)

(*) Comunicazione tenuta al IV Congresso della Società di diritto delle Chiese Orientali, Regensburg 19-24. IX. 1978.

SOMMARIO: 1. Il can. 1 del concilio di Costantinopoli dell'879-880 come tappa della supremazia del patriarcato bizantino su tutto l'Oriente. — 2. Eseggesi del canone: critica della dottrina che vede nella norma un rinnovato riconoscimento dell'appello a Roma. — 3. Il canone 1 come sanzionatore di una nuova realtà ecclesiale. — 4. Un antico documento dell'ecclesiologia bizantina a riprova della tesi sostenuta.

1. Il primo millennio è un'epoca importantissima per lo studio dei rapporti tra Roma e i patriarcati d'Oriente, visto che a quelli dovranno, di massima, rifarsi le auspicabili relazioni da instaurarsi con il ristabilimento della piena comunione tra chiese d'Occidente e chiese d'Oriente.

In quel periodo si sviluppa e si concretizza un sistema di rapporti tra Roma e i patriarcati, e i singoli patriarcati tra di loro, che presenta la Chiesa non come istituzione centralizzata, bensì come comunione interecclesiale ripartita in cinque grandi circoscrizioni ecclesiastiche territoriali — i cinque patriarcati —, solo nell'ambito delle quali si verifica un rapporto organico che lega la sacra gerarchia e i fedeli al patriarca, supremo esponente della chiesa particolare-patriarcato ⁽¹⁾.

Si è sostenuto e si sostiene che l'ecclesiologia e la realtà ecclesiale del primo millennio fu modificata dalla volontà della chiesa occidentale di rafforzare il primato pontificio e di trasformare la comunione interecclesiale in una istituzione gerarchica universale soggetta al romano pontefice ⁽²⁾. Questo processo di

⁽¹⁾ Cfr. V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale dal IV al X secolo. Contributo allo studio della comunione*, Padova 1969, p. 46 ss. e bibliografia ivi cit.

⁽²⁾ G. ALBERICO, *Cardinalato e collegialità*, Firenze 1969, p. 6 ss. 11 ss.; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Riflessioni sulla collegialità episcopale nel sistema della Pentarchia*, in *Studi in onore di P. A. D'Avack*, vol. III, Milano 1977, p. 1043 ss., in questo studio si avverte, a mio avviso, una non esatta valutazione delle fonti e

accentramento operato dalla chiesa di Roma, che fu sicuramente una delle cause della rottura tra chiesa latina e chiese orientali, non è stato però, solo un fenomeno dell'Occidente. Anche in Oriente — e tale è il tema di questo studio — sullo scorcio del I millennio assistiamo a dei tentativi, a delle prese di posizione, volti a preporre la sede costantinopolitana ad ogni altra, anche patriarcale, ed a realizzare una limitazione delle autonomie locali e delle prerogative patriarcali; sia pure in forme meno istituzionalizzate, meno accentratrici, ma comunque idonee a determinare un primato del patriarca bizantino su tutto l'Oriente cristiano.

Il concilio di Costantinopoli dell'879-880 segna, a mio avviso, una tappa di questo processo.

Il can. 1 di questo concilio (chiamato anche di S. Sofia) tenuto in occasione della seconda elevazione di Fozio al patriarcato, ha per oggetto il riconoscimento reciproco, tra Roma e Costantinopoli delle pene canoniche comminate nell'ambito delle rispettive competenze territoriali e personali ⁽³⁾.

del risultato della più recente dottrina in proposito. Sul punto cfr. anche PARLATO, *L'ufficio cit.*, p. 55 e bibl. ivi cit.; F. DVORNIK, *Byzance et la primauté romaine*, Paris 1964, pp. 45 ss e 59 ss e V. PARLATO, *La "conferma" pontificia alle deliberazioni del concilio di Calcedonia*, in *Studi Urbinati*, vol. XLIV 1975-76, p. 113 ss.

⁽³⁾ «De iis qui poenis canonicis ex sententia Romani episcopi subiacent, ut tales habeantur et a Constantinopolitano, et vicissim. "Statuit sancta et universalis synodus, ut si qui ex Italia clerici vel laici vel episcopi in Asia vel Europa vel Libya versantes, sub vinculo vel depositione vel anathematizatione apud sanctissimum papam Ioannem fuerunt, ut sint eiusmodi etiam apud Photium sanctissimum patriarcham Constantinopolitanum in eodem poenae gradu id est, vel depositi vel anathematizati vel segregati. Et quos Photius quidem sanctissimus noster patriarcha clericos vel laicos vel sacerdotales et episcopales ordinis in quacumque regione segregationi vel depositioni vel anathematizationi subiecerit, sanctissimus quoque papa Ioannes et sancta dei romanorum ecclesia eosdem in eodem poenae iudicio habeat; privilegiis quae adsunt sanctissimae romanorum ecclesiae sedi et eius antistiti nihil innovatis, nec nunc nec in posterum"». Il testo è quello dell'edizione critica curata da P. P. JOANNOU, in *Les canons des Synodes Particuliers* (P. Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale, *Fonti*, fascie. IX, t. 1, 2) pp. 482-484; il concilio viene chiamato anche di S. Sofia e fu tenuto dal nov. 879 al marzo 880. Presieduto dal card. Pietro, legato pontificio, ebbe tra i partecipanti, oltre a Fozio e a trentotto vescovi bizantini, i rappresentanti degli altri tre patriarcati orientali (quello di Alessandria arrivò alla fine dei lavori).

2. La dottrina si è, soprattutto, soffermata sulla parte finale del canone «privilegiis quae adsunt sanctissimae romanorum ecclesiae sedi et eius antistiti nihil penitus innovatis, nec nunc nec in posterum», ed ha visto in esso un'ulteriore riprova dell'accettazione del diritto d'appello al vescovo di Roma ⁽⁴⁾, di cui al can. 3 del concilio di Sardica, accettazione ⁽⁵⁾, del resto, riscontrabile anche nel precedente concilio di Costantinopoli dell'861 ⁽⁶⁾.

L'innovazione, in proposito, contenuta nel canone succitato sarebbe questa: in caso d'appello a Roma la presunzione giocherebbe a favore della decisione del patriarca di Costantinopoli: l'appellante sarebbe presunto colpevole e pertanto toccherebbe a lui provare la propria innocenza e non al patriarca giustificare la propria sentenza ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Con il can. 3 del Concilio di Sardica, del 343-344, si sanzionò l'appello a Roma: «...quod si aliquis episcopus adiudicatus fuerit in aliqua causa et putat bonam se causam habere, ut iterum iudicium renovetur, si vobis placet, sanctissimi Petri apostoli memoriam honoremus ut scribatur ab his, qui causam examinarunt, Iulio Romano episcopo, et si iudicaverit renovandum esse iudicium, renovetur, et det iudices...» e si volle sospendere l'esecuzione della sentenza e con il can. 4 si vietò l'ordinazione di un nuovo vescovo al posto di quello deposto prima della definitiva sentenza di Roma. Il testo del can. è riportato da JOANNOU, *op. cit.*, p. 163, per il commento JANNOU, *Pape, concile et patriarches dans la tradition canonique de l'église orientale jusqu'au IX s.*, in *Les canons cit.*, p. 525 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. JANNOU, *Pape cit.*, p. 533, scrive: «La clause finale du c. 1 se S. Sophie est la preuve, la dernière en date, de ce droit d'appel».

⁽⁶⁾ «Paulus episcopus Cesareae Cappadociae dixit: «Sententia synodi data est et contra Ignatium et in Ecclesia nostra ille iam causam non habet et quaestionem non venit, sed propter honorem sancti Petri et sanctissimi et universalis Papae Nicolai renovari causam eius et iudicari placet omnibus nobis» Apocrisari Papae dixerunt: «Nos locum tenentes domini nostri Nicolai papae secundum auctoritatem sanctorum patrum Sardicensis concilii volumus Ignatium ante nos et revocare iudicium». *Die Kanonensammlung des Kardinals DEUSDEBIT*, neaster band, neu herausgegeben von V. W. GLÄNNEL, Paderborn 1905, lib. IV, cap. 428, p. 603. Gli atti di questo concilio furono inseriti dal Card. DEUSDEBIT nella sua collezione canonica. Cfr. F. DVORNIK, *Byzance et la primauté romaine*, Paris 1964, p. 99: egli rileva che giustamente Deusdedit ha notato in questi atti conciliari una prova dell'esercizio del primato pontificio in Oriente nel IX secolo. Il concilio fu tenuto per giudicare la legittimità della deposizione di Ignazio e della nomina di Fozio alla presenza dei legati romani; alla discussione non seguì alcuna decisione; il Papa avvocò a sé la questione.

⁽⁷⁾ JOANNOU, *Pape cit.*, p. 533.

Una tale interpretazione lascia perplessi soprattutto in seguito ad una più attenta analisi del dettato normativo del canone stesso alla luce della dottrina e della realtà politica ed ecclesiale di allora.

A prima vista la norma si presenta come un patto tra Roma e Costantinopoli con il quale le due chiese si impegnano a considerare soggetti a pene canoniche coloro che i rispettivi patriarchi puniscono; dall'esame più approfondito del canone si nota che la norma precisa quali siano i soggetti puniti dal Papa e considerati come tali da Fozio: quelli che siano originari d'Italia, in pratica del patriarcato d'Occidente, anche se risiedano fuori di esso, in territori sottoposti ai patriarchati orientali ⁽⁸⁾; Roma invece dovrà considerare puniti tutti coloro che il patriarcha costantinopolitano censurerà, di qualunque regione essi siano, nel testo greco si dice: *ἐν οἰαδήποτε παροικία* ⁽⁹⁾, nel testo latino: «quacunque regione» ⁽¹⁰⁾, nel Mansi si ha invece: «quacunque diocesi» ⁽¹¹⁾. C'è sì una riserva di giurisdizione a favore dei vescovi delle due Rome sui propri sudditi, anche al di fuori dei territori loro soggetti, ma soprattutto viene riconosciuta implicitamente al patriarcha costantinopolitano una potestà canonica sui territori degli altri tre patriarchati orientali. Manca, infatti, nella norma qualsiasi riferimento, come per il papa, al legame dei soggetti punibili con il territorio patriarchale bizantino, e l'assenza di rivendicazioni relative agli altri territori orientali sta proprio a significare una certa prudenza nell'affermare esplicitamente e a *claris verbis* un primato di giurisdizione su tutto l'Oriente.

⁽⁸⁾ Il canone parla di Asia, Europa e Libia, queste regioni vanno individuate nella fascia comprendente la Tracia, Anatolia, Siria, Palestina, Egitto e costa africana, territori dell'Impero d'Oriente, anche se allora in parte in mano araba, ed al tempo stesso territori dei patriarchati orientali.

⁽⁹⁾ Il termine greco *παροικία* è tradotto da G. W. H. LAMPE, *A patristic Greek lexicon*, Oxford 1961, p. 1042, specie se riferito a comunità ecclesiali «community of Christians organized as geographical units» con il termine di *Diocese*.

⁽¹⁰⁾ Così nell'edizione critica dello JOANNOU cit.

⁽¹¹⁾ MANSI, XVII, A, col. 498.

In quei medesimi anni il patriarcato bizantino rivendicava anche una giurisdizione territoriale sui territori già appartenenti a quello romano: Calabria, Sicilia, Illirico Orientale, o rivendicati da Roma: Bulgaria ⁽¹²⁾; l'assenza di denominazioni territoriali risponde bene ad una soluzione di compromesso.

Ormai la Chiesa ha di fatto due sedi primaziali, Roma e Costantinopoli, il patto è stretto tra di loro, e solo tra di loro.

3. Direi che il canone in esame segna un punto di passaggio nella organizzazione della Chiesa e riflette una nuova concezione ecclesiale, ancora in nuce. Il concilio di Costantinopoli dell'869-870 segna l'apice della concezione confederale, pentarchica, della Chiesa; nelle sue sessioni si proclama che Dio ha fondato la sua Chiesa sui cinque patriarchi e che se anche quattro di loro dovessero errare, uno di essi rimarrà sempre a custodire il gregge di Cristo ⁽¹³⁾; se il concilio dell'879-880 può sembrare una conferma di questa ecclesiologia con l'affermazione della reciproca parità tra Roma e Costantinopoli in relazione alla potestà coercitiva, in realtà il canone in esame è un punto di partenza per superare questa concezione. I contraenti sono solo Roma e Costantinopoli; il rappresentante di Gerusalemme plaude all'intesa raggiunta; quello di Antiochia esprime il suo parere favorevole a che contro chiunque chierico o laico trovato intento a separare se stesso dalla Chiesa di Dio Fozio non agisce tanto come colui che ha la potestà sulle chiese orientali e detiene il diritto dell'autorità romana — *romanae auctoritatis ius adeptus* —, ma piuttosto come il pontefice massimo detentore del pieno potere di legare e sciogliere ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ G. DE VRIES, voce *Costantinopoli (Patriarcato di —)*, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. IV, col. 737.

⁽¹³⁾ MANSI, XVI, coll. 140-141; DVORNIK, *Bizance* cit., p. 91; PARLATO, *L'ufficio* cit., p. 176.

⁽¹⁴⁾ Antiochia è rappresentata da Basilio vescovo di Martiropoli il quale dice appunto: «*Sedium nostrarum maximi Pontifices, magis adhuc inseparabilem erga sanctissimum patriarcham Photium mentem habentes, ex quo in pontificalem provec-*

Fozio è dunque il pastore supremo dell'Oriente e consente di considerare puniti quei soggetti latini censurati che dimorino nei territori dei patriarchi d'Oriente.

Un concilio che si proclama ecumenico ⁽¹⁵⁾ avrebbe legiferato in modo diverso se la potestà dei cinque patriarchi fosse stata considerata eguale, e, visto, che il canone si chiude con la salvaguardia degli speciali privilegi della sede romana avrebbe potuto accennare, a maggior ragione, ai diritti delle altre chiese patriarchali. Un accordo bilaterale, poi, in questa materia poteva essere oggetto di un concilio particolare o di un patto tra i due patriarchati, magari attraverso lettere di comunione.

Un rappresentante di un patriarchato — Elia di Gerusalemme — interviene nella seconda sessione per salvaguardare l'autonomia, ma in favore delle chiese orientali nei confronti di Roma. Quando i legati pontifici fanno rilevare che Fozio, deposto da un regolare concilio, considerato da Roma come ecumenico, divenne patriarca per la seconda volta, prima che fosse informata la chiesa di Roma, il legato gerosolimitano rileva che ognuno dei tre patriarchati dell'oriente ha sempre avuto il suo patriarca, che quasi tutti i vescovi e sacerdoti di Costantinopoli volevano Fozio come loro patriarca: chi avrebbe dovuto impedirgli di ritor-

tus est in sedem, huc etiam nos miserunt, dantes potestatem & auctoritatem Photio... ut si quis, sive sit sacerdotalis ordinis, sive laici inveniatur se ipsum ab ecclesia sancta Dei separare, faciat contra tales quod videbitur suae sanctitati. Ut qui igitur Orientalium sedium potestatem accepit, & Romanae auctoritatis jus adeptus... seu potius ut qui ex Dei jussu praesit tamquam pontifex maximus, quod cumque ligaverit sancti Spiritus insolubili vinculo, habemus etiam nos ipsi ligatos; & quoscumque solverit, habemus & nos ipsi solutos» MANSI, XVII A, col. 499; Gerusalemme è rappresentata dal monaco Elia, il quale si limita a dire: «Deus ita fecit, ut & Orientis sedes, et sanctissimus Papa Joannes cum... nostro patriarcha Photio una anima essent, & unus spiritus; & voluntas eorum communis foret, & inseparabilis». MANSI, XVII A, coll. 498-499. Il rappresentante di Alessandria compare solo alla firma degli atti conciliari.

⁽¹⁵⁾ Can. 1: «sancta et universalis synodus» nell'edizione cit. dello JOANNOU, nella versione latina; in quella greca ἁγία καὶ οἰκουμένην συνόδος; «sancta et oecumenica Synodus» in MANSI, XVII A, col. 498.

nare nella sua sede? ⁽¹⁶⁾. Dalle lettere dei patriarchi di Antiochia e di Gerusalemme, lette durante la terza sessione, si desume chiaramente che Fozio era assunto al patriarcato indipendentemente dal consenso dei patriarchi orientali ⁽¹⁷⁾. Ancora una volta si ribadisce il diritto di ogni chiesa patriarcale di nominarsi il suo capo senza nessun intervento esterno ⁽¹⁸⁾.

Se il concilio di Costantinopoli dell'869-870, che i latini qualificano come l'ottavo ecumenico, dette un'indubbia prova dell'esercizio del primato pontificio in Oriente con l'ottenere la piena sconfessione dell'operato di Fozio e con la ratifica di molte disposizioni relative alla nomina di patriarchi e vescovi, fino ad allora non osservate nella chiesa bizantina ⁽¹⁹⁾; il concilio dell'879-880 segna, invece, il trionfo di Fozio, non solo per la sua piena reintegrazione, ma anche per la completa invalidazione del concilio precedente e la cassazione dei canoni disciplinari di quello. Approfittando del momento favorevole ⁽²⁰⁾ l'abile patriarcha costantinopolitano si equipara, quasi, al vescovo di Roma, le sue decisioni disciplinari sono valide come quelle del romano pontefice e l'uno e l'altro si impegnano a recepirle.

Se consideriamo la situazione politica di quegli anni la primazia di Costantinopoli appare ben giustificata. Gli arabi hanno conquistato i territori degli altri patriarchati, quelle antiche sedi sono in piena decadenza e per gli scismi che le hanno dilaniate,

⁽¹⁶⁾ MANSI, XVII A, col. 193 ss.; F. DVORNIK, *Lo scisma di Fozio. Storia e leggenda*, Roma 1953, p. 221.

⁽¹⁷⁾ DVORNIK, *Lo scisma*, cit., p. 222; MANSI, XVII A, col. 484.

⁽¹⁸⁾ Cfr. PARLATO, *L'ufficio cit.*, p. 140 ss. e bibl. ivi cit.

⁽¹⁹⁾ In particolare il divieto di elevare alla cattedra patriarcale un laico, can. IV del Concilio di Costantinopoli dell'869-870; cfr. PARLATO, *L'ufficio cit.*, p. 172 ss. e bibl. ivi cit. e in part. nota 164 a p. 176.

⁽²⁰⁾ Siamo in un periodo di splendore e potenza dell'Impero d'Oriente sotto Basilio I, i bizantini si presentano come gli unici in grado di contrastare gli Arabi che continuavano a dominare il Mediterraneo ed a minacciare perfino Roma, la quale, vista la gravissima crisi che travagliava quello d'Occidente, dovette chiedere aiuto all'Impero d'Oriente. Questo spiega l'atteggiamento conciliante che il papato assunse allora verso Bizanzio nelle questioni ecclesiastiche. Cfr. G. OSTROGORSKY, *Storia dell'Impero bizantino*, Torino 1968, p. 215.

e, ora, per la dominazione intollerante ed ostile dei conquistatori mussulmani. Solo Costantinopoli vive, legata alle fortune dell'Impero d'Oriente; essa si identifica sempre più con quello e vuole estendere la sua giurisdizione fino là dove si estende la sovranità imperiale, anche nei territori d'Occidente; in Oriente, poi, come l'imperatore, si considera rappresentante e portatrice di interessi di tutte le popolazioni e territori caduti in mano agli infedeli.

4. Una riprova di quanto affermato circa il significato del can. 1 del concilio di Costantinopoli dell'879-880 si ha in un documento dell'ecclesiologia bizantina databile prima del V concilio ecumenico (VI secolo) ⁽²¹⁾ in cui si tenta di attribuire a Costantinopoli un primato sugli altri patriarchi orientali con il riconoscere ai chierici ed ai vescovi di quelli la possibilità di appellarsi al patriarca bizantino ai sensi dei canoni 9 e 17 del Concilio di Calcedonia ⁽²²⁾, che davano, appunto, a quella sede patriarcale una giurisdizione concorrente a quella degli esarchi delle tre diocesi (Asia, Ponto e Tracia) sulle quali Costantinopoli rivendicava un potere primaziale effettivo ⁽²³⁾.

Si cercava, in sostanza, di interpretare il canone come ormai non più riferibile ai tre esarchi, il cui potere, prerogative, erano venute meno quasi completamente — nel concilio dell'879-880 non sono neppure chiamati esarchi ⁽²⁴⁾ — anche per l'essere venuta meno la divisione territoriale civile in diocesi,

⁽²¹⁾ Si tratta di uno scolio usato come base da canonisti bizantini posteriori; cfr. J. DARROUZÈS, *Documents inédits d'Ecclesiologie byzantine*, Paris 1966, p. 78.

⁽²²⁾ Il can. 9 dice: «...Quod si adversus eiusdem provinciae metropolitanum episcopus vel clericus habeat querelam, petat primatem dioceseos aut sedem regiae urbis Constantinopolis et apud ipsam iudicetur»; il can. 17 ugualmente: «...Quod si quis a metropolitano laeditur, apud primatem dioceseos aut apud Constantinopolitanam sedem iudicetur...», cfr. PARLATO, *L'ufficio cit.*, p. 18 ss.

⁽²³⁾ Can. 28 di Calcedonia: «...et ut Ponticam et Asiam et Thraciam gubernationem habeant etiam qui in barbaricis sunt episcopi a sede superscripta (Costantinopoli) paroecias eis ordinentur...».

⁽²⁴⁾ Negli atti del concilio riportati da MANSI, XVII A, coll. 510-511, si parla infatti di Arcivescovo di Cesarea, di Arcivescovo di Efeso, di Metropolita di Eraclea.

bensi agli altri tre patriarchi orientali ⁽²⁵⁾. Gli esarchi sarebbero ora (nel IX secolo) i patriarchi e pertanto ci si può appellare contro una sentenza di un metropolita di un patriarcato orientale, che non sia quello bizantino, o all'esarca-patriarca o al patriarca di Costantinopoli ⁽²⁶⁾.

Su questa stessa linea si porranno scritti posteriori del decimo e dodicesimo secolo ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Nel secolo VII cambia, di fatto, con la creazione dei *themi*, la divisione amministrativa dell'Impero creata da Diocleziano e Costantino; ulteriori mutamenti si avranno proprio nel IX secolo, cfr. OSTROGORSKY, *op. cit.*, pp. 38 e 221.

⁽²⁶⁾ DARROUZÈS, *op. cit.*, p. 79.

⁽²⁷⁾ DARROUZÈS, *op. cit.*, pp. 80 e 125 ss.

MARIA ANNA SALVADORI

CONSIDERAZIONI SULLA FUNZIONE E
SUL FUNZIONAMENTO DELLA COMMISSIONE COMUNALE
PER IL COMMERCIO DI CUI ALL'ART. 16
DELLA LEGGE 11 GIUGNO 1971 N.426

SOMMARIO: 1. Sulla funzione: I. Un breve cenno sulle origini storiche della Commissione Comunale per il Commercio. — 2. Funzione esercitata: consultiva. — 3. Se il parere sia atto autonomamente impugnabile. — 4. Sulla natura del parere. — 5. Limiti alla libertà di esercizio dell'attività commerciale; II. Sul funzionamento: 1. La Commissione Comunale per il Commercio quale organo collegiale. — 2. Sulla validità dell'atto collegiale. *Quorum* integrale e *quorum* parziale. — 3. *Quorum* strutturale e *quorum* funzionale. — 4. Organi collegiali rappresentativi e non rappresentativi. Elementi di differenziazione. *Quorum* richiesto per la validità dell'adunanza. — 5. La Commissione Comunale per il Commercio: organo collegiale non rappresentativo. — 6. *Quorum* richiesto per la validità della deliberazione.

I

1. Nell'*iter* procedimentale che inizia con la richiesta dell'interessato diretta ad ottenere l'autorizzazione all'apertura, al trasferimento, all'ampliamento di un esercizio di vendita e che termina con la determinazione del Sindaco di rilascio o di rifiuto dell'autorizzazione, si inserisce l'attività della Commissione Comunale per il Commercio, un organo appositamente creato dall'ordinamento per valutare e contemperare il diritto del singolo di liberamente esercitare l'attività commerciale con l'interesse della collettività ad una razionale distribuzione, nel territorio, dei centri di vendite, fornendo all'autorità decidente il risultato della valutazione stessa. La creazione di quest'organo è storicamente collocabile nel primo trentennio di questo secolo, quando, con il R.D.L. 16.12.1926 n. 2174, convertito in legge 18.12.1927 n. 2501, venne stabilita la prima disciplina del commercio di vendita al pubblico.

La legge 11 giugno 1971 n. 426, abrogatrice della maggior parte di tutta la precedente disciplina sul commercio e recan-

te le nuove disposizioni in materia, non ha modificato la funzione, allora attribuitale, di organo consultivo ⁽¹⁾, ma, avendo introdotto uno strumento di programmazione, il piano di adeguamento e di sviluppo della rete di vendita, ha finito per scindere tale funzione e stabilirne l'esercizio in momenti diversi.

2. Per meglio comprendere quanto precedentemente affermato, è necessario tener presente che, al momento della sua istituzione, era demandata, a tale organo, in base all'art. 3 del R.D.L. 2174/1926, una duplice valutazione: l'una, diretta ad accertare nel richiedente la licenza di commercio, la presenza dei requisiti previsti dall'art. 53 del T.U.L.P.S.; l'altra, diretta ad accertare «se il numero degli spacci già esistenti sia sufficiente alle esigenze del Comune, tenuto conto dello sviluppo edilizio, della densità della popolazione, della ubicazione dei mercati rionali».

La legge 426/1971 ha sottratto alla Commissione Comunale la prima delle due indagini istituendo (art. 1), presso ciascuna camera di commercio, il registro degli esercenti il commercio all'ingrosso, il commercio al minuto, e l'attività di somministrazione di alimenti e bevande, e rendendo obbligatoria (art. 2) l'iscrizione a tale registro per tutti coloro che intendano esercitare una qualunque delle attività sopracitate. La verifica dell'esistenza dei requisiti è ora svolta in questa sede, al momento, cioè, della richiesta di iscrizione nel registro e ad opera dell'apposita Commissione prevista dall'art. 4.

L'esame delle condizioni di mercato è invece tuttora attribuita alla Commissione Comunale ma, mentre, in base alla precedente normativa, tale funzione veniva esercitata ogni qualvolta fosse

(¹) Che la Commissione Comunale per il Commercio fosse un organo meramente consultivo e non piuttosto un organo deliberativo, non apparve, per la verità, al momento della sua istituzione, cosa certa. I dubbi, sulla sua natura, che derivavano dall'imperfetto e contraddittorio linguaggio usato dal legislatore, furono risolti dalla Circolare del Ministero delle Corporazioni dell'8 febbraio 1930 n. 69, con la quale si chiarì che il compito della Commissione era quello di emettere pareri.

presentata una domanda per il rilascio della licenza di commercio, ora, con la nuova normativa, tale valutazione viene effettuata non più al momento della richiesta di autorizzazione, ma viene effettuata in sede di formazione del piano commerciale, o, più esattamente, mentre allora la valutazione comprendeva sia l'esame della situazione generale sia l'effetto della specifica richiesta sulle condizioni generali ed era svolta in un unico momento, ora le due indagini sono nettamente distinte ed esercitate in tempi diversi; in sede di formazione del piano commerciale si effettua la prima delle due indagini mentre si programma, in base alla popolazione esistente, alla previsione di sviluppo sia edilizio sia demografico, una rete distributiva che sia, al tempo stesso, rispettosa del principio della libera attività commerciale ed adeguata alle esigenze dei consumatori; in sede di esame della singola richiesta di autorizzazione si effettua la seconda delle due valutazioni, che consiste nel verificare l'esistenza della previsione di quel centro di vendita nel piano commerciale e nel verificare se gli effetti che tale autorizzazione potrà avere nel mercato, rientrino tra quelli previsti nel piano stesso.

Da ciò consegue che mentre nell'*iter* di formazione del piano commerciale il parere espresso dalla Commissione è esercizio di una funzione discrezionale libera, il parere espresso, di fronte ad una richiesta di autorizzazione, è il risultato di una attività discrezionale limitata, i cui limiti sono costituiti proprio dal contenuto del piano commerciale, cui la Commissione ha partecipato e del rispetto della quale, nella fase successiva, si pone come garante.

3. Nonostante l'importanza della funzione esercitata dalla Commissione Comunale per il Commercio — esame dell'andamento generale del mercato, previsione del suo sviluppo, partecipazione alla riproduzione di tale esame in uno strumento di programmazione, garanzia della non violazione del suo contenuto — la sua attività non è mai diretta a stabilire se rilasciare e

non l'autorizzazione richiesta; tale decisione sarà sempre e solamente espressione del potere del Sindaco (art. 24 L. 426/1971).

La spiegazione è data dal fatto che il commercio, in qualunque forma esercitato, rientra tra le materie istituzionalmente attribuite alla competenza dell'Amministrazione Comunale, tra gli organi della quale, se pure la sua attività si svolge nell'ambito territoriale comunale, non rientra la Commissione Comunale per il Commercio.

Se l'esigenza che ogni determinazione in materia sia adottata dall'organo comunale competente comporta l'impossibilità giuridica che il parere della Commissione possa sostituire la decisione finale del Sindaco, l'importanza della sua funzione peraltro obbliga il Sindaco stesso a richiedere, ogni volta, il suo intervento.

Dal fatto che la funzione esercitata da tale organo sia una funzione meramente consultiva deriva che la sua deliberazione si configura come atto meramente interno di un procedimento amministrativo.

Non è quindi un problema stabilire se esso sia o non sia atto impugnabile; a tal fine, basta considerare che una delle condizioni di ammissibilità di un ricorso è che il provvedimento impugnato abbia una diretta rilevanza esterna, che sia, cioè, idoneo ad incidere, positivamente o negativamente, ma in ogni caso, direttamente, sull'interesse-protetto, per escludere la sua impugnabilità ⁽²⁾.

È ben vero che in alcuni casi il parere può assumere una indiretta rilevanza esterna, quando, ad esempio, il Sindaco motivi *ob relationem* la sua determinazione o quando si limiti a comunicare all'interessato il parere espresso dalla Commissione;

⁽²⁾ Sulla non impugnabilità del parere, c.f.r.: T.A.R. Valle d'Aosta, 17.3.1976 n. 7; T.A.R. Lombardia, 10.3.1976 n. 76; T.A.R. Abruzzo, 21.6.1977 n. 453; T.A.R. Basilicata, 16.12.1976 n. 119; T.A.R. Lazio, sez. II, 15.2.1978 n. 42 in *I Trib. Anm.vi Reg.*, rispettivamente 1976, I, 1797; 1976, I, 1804; 1977, I, 2874; 1977, I, 636; 1978, I, 904.

in tali ipotesi, però, l'impugnazione non può considerarsi diretta contro il parere, ma sempre contro la determinazione del Sindaco che, o con il rinvio *ob relationem* o con la semplice comunicazione del parere, mostra di far propria la valutazione della Commissione; il parere, pertanto, diventa contenuto della determinazione e, come tale, direttamente impugnabile ⁽³⁾.

4. Quale la natura del parere? Solamente obbligatoria o anche vincolante?

Dalla dizione letterale dell'art. 24 L. 426/1971 — «l'autorizzazione è rilasciata dal Sindaco . . ., sentito il parere delle Commissioni di cui agli artt. 15 e 16 . . .» (la Commissione ha una diversa composizione secondo che operi (art. 15) in Comuni capoluoghi di provincia o con un numero uguale ⁽⁴⁾ o superiore a 50.000 abitanti o che operi (art. 16) in Comuni con meno di 50.000 abitanti) — appare chiaro che se pure il Sindaco ha l'obbligo di sentire il parere, non è obbligato a decidere in conformità; la sua determinazione, che è atto finale di tutto il procedimento, è espressione di attività discrezionale ed il rilascio dell'autorizzazione, anche in presenza del parere favorevole della Commissione, non si pone, per il Sindaco, come atto dovuto ⁽⁵⁾.

Ciò non significa che egli possa non tenere in alcun conto il parere espresso, significa invece che egli può discostarsi dalla valutazione data dalla Commissione quando ritenga che sussistano rilevanti motivi di interesse generale ed, in tale caso, di questi, deve essere data adeguata e congrua motivazione.

A questa regola — obbligatorietà e non vincolatività — c'è

⁽³⁾ In tal senso: T.A.R. Toscana, 26.2.1976 n. 138 in *R.F.I.* 1976, 1302, 246 e T.A.R. Emilia Romagna, 23.6.1977 n. 362 in *I Trib. Amm. vi Reg.* 1977, I, 2756.

⁽⁴⁾ La legge 426/1971 aveva preso in considerazione solamente i Comuni con una popolazione superiore o inferiore a 50.000 abitanti. L'art. 27 del D.M. 28.4.1976 ha aggiunto all'art. 37 della legge il seguente comma: «Nei comuni con popolazione residente uguale a 50.000 abitanti deve essere nominata la Commissione di cui all'art. 15 della legge».

⁽⁵⁾ Cass. 1.10.1975, in *R.F.I.* 1976, 415, 47.

una eccezione; essa è contenuta nell'art. 43 della stessa legge: «fino a quando non siano approvati i piani di sviluppo e di adeguamento della rete distributiva, le autorizzazioni saranno rilasciate dai sindaci su conforme parere delle commissioni . . .» ⁽⁶⁾.

La vincolatività del parere, in questo caso, trasforma il provvedimento del Sindaco, togliendo ad esso ogni discrezionalità, in atto di semplice esecuzione. La ragion d'essere di questa eccezione è riscontrabile nel fatto che fino a quando il piano commerciale non sia stato approvato esso è giuridicamente inesistente, e tanto la Commissione quanto il Sindaco si trovano ad operare nella stessa situazione in cui operavano dopo l'entrata in vigore della prima disciplina del commercio (anche allora il parere dato dalla Commissione era, secondo quanto affermato anche dalla circolare n. 69 del Ministero delle Cooperazioni, vincolante) quando alla Commissione era richiesta, in un'unica circostanza, e la valutazione delle condizioni di mercato e l'incidenza sulle stesse della richiesta che costituiva l'occasione della valutazione e l'attività del Sindaco era considerata di mera esecuzione.

La diversa natura del parere, allora sempre vincolante, ed oggi, di regola, salvo l'eccezione prevista dall'art. 43, solo obbligatorio, non è stata una innovazione apportata dalla L. 426/1971, ma, come spesso succede, le norme in essa contenute hanno giuridicamente riprodotto una situazione, di fatto, già esistente.

5. Non si può, a questo punto, trascurare di prendere in

(6) Sulla vincolatività del parere nell'ipotesi contemplata nell'art. 43, c.f.r.: T.A.R. Toscana, 29.7.1975 n. 279; T.A.R. Lombardia, 21.5.1975 n. 133; Cons. Stato, sez. V, 23.11.1976 n. 1437 (in *R.F.I.* 1976, 417, nn. 60, 62, 66); T.A.R. Toscana 13.1.1977 n. 53; T.A.R. Emilia Romagna 23.6.1977 n. 362; T.A.R. Sardegna, 24.11.1977 n. 492 in *I Trib. Amm. Reg.*, rispettivamente, 1977, I, 919; 1977, I, 2756; 1978, I, 402.

A conferma della esattezza della interpretazione già data dalla giurisprudenza era intervenuto l'art. 27 del D.M. 28 aprile 1976 che ha aggiunto all'art. 37 del D.M. 14 gennaio 1972 il 9° comma: «Il parere delle commissioni di cui agli artt. 15 e 16 della legge ha valore vincolante solo fino alla data di approvazione da parte del consiglio comunale del primo piano».

esame, seppure sommariamente, l'evoluzione che ha subito, attraverso i tempi, la concezione della possibilità di esplicazione dell'attività commerciale.

Da un regime di assoluta libertà di commercio, vigente fino al 1926, si passò, per la considerazione che l'attività di commercio era rilevante per l'intera collettività e non solo per coloro che la esercitavano e che l'interesse della collettività era da ritenersi preminente su quello di una categoria di persone, ad un regime di controllo da parte dello Stato che si manifestava attraverso un potere discrezionale che, in base all'art. 43 del R.D.L. 2174/1926, concedeva o negava, in considerazione della presenza di particolari requisiti soggettivi ed oggettivi, la licenza di commercio e di fronte al quale il richiedente non vantava che un mero interesse.

Se il principio della tipicità degli atti amministrativi non è semplice affermazione, allora era giustificata la definizione di «licenza» data all'atto che consentiva l'esercizio del commercio; la licenza rientra infatti tra quei provvedimenti amministrativi diretti ad ampliare la sfera giuridica dei destinatari; essa è da considerarsi più simile ad una concessione costitutiva, che attribuisce un diritto, che non ad un'autorizzazione, che presuppone la esistenza di un diritto ⁽⁷⁾.

L'entrata in vigore della Costituzione, con l'affermazione contenuta nell'art. 41 della libertà di iniziativa economica, ha avuto come conseguenza di trasformare l'attività commerciale, o meglio la libertà di esercizio di attività commerciale, in regola generale nei confronti della quale il controllo da parte dello Stato si poneva come limite a tutela ed a difesa dell'interesse dei consumatori.

Il dettato costituzionale di diritto all'attività commerciale ha portato, successivamente, sia la dottrina sia la giurisprudenza

(7) A. M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. Trim. Dr. Pubbl.*, 1957, 784 ss.; ID., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze* in *Rass. Dr. Pubbl.* 1958, 3 ss.; nonché *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 98.

a qualificare obbligatorio e non più vincolante il parere della Commissione ed a considerare la licenza, ancorché denominata tale, come atto a contenuto autorizzatorio.

La legge 426/1971 ha codificato questa situazione; col sostituire alla licenza l'autorizzazione e col definire obbligatorio, e non più vincolante il parere della Commissione è, ancora una volta, affermata l'esistenza del diritto alla libera attività commerciale.

Né l'introduzione del piano di sviluppo e di adeguamento che, come è stabilito nell'art. 11, «tende ad assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio da rendere al consumatore e il maggiore possibile equilibrio tra installazioni commerciali a posto fisso e la presumibile capacità di domanda della popolazione . . .» può considerarsi un possibile prevalicamento dell'interesse pubblico; è da tener presente che alla formazione del piano partecipa anche la Commissione, tra i cui membri vi sono anche i rappresentanti dei commercianti e che «chiunque ne abbia interesse» può presentare osservazioni delle quali il Comune deve tener conto ed alle quali ha l'obbligo di rispondere.

Né si può dimenticare che, una volta intervenuta l'approvazione, il piano si pone, al tempo stesso, come limite e come rappresentazione dell'interesse pubblico e come limite e come garanzia del diritto del singolo e, come tale, limita non solo la discrezionalità, nell'esercizio della funzione consultiva, della Commissione, ma anche la discrezionalità, nell'attività decisionale, del Sindaco.

In assenza del piano di sviluppo e di adeguamento della rete distributiva, la richiesta di autorizzazione all'esercizio di attività commerciale può trovare un legittimo rifiuto solamente quando il provvedimento di diniego sia specificamente e concretamente motivato; la motivazione deve essere il risultato di una valutazione dell'interesse pubblico idonea a sostituire quella che, di norma, è contenuta e rappresentata nel piano stesso.

In presenza del piano, l'autorizzazione può essere negata

solamente quando risulti in contrasto con il piano, o con i regolamenti locali di polizia urbana, igienico-sanitaria, o con le norme relative alla destinazione ed all'uso dei vari edifici nella zona urbana; non potrà essere negata l'autorizzazione richiesta quando, quel centro di vendita, conforme alle norme dei regolamenti locali, sia stato previsto nel piano commerciale perché la sua stessa previsione se da un lato significa riconoscimento del diritto del richiedente, dall'altro significa riconoscimento dell'importanza della sua esistenza anche per l'interesse dei consumatori.

Un'eventuale restrizione alla libera attività commerciale potrebbe trovare una legittima giustificazione solamente quando il suo rilascio costituisse una violazione degli artt. 11 e 12 della L. 426/1971 che ne contengono i principi ispiratori: equilibrio dell'apparato distributivo e tutela del consumatore; in tal caso, la motivazione ⁽⁸⁾ del provvedimento di diniego dovrà contenere l'indicazione del particolare danno che subirebbe, per il rilascio dell'autorizzazione, il consumatore e dello specifico turbamento che ne deriverebbe nell'equilibrio tra domanda ed offerta.

II

1. Un altro aspetto interessante da esaminare, e che si presenta non scevro da problemi, è quello dell'esame delle condizioni necessarie affinché, secondo il legislatore, possa considerarsi validamente esercitata la funzione attribuita alla Commissione; a tal fine, è necessario stabilire, dapprima, quale sia la natura di tale organo.

(⁸) Sulla necessità della motivazione, sia in assenza sia in presenza del piano commerciale, c.f.r.: T.A.R. Lombardia 13.10.1976 n. 450; T.A.R. Lazio, sez. II, 25.5.1977 n. 357; T.A.R. Molise 10.5.1977 n. 50; T.A.R. Piemonte, 23.3.1976 n. 122; T.A.R. Piemonte, 7.4.1976 n. 137; T.A.R. Lazio, sez. I, 21.1.1976 n. 35; T.A.R. Veneto, 7.3.1977 n. 225 in *I Trib. Amm. Reg.*, rispettivamente, 1976, I, 3808; 1977, I, 2024; 1977, I, 2379; 1976, I, 1777; 1976, I, 1792; 1976, I, 392; 1977, I, 1651.

La Commissione Comunale per il Commercio, in quanto composta da una pluralità di persone che, dotate di pari poteri, concorrono, nello stesso momento, all'esercizio della medesima funzione rientra, secondo la classificazione degli organi amministrativi elaborata dalla dottrina in relazione alla loro composizione (individuali e collegiali), tra questi ultimi ⁽⁹⁾.

Negli organi collegiali le singole volontà dei componenti si unificano in una sola volontà che si manifesta all'esterno come volontà del collegio ⁽¹⁰⁾ e, pertanto, la validità dell'atto collegiale è strettamente collegata alla regolarità della formazione della volontà collegiale.

La formazione di tale volontà è disciplinata da una serie di norme che regolano: la convocazione, la preventiva determinazione dell'«ordine del giorno», la presenza del *quorum* legale necessario ai fini della validità dell'adunanza, il procedimento di discussione e di votazione, il modo di computare la maggioranza affinché la deliberazione adottata possa considerarsi espressione della volontà del collegio.

2. La Commissione Comunale per il Commercio, quale organo collegiale, non si sottrae a queste regole generali e, di conseguenza, il parere da essa espresso sarà valido solo quando saranno state rispettate le norme che disciplinano la formazione della sua volontà.

(⁹) Già la circolare n. 69 dell'8.2.1930 del Ministero delle Corporazioni aveva definito la Commissione Comunale per il Commercio organo collegiale.

Sulla origine, sulla struttura, sul funzionamento degli organi collegiali, c.f.r.: tra gli altri, U. GARGIULO, *I collegi amministrativi*, Napoli 1962; L. GALATERIA, *Gli organi collegiali amministrativi*, Milano, 1973.

(¹⁰) L'atto collegiale è considerato dalla maggior parte della dottrina come atto semplice in quanto proveniente da un solo soggetto o organo, a nulla rilevando che l'organo deliberante «sia composto da una pluralità di persone fisiche sempreché tutte ne siano titolari sulla base di uno stesso titolo» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, Vol. I, 229-230. In questo testo sono indicati, oltre che una numerosa bibliografia sulla classificazione degli atti amministrativi, anche, in parte, le motivazioni e gli autori che, al contrario, raffigurano l'atto collegiale come atto complesso o come atto collettivo).

La legge 11 giugno 1971 n. 426 non contiene norme sul suo funzionamento, ma stabilisce solamente da quali persone, questo organo debba essere composto, quale sia la procedura per la nomina dei membri e quale organo debba ad essa provvedere. Il suo funzionamento è invece regolato dall'art. 38 del D.M. 14 gennaio 1972, regolamento di esecuzione della legge 426/1971 sulla disciplina del commercio, così come modificato dall'art. 27 del D.M. 28 aprile 1976 che reca norme integrative e sostitutive del precedente decreto ministeriale. La convocazione avviene, almeno otto giorni prima della riunione fissata, con l'invio dell'ordine del giorno, con l'indicazione, cioè degli argomenti che in essa saranno trattati affinché i componenti siano nella condizione di sapere, anticipatamente, che cosa dovranno discutere e decidere.

Seppure nel regolamento non vi sia alcuna specifica indicazione su chi debba procedere alla convocazione, si ritiene che tale potere, in base al principio generale che regola la convocazione degli organi collegiali, spetti al Sindaco nella sua qualità di Presidente, di diritto, della Commissione; ciò è tanto più comprensibile se solo si tiene presente che la richiesta di autorizzazione deve essere diretta al Sindaco e che questi, dal momento che ha l'obbligo di richiedere il parere della Commissione, è l'unico in grado di sapere, non essendo prevista una convocazione *ex lege*, quando sia necessario convocarla.

Non diversamente da quanto disposto per altri organi collegiali, l'ordine del giorno non può, una volta che sia stato inviato ai singoli componenti, essere modificato, a meno che, come previsto per la Commissione, alla riunione non siano presenti tutti i membri e tutti, concordemente, decidano di modificarlo (art. 38, 3° comma).

Né vi sono problemi particolari per quanto riguarda la discussione che può esserci o non esserci ⁽¹⁾ ed il modo di votazio-

⁽¹⁾ La non necessità della discussione deriva dal fatto che alla Commissione

ne che, di regola, è palese, ma può, su richiesta di almeno un terzo dei presenti, essere segreta (art. 38, 2° comma).

3. Se per la convocazione, per l'ordine del giorno, per la discussione e per la votazione non esistono disposizioni particolari o, se esistono, esse non danno adito a grosse perplessità, questo non si verifica per gli altri due elementi che regolano la formazione della volontà della Commissione e, precisamente per la maggioranza necessaria a rendere valida l'adunanza (*quorum* strutturale) e per la maggioranza necessaria a rendere valida la deliberazione (*quorum* funzionale)⁽¹²⁾; di queste, solamente la seconda, trova la propria regolamentazione nell'art. 38 del D.M. del 14 gennaio 1972, ma, come si dirà successivamente, il suo contenuto necessita di interpretazione.

La validità dell'adunanza è subordinata alla presenza del *quorum* legale che può essere diverso secondo che sia costituito dalla presenza di tutti i componenti (*quorum* integrale) o da una frazione di essi (*quorum* parziale); dal momento che non esiste una norma particolare che stabilisca se, per la validità dell'adunanza della Commissione, sia necessaria la presenza di tutti i componenti o sia sufficiente una frazione di essi, è necessario far ricorso ai principi generali di diritto⁽¹³⁾.

Comunale per il Commercio non può riconoscersi, così come ha sostenuto anche il T.A.R. Sardegna con sentenza 5.4.1977 n. 131 (in *I Trib. Amm. Reg.* 1977, I, 1910), la qualifica di organo perfetto, per il quale solamente la discussione è obbligatoria ed il voto dei singoli componenti deve essere palese e motivato.

Sul punto, e sulla distinzione tra collegi perfetti e collegi imperfetti: A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 150.

⁽¹²⁾ La terminologia è ripresa da I. GALATERIA, *Gli organi*, cit., Vol. II, 50-51, il quale rileva come il mancato apporto della dottrina e della giurisprudenza allo studio di tali problemi sia una delle cause di incertezza e di imprecisione, sul punto, della legislazione che fa «quasi sempre riferimento al numero legale dei membri per la validità della deliberazione ove invece, con maggior precisione, dovrebbe far riferimento al numero legale per la validità delle adunanze».

⁽¹³⁾ La giurisprudenza (c.f.r. T.A.R. Marche 11.1.1977 n. 9 in *I Trib. Amm. Reg.* 1977, I, 958) non ritiene necessario far riferimento ai principi generali — il ricorso ai quali trova giustificazione solo nell'assenza di un'apposita disciplina — perché, pur mancando un'espressa disposizione, ritiene che la materia possa ugualmen-

4. La ragione dell'esistenza di un organo collegiale può derivare o dall'esigenza di adottare provvedimenti che siano il più possibile il risultato di un incontro tra opinioni e considerazioni diverse, sì da far ritenere che questa, scaturendo da un incontro dialettico, sia la soluzione migliore, oppure dall'esigenza di «comporre, preventivamente, in un'apposita sede deliberatoria un contrasto, potenziale ed attuale, tra più uffici, organi, enti ecc. . . titolari di interessi diversi»⁽¹⁴⁾. Nella prima ipotesi l'elemento caratterizzante è dato dalla pluralità delle persone la cui funzione è quella di esternare la propria valutazione ed i propri suggerimenti in relazione a quel particolare tipo di interesse pubblico che l'attività dell'organo è diretta a realizzare; nella seconda, invece, l'elemento caratterizzante è dato dalla pluralità degli interessi tra loro contrastanti, alla composizione dei quali è diretta l'attività dell'organo collegiale.

I membri del collegio del secondo tipo vengono solitamente definiti rappresentanti, ma il concetto di rappresentanza⁽¹⁵⁾ è diverso dal concetto di rappresentanza che si trova nel diritto privato, in quanto, in questo caso, la sua funzione non è lo spostamento, da un soggetto all'altro, della imputazione degli effetti patrimoniali derivanti da un atto «ma la cura di interessi del rappresentato all'interno di un organo che deve decidere in ordine a date azioni. Per distinguere le due figure, si è chiamata, questa seconda, rappresentanza di interessi».

te essere considerata regolata, per disposizione implicita, dal 1° comma dell'art. 38.

Questo comma, essa ritiene, nell'affermare la necessità della maggioranza assoluta dei componenti per la validità della deliberazione afferma implicitamente che tale maggioranza sia sufficiente anche per la validità dell'adunanza. Nessun dubbio che questa interpretazione — validità dell'adunanza con la presenza della metà più uno dei componenti — meriti di essere condivisa, ma chi scrive, avverte la necessità di verificare tale interpretazione anche alla luce dei principi generali, non ritenendo che esista una così stretta relazione tra il quorum strutturale ed il quorum funzionale ben potendo essere richiesta la presenza di tutti i membri anche quando la deliberazione possa essere adottata a maggioranza assoluta.

(¹⁴) M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 204; c.f.r. anche A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 149.

(¹⁵) M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit. 204.

La presenza, in un collegio, di un componente, la cui attività sia diretta a tutelare le esigenze ed i bisogni di una particolare categoria di persone, non è, di per sé, idonea a trasferire sull'organo collegiale la qualifica di organo rappresentativo. La destinazione tra organi collegiali rappresentativi ed organi collegiali non rappresentativi avviene in base ad altro criterio: quello della elezione o nomina dei suoi componenti da parte dei rappresentanti cosicché potrà definirsi membro con funzione rappresentativa e, di riflesso, organo collegiale rappresentativo quel collegio i cui componenti oltre che curare gli interessi di un particolare gruppo di persone sia stato da questo anche eletto o nominato.

Accanto a questi che sono i veri e propri collegi rappresentativi perché composti da persone elette o nominate dai propri rappresentati e perché diretti a comporre preventivamente un contrasto tra interessi eterogenei e contrapposti, esistono anche altri collegi, egualmente denominati rappresentativi che si differenziano però dai primi perché non presuppongono un contrasto di interessi, ma un contrasto di interpretazione su interessi omogenei. Basti pensare ad organi quali il Consiglio Comunale, il Consiglio Regionale ecc. . . : questi sono sì organi rappresentativi ma il termine di membro rappresentante sta ad indicare solamente che i componenti sono stati eletti dalla collettività e ciascuno di essi rappresenta un modo di interpretazione di un interesse, non un interesse diverso e contrapposto ad altri, di una parte di essa.

Questa se pur breve premessa si è resa necessaria per meglio comprendere l'affermazione giurisprudenziale ⁽¹⁶⁾ secondo cui la validità delle deliberazioni degli organi collegiali è subordinata alla partecipazione di tutti i membri solamente quando questi abbiano funzioni rappresentative di modo che, in tal caso, la mancanza anche di uno solo dei membri rende inoperante l'orga-

(16) Cons. Stato, sez. IV, 27.2.1963 n. 102 in *Il Cons. di Stato* 1963, I, 175.

no in quanto non consente la valutazione e la composizione di quegli interessi perseguiti con la speciale composizione dell'organo.

Da quanto sopra deriva necessariamente che la qualifica di organo rappresentativo, almeno ai fini dell'accertamento del *quorum* legale per la validità dell'adunanza, va verificata sia in relazione al modo di scelta dei componenti sia in relazione al tipo di interessi rappresentati; perché sia necessario il *quorum* integrale è necessario che i componenti siano stati eletti o nominati dai rappresentati e che siano portatori di interessi eterogenei e contrapposti. Al di fuori di questa ipotesi, gli altri organi collegiali possono validamente riunirsi anche in presenza del *quorum* parziale.

5. A quale tipo di organo collegiale appartiene la Commissione Comunale per il Commercio? può definirsi organo rappresentativo?

I suoi membri sono, in base all'art. 16 della legge 426/1971 ⁽¹⁷⁾ nominati dal Consiglio Comunale «su designazione della Giunta Comunale» o «su designazione della Giunta Comunale, sentite le organizzazioni dei commercianti e delle cooperazioni di consumo o sentite le organizzazioni sindacali». Se il concetto di membro con funzione rappresentativa (e ci si riferisce in particolare «al rappresentante dei lavoratori», ma le stesse considerazio-

(¹⁷) Il testo dell'art. 16 è così formulato:

«Per i comuni con popolazione inferiore ai 50.000 abitanti, non capoluoghi di provincia la commissione di cui all'articolo 11 è composta da:

il sindaco o un suo delegato che la presiede;

due esperti designati dalla giunta comunale, competenti rispettivamente per l'urbanistica e il traffico;

tre esperti dei problemi della distribuzione designati dalla giunta comunale, sentite le organizzazioni dei commercianti e della cooperazione di consumo;

tre rappresentanti dei lavoratori designati dalla giunta comunale, sentite le organizzazioni sindacali;

un rappresentante dell'azienda autonoma di cura e di soggiorno, ove esista.

La commissione è nominata dal consiglio comunale entro tre mesi dalla data di pubblicazione della presente legge».

ni sono egualmente valide nel caso che si voglia attribuire tale qualifica anche agli «esperti») è strettamente collegato al modo di elezione o di nomina — nel senso che sarà considerata rappresentativa la persona la cui elezione o nomina sarà avvenuta o direttamente, ad opera dei rappresentati, o indirettamente, ad opera, cioè, di una commissione o di altro oragno, a sua volta, però, direttamente eletto dai rappresentati —, il fatto che i componenti la Commissione siano nominati dal Consiglio Comunale esclude, di per sé, che possano essere considerati rappresentanti per nomina diretta di una particolare categoria di persone perché questo è un organo che rappresenta l'intera collettività ed opera a tutela e nell'interesse di questa e non di uno specifico gruppo di persone.

Il fatto poi che i membri della Commissione siano nominati su proposta delle organizzazioni interessate non è motivo sufficiente a farli ritenere rappresentanti «per nomina indiretta»; perché questo possa accadere sarebbe necessario che o la proposta fosse vincolante oppure che il membro nominato, diverso da quello designato, ricevesse successivamente l'approvazione da parte dell'organizzazione cui appartiene. Ma la legge 426/1971 non contempla l'ipotesi di un'approvazione e per quanto riguarda la proposta, è da dirsi che questa non si configura come vincolante per cui, anche se la Giunta Comunale ha l'obbligo, prima di designare i membri, di «sentire, le organizzazioni sindacali, il Consiglio Comunale è libero di nominare o non i membri designati» ⁽¹⁸⁾.

Si deve quindi eliminare anche l'ipotesi di nomina indiretta e di conseguenza, si deve escludere il carattere della rappresentatività.

La Commissione Comunale per il Commercio non solo non può dirsi rappresentativa a causa della mancanza del collegamento, dato dal modo di nomina dei suoi membri, tra rappresentan-

⁽¹⁸⁾ T.A.R. Lazio, sez. III, 14.6.1976 n. 297 in *I Trib. Amm. Reg.* 1976, I, 2273.

ti e rappresentati, ma, anche quando si volesse individuare il collegamento, tra gli uni e gli altri, in un criterio diverso da quello dell'elezione o della nomina, la funzione rappresentativa verrebbe esclusa da un'altra considerazione: la sua attività non è diretta alla composizione di interessi contrapposti; la sua attività è diretta a realizzare un particolare interesse (razionale distribuzione dei centri di vendita e rispetto del piano commerciale), né tale caratteristica viene meno per il fatto che la sua realizzazione può risultare da una composizione delle diverse interpretazioni e dei diversi modi di realizzazione, composizione, peraltro, che, se può essere in alcuni casi necessaria non per questo è presupposta, si configura come uno strumento per conseguire la finalità perseguita dalla Commissione, e non come finalità.

Dal momento che non si può ad essa riconoscere la qualifica di organo rappresentativo, per la validità della riunione del quale è necessaria la presenza di tutti i membri, si può affermare che la Commissione Comunale per il Commercio sarà validamente riunita quando sia presente il *quorum* legale che, nel caso, in assenza di una disposizione che stabilisca una maggioranza speciale e come ha ritenuto il T.A.R. Marche ⁽¹⁹⁾, si può ritenere uguale alla metà più uno dei componenti.

6. Resta da esaminare l'ultimo problema: quale maggioranza sia necessaria per considerare valida la deliberazione collegiale.

Potrebbe apparire, a questo punto, un problema inesistente in quanto la validità delle deliberazioni è disciplinata dal 1° comma dell'art. 38 del D. M. 14 gennaio 1972, che stabilisce che «le deliberazioni . . . sono validamente adottate con il voto della maggioranza assoluta dei componenti della Commissione, e non dei presenti. . .»; in realtà non è così.

Quale il significato esatto di questa norma?

(¹⁹) v. nota 13.

Deve essere interpretata nel senso che la maggioranza assoluta deve esistere al momento della votazione o che il risultato della votazione possa essere considerato volontà del collegio solamente quando il provvedimento adottato sia stato approvato con tanti voti quanti sono necessari per rappresentare la maggioranza assoluta?

La soluzione del problema si presenta, in termini pratici, non priva di rilevanza.

Ed infatti se si considera che la validità dell'adunanza esiste anche quando siano presenti soltanto la metà più uno dei componenti, se la maggioranza assoluta necessaria per la validità delle deliberazioni fosse da verificarsi alla fine della votazione, in relazione al risultato, ne deriverebbe che la deliberazione sarebbe validamente adottata solamente quando fosse espressione dell'unanimità di partecipanti; in tutte le altre ipotesi, ancorché validamente riunita, la Commissione sarebbe nella impossibilità di manifestare validamente una qualunque volontà.

Ma non sembra essere stata questa la volontà del legislatore; sembra, al contrario, che egli abbia ritenuto che la maggioranza assoluta fosse necessaria al momento della votazione. Questo chiarimento, più che necessario, è intervenuto con l'art. 27 del D.M. 28 aprile 1976 con cui sono stati sostituiti i primi due commi dell'art. 38 (il primo comma, come sopra riportato) ed aggiunto un terzo comma, in base al quale: «I voti degli astenuti sono computati ai fini del *quorum*». Aver esplicitamente affermato che ai fini del *quorum* devono essere considerati anche gli astenuti, significa aver chiarito che si può procedere alla votazione solo quando ad essa partecipi la maggioranza assoluta.

In mancanza di disposizioni contrarie, è da precisare poi che, come è ormai principio generale ⁽²⁰⁾, nel concetto di astenuti da computare nel numero dei votanti sono compresi

⁽²⁰⁾ U. GARGIULO, *I collegi*, cit., 230-231.

solo coloro che si astengono per motivi personali (astensione facoltativa) e non quelli che sono costretti a tale comportamento da una situazione di conflitto (astensione obbligatoria); questi, infatti, trovandosi in una posizione di incompatibilità con l'interesse collegiale, non sono mai calcolati ai fini del *quorum*.

Si può, a questo punto, affermare che a rendere valida la seduta della Commissione Comunale per il Commercio è sufficiente la presenza della metà più uno dei componenti; che a rendere valida la sua deliberazione è sufficiente l'approvazione della metà più uno dei votanti a condizione che questi — nel cui numero sono compresi sia coloro che hanno partecipato attivamente alla votazione, esprimendo il loro consenso o il loro dissenso, sia coloro che da essa si sono facoltativamente astenuti — siano in numero corrispondente alla metà più uno dei componenti della Commissione.

GIAN GALEAZZO STENDARDI

**CONSIDERAZIONI
SUL DIRITTO DI PROPRIETA' IMMOBILIARE PRIVATA**

SOMMARIO: I — 1. Aspetti rilevanti per l'esame di un diritto. — 2. Applicazione concreta al diritto di proprietà privata immobiliare. — 3. Aspetti del diritto sotto il profilo statico: soggetti titolari del diritto di proprietà. — 4. Distinzioni fra soggetti. — 5. Oggetto del diritto di proprietà privata. — 6. Contenuto di un diritto. — 7. Contenuto del diritto di proprietà privata immobiliare. — 8. Aspetto economico del contenuto del diritto. — 9. Aspetti rilevanti per l'esame di un diritto sotto il profilo dinamico. — 10. Acquisto del diritto. — 11. Gestione del diritto. — 12. Cessazione del diritto. — II — 1. I limiti di un diritto. — 2. Considerazioni sui limiti. — 3. Loro applicazione ai limiti del diritto di proprietà privata immobiliare. — 4. Riepilogo. — III — 1. Norme costituzionali e contenuto del diritto da esse riconosciuto. — 2. Se le limitazioni poste dal legislatore ordinario siano conformi al dettato costituzionale. — 3. La disparità di trattamento. — 4. Considerazioni conclusive.

I

1. Qualsiasi diritto — cioè qualsiasi pretesa che sia riconosciuta e tutelata sempre, comunque, verso chicchessia, dall'ordinamento giuridico — va esaminato sotto l'aspetto statico e sotto quello dinamico.

Sotto il profilo statico si prendono in considerazione i soggetti, l'oggetto, il contenuto, la forma; sotto il profilo dinamico si prendono in considerazione i «momenti» del diritto, cioè il sorgere, il modificarsi e l'estinguersi del diritto stesso. I soggetti sono considerati in base alla loro natura (soggetti pubblici o privati) ovvero in base alla loro nazionalità (nazionali o stranieri); l'oggetto è considerato secondo la sua natura o secondo il suo uso (o impiego); il contenuto è esaminato in relazione alla sua concreta estensione.

2. Questo schema può essere applicato al diritto di proprietà e, in particolare, al diritto di proprietà immobiliare privata

che non sia utilizzata per scopi agricoli o industriali; tale è l'oggetto delle presenti considerazioni.

3. Soggetti del diritto di proprietà possono essere, quindi, le persone (fisiche o giuridiche) tanto pubbliche che private. La diversa natura dei due soggetti conduce a conseguenze giuridicamente rilevanti, essendo dall'ordinamento giuridico riservata alla proprietà pubblica (mobiliare od immobiliare che sia) una posizione preferenziale o privilegiata, che scaturisce da regole particolari, attinenti tanto al momento statico (incomprimibilità del suo contenuto) quanto al suo momento dinamico (modificazioni al regime generale della trasferibilità).

Esistono, poi, limitazioni del diritto di proprietà privata (mobiliare ed immobiliare) ricollegate alla natura del soggetto, laddove, secondo l'art. 43 Cost., venga riservata a soggetti pubblici la proprietà di determinati beni in quanto appartenenti ad «imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia, o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale». Quindi sussiste già una caratterizzazione del diritto di proprietà a seconda della natura del soggetto che ne sia titolare, in quanto determinati beni sono «riservati» ad una sola categoria di soggetti; il soggetto pubblico è privilegiato rispetto a quello privato, avendo l'esclusiva di determinati beni, che possono essere anche immobili.

4. Una differente distinzione fra i soggetti può essere fatta in funzione della loro appartenenza ad un ordinamento giuridico, cioè dell'appartenenza all'ordinamento giuridico nazionale o straniero.

Tale distinzione, allo stato attuale, è vietata dall'art. 7 del Trattato istitutivo della CEE nei confronti dei soggetti appartenenti agli Stati membri della CEE stessa; è vietata nei confronti dei soggetti appartenenti ad altri Stati laddove trattati e con-

venzioni internazionali la escludano; non è esclusa, o vietata, nel caso di soggetti appartenenti a Stati esteri nei cui confronti non sussistano accordi o norme specifiche. È, quindi, giuridicamente e logicamente concepibile una disposizione che discrimini fra soggetti nazionali e soggetti esteri (non appartenenti a Stati membri della CEE) in materia di diritto di proprietà privata immobiliare o mobiliare.

Così potrebbe sussistere una limitazione collegata ai due criteri distintivi dei soggetti, combinati fra loro: esclusione dalla proprietà privata immobiliare di soggetti perché privati, e perché stranieri (o nazionali), salvo che una tale limitazione non venga ad incidere su altri e differenti diritti, sanciti costituzionalmente, o da Trattati internazionali.

5. Oggetto del diritto di proprietà privata è qualsiasi cosa, materiale od immateriale, mobile od immobile, che possa essere economicamente valutabile. Nel caso della nostra indagine, oggetto del diritto di proprietà è qualsiasi bene immobile. Ma per lo specifico oggetto del nostro esame non si può prescindere, dal criterio della «destinazione», o dal «tipo» di bene.

A questi elementi vengono ricollegate, dal nostro ordinamento, determinate conseguenze, di tipo limitativo od estensivo, che incidono su molti aspetti del diritto di proprietà, siano essi appartenenti al momento statico od a quello dinamico del diritto stesso.

Se il diritto di proprietà privata ha un regime differenziato, a seconda che oggetto di tale diritto sia un bene mobile od un immobile, nell'ambito della categoria dei beni immobili vi è una ulteriore discriminazione, fondata sul criterio dell'uso del bene immobile stesso.

Le predette differenziazioni trovano la loro base già nel testo Costituzionale laddove (art. 42) si stabiliscono regole generali per la proprietà privata, sia essa mobiliare od immobiliare, e, successivamente, si introduce una distinzione nella proprietà pri-

vata immobiliare in base al criterio dell'impiego del bene (art. 44), ricollegando ad una sepcifica destinazione della proprietà privata immobiliare (quella agricola) una serie di ulteriori limitazioni nel momento statico (contenuto) e dinamico (impiego).

6. Il contenuto di un diritto è costituito, in genere, da una «potestà» (concetto comprensivo anche del più limitato concetto di «facoltà»). Questa potestà si concreta nel potere dispositivo su di un bene, potere dispositivo che consiste nel determinare, autonomamente e liberamente, se fare; cosa fare; quando fare; nel verificare la realizzazione delle proprie decisioni; nell'intervenire per rimuovere gli eventuali ostacoli a tale realizzazione, sino a poter invocare l'intervento dell'ordinamento per conseguire lo scopo voluto, ancorché tale scopo possa essere contrastante con le aspirazioni o le aspettative o i desideri d'altri. In sintesi: decidere, e realizzare le proprie decisioni, in relazione ad un bene, è il contenuto di qualsiasi diritto di proprietà. Ogni fatto, atto, evento, o regola che incida in modo diretto od indiretto su questo potere di decisione e di azione costituisce un limite al diritto, limite che, appunto, riducendo l'area di attuazione del diritto, ne riduce, sostanzialmente, il contenuto.

Questa «incidenza» viene ritrovata costantemente in tutte le fasi della vita del diritto di proprietà.

Limitazioni a tale diritto sono poste dalla legge, o dalla volontà del proprietario, o dalla volontà altrui; si pensi all'ipoteca od alle servitù legali, o volontarie. Peraltro, anche nel caso della limitazione della proprietà, l'origine della limitazione stessa, o è nella volontà della legge, o è in modo diretto od indiretto, nella volontà del proprietario; in quest'ultimo caso, la limitazione del potere dispositivo nasce dal medesimo soggetto cui fa capo il potere dispositivo stesso.

Il potere dispositivo è il potere di decisione circa la sorte del bene. Il soggetto che può decidere se divenire proprietario o meno, in tutti i casi in cui l'acquisto della proprietà dipenda

dalla sua volontà, sia per mezzo di un'azione positiva che di un'azione negativa (rifiuto), ha anche un ulteriore potere: quello di decidere della sorte del bene. Questa sorte può essere molteplice.

Il bene può rimanere così com'è; inutilizzato e sottoposto solo alle modificazioni derivanti da cause naturali. Può essere usato, ed il suo uso può implicare o non implicare modificazioni o trasformazioni; può implicare o non implicare la distruzione del bene (e la «distruzione» è, comunque, sempre una forma di «trasformazione»); infine implica la scelta fra possibili differenti forme concrete di utilizzazione. E l'utilizzazione del bene, qualunque essa sia, comporta anche un'altra decisione: quella del «momento» della utilizzazione stessa.

Infine il potere dispositivo presenta un ulteriore aspetto: quello della fine del potere stesso. Rientra nel «momento» della disponibilità del bene la scelta fra due posizioni possibili: continuare ad avere il bene nella propria disponibilità, ovvero porre termine a questo potere, liberandosi del bene.

Anche in questo momento gli aspetti determinanti sono o quello della legge o quello della volontà del titolare, perché persino la perdita del bene per inerzia (prescrizione) è conseguenza di un atteggiamento della volontà del titolare; la destinazione del bene dopo la morte del soggetto è conseguenza della volontà del soggetto, ancorché egli muoia intestato: infatti, col rifiuto di fare testamento egli non fa altro se non accettare le regole generali esistenti per la futura destinazione del bene.

Il contenuto del diritto di proprietà è, quindi, costituito dal potere di acquisire un bene, di deciderne la sorte, del decidere modi, tempi, e forme per la realizzazione della sorte decisa, dello stabilire se e quando porre termine alla posizione di proprietario.

7. Questi criteri vanno applicati al diritto di proprietà privata immobiliare, per individuare in concreto il contenuto. Trala-

sciamo, per ora, l'esame del potere dispositivo nel momento iniziale (acquisto) e finale (perdita) del diritto di proprietà immobiliare, trattandosi di indagine che attiene al momento dinamico del diritto stesso e limitiamoci all'esame concreto del contenuto del diritto nel momento della sua esistenza. Il potere decisionale, come già visto, va preso in considerazione in momenti diversi: a) se fare; b) cosa; c) quando; d) in che modo fare.

A) Occorre innanzitutto tener presente che non è esatta la diffusa convinzione secondo cui solo con la più recente legislazione sarebbe stato tolto al proprietario di immobili il potere di decidere se «fare» o «non fare» qualcosa dei propri beni immobili. Un primo accenno di limitazioni in tal senso era già rintracciabile nell'art. 857 c.c. in relazione all'art. 865 c.c.

Si trattava dell'esecuzione coattiva dei piani di bonifica integrale. Nel caso che una proprietà immobiliare fosse ricompresa in un piano di bonifica integrale ed il suo proprietario non avesse adempiuto agli obblighi consequenziali, poteva farsi luogo all'espropriazione a favore del consorzio per la bonifica o di altro soggetto, che si assumeva l'impegno di effettuare i lavori.

Una seconda ipotesi di limitazione si poteva ritrovare nell'art. 20 L. 1150/942, secondo cui la realizzazione di un P.P. può essere coattivamente imposta anche al proprietario inerte o contrario, mediante la sua espropriazione.

Ma la più recente innovazione legislativa (art. 13 L. 10/977) si differenzia dai casi sopra enunciati per più motivi. Innanzitutto nelle disposizioni di legge precedenti l'uso del potere espropriativo nel caso di inerzia del proprietario era visto come facoltativo, da parte della P.A. e non come obbligatorio (art. 865 c.c.: «... può farsi luogo all'espropriazione parziale o totale...»); art. 20 L. 1150/942: «... il Comune potrà procedere all'espropriazione...»); mentre l'art. 13 L. 10/977 prevede che tale potere sia esercitato necessariamente dal Comune (art. 13 L. 10/977: «... il Comune espropria le aree...»).

Poi, nelle previsioni legislative precedenti non vi era un

obbligo di fare collegato al decorso del tempo, mentre l'art. 13 prevede che l'obbligo di fare debba essere adempiuto nell'arco di tempo di efficacia del P.P.A.

Consegue da ciò che il contenuto del diritto di proprietà immobiliare, consistente nel potere di decidere se utilizzare economicamente il bene immobile o mantenerlo puramente e semplicemente nello stato in cui si trovi, è stato ulteriormente ridotto con l'introduzione di un termine *ex lege* per eseguire quanto prescritto, e di un dovere, per la P.A., di procedere all'esproprio ove il proprietario non esegua quanto prescritto nel tempo stabilito.

Va, inoltre, osservato che la possibilità di decidere circa l'utilizzazione del proprio immobile da parte del proprietario aveva un'ulteriore garanzia nell'art. 865 c.c., in quanto tale possibilità veniva meno solo se la sua inerzia, o la sua mancanza di decisione, erano tali da: «... compromettere l'attuazione del piano di bonifica...», il che significava l'esistenza della possibilità di un giudizio di accertamento circa la necessità o meno dell'iniziativa del singolo proprietario.

Questa ulteriore garanzia esisteva anche nell'art. 20 L. 1150/942, che prevedeva l'ingiunzione di realizzare il P.p. diretta dal Sindaco al privato; la diffida ai proprietari inadempienti, e, soltanto dopo, l'espropriazione.

Nell'art. 13 L. 10/977 manca del tutto una simile garanzia: l'esistenza del P.P.A. implica, di necessità, l'obbligo della sua esecuzione nell'arco di tempo prefissato, pena la perdita della proprietà.

Il potere del proprietario immobiliare di decidere, quindi, se operare o mantenere la sua proprietà nello «*statu quo*» è stato ulteriormente ridotto, sino a farlo scomparire.

B) Per quanto concerne il contenuto del diritto di proprietà consistente nel potere di decidere cosa e in che modo fare, ci troviamo di fronte ad una situazione analoga alla precedente, ma dove il contenuto del diritto è ancor più ristretto. Innanzitutto-

to occorre prendere in considerazione l'art. 7 L. 1150/942 che stabiliva il contenuto dei P.R.G., e l'art. 13 della stessa legge che stabiliva il contenuto dei P.P. Già ambedue queste norme limitavano sensibilmente il contenuto del diritto di proprietà sotto l'aspetto decisorio del «cosa fare» e «come fare», perché il P.R.G. ed il P.P. avevano il potere di vietare l'esecuzione di opere in contrasto con le previsioni di Piano e di determinare gli elementi fondamentali delle scelte consentite dai Piani stessi. La suddivisione delle zone del territorio comunale (art. 7, n. 2); la scelta delle aree per edifici pubblici o di uso pubblico (art. 7 n. 4); la determinazione della massa e delle altezze delle costruzioni (art. 13), già costituivano rilevanti limitazioni al contenuto del diritto di proprietà sotto il profilo del potere di determinare «cosa fare» e «come» operare. Si trattava di vincoli di tipo negativo, cioè di vincoli che rendevano illegittima ogni determinazione contraria, essendo il vincolo di tipo positivo (obbligo di operare in un determinato modo) limitato all'ipotesi di realizzazione del P.P. Ed anche in questo caso alla previsione di perdita della proprietà per esproprio conseguente all'inerzia del singolo proprietario faceva da contraltare la possibilità di acquisire, da parte dei privati, beni immobili già pubblici che risultassero inutilizzati a seguito della realizzazione del P.P. Né può trascurarsi il fatto che il P.P. aveva una durata decennale; trascorso il decennio il P.P. perdeva ogni potere, rimanendo solo come limite negativo all'attività del proprietario per la parte riguardante prescrizioni di zona ed allineamenti (art. 17 L. 1150/942).

C) A queste limitazioni del contenuto del diritto di proprietà la L. 10/977 ne ha aggiunta una ben maggiore: i P.R.G. (ed eventualmente i P.P.) devono essere eseguiti secondo le loro prescrizioni in un arco di tempo relativamente breve ed il privato ha l'obbligo di dare esecuzione ai Piani, passando da una posizione di soggetto limitato, nella scelta, da divieti, alla posizione di soggetto costretto ad operare secondo prescrizioni.

Destinazione del bene, volumi, altezze, distanze, tipi di edifi-

ci, sono tutti elementi già determinati dai Piani, che il privato deve realizzare, ancorché non voglia o non possa, sotto pena di perdere la proprietà del bene, ed indipendentemente dal fatto che possa riceverne danno o vantaggio. E si osservi che non è prevista la possibilità, stabilita nell'art. 23 L. 1150/942, di un procedimento idoneo a compensare il pregiudizio economico che può derivare al privato dall'esecuzione coattiva del P.P., dato che la L. 10/977 prevede soltanto che il Comune espropri il proprietario inerte, divenendo lo stesso Comune proprietario dell'immobile e disponendone secondo quanto necessario per l'esecuzione della parte di Piano (Generale o Particolareggiato) prevista dal P.P.A.

Né va dimenticato che, in assenza del P.P.A., al privato non è consentito utilizzare il bene immobile secondo le proprie scelte, essendo stabilito dalla legge (art. 13 L. 10/977) che nessuna attività edificatoria sia possibile prima dell'approvazione del P.P.A.; che tale approvazione, ad opera del Comune, non trova alcun limite di tempo, né in senso negativo né in senso positivo; che, conseguentemente, è la sola P.A. che può decidere quando sia possibile disporre, in sede di utilizzazione, del bene immobile stesso.

In tal modo dal contenuto del diritto di proprietà immobiliare sono stati sottratti: a) il potere di decidere se fare o non fare; b) il potere di decidere quando fare; mentre si è completata la sottrazione del potere di decidere cosa e come fare.

E ciò non soltanto in relazione a singoli beni immobili che, per la loro natura, siano sottoposti ad un regime particolare di vigilanza e controllo (ad es.: beni sottoposti a vincoli per motivi ambientali o di carattere storico, od artistico) o perché vincolati a specifici scopi pubblici (beni ricompresi nei PEEP), ma nei confronti di tutti i beni immobili, che non siano destinati ad uso agricolo.

8. All'esame del contenuto del diritto sotto l'aspetto giuridi-

co va aggiunto l'esame del contenuto del diritto sotto il profilo economico. Un diritto ha natura patrimoniale se ha un contenuto economico, cioè se è suscettibile di dar luogo a situazioni, attive o passive, aventi non solo conseguenze, ma propria essenza economica.

Sotto questo profilo si possono prendere in considerazione due aspetti tipici della disciplina del diritto di proprietà immobiliare: a) la limitazione ex lege del reddito; b) la riduzione coattiva del patrimonio.

A) Tutta la legislazione vincolistica (dal 1936 ai giorni nostri) in materia di canoni di locazione di immobili urbani ha dato luogo, attraverso l'imposizione coattiva di limiti di rendita, non collegati al mercato, ma collegati con strumenti diversi, autoritativamente, ad un reddito non reale, ma convenzionale, sì che il contenuto economico del bene, sotto il profilo del reddito, è stato determinato non dal mercato, ma dal legislatore. A tale concetto risponde anche la più recente legislazione in materia di canoni di locazione di immobili urbani ad uso di abitazione, con cui si è determinato d'imperio il valore del capitale e la misura del suo reddito.

B) I sistemi per determinare l'indennità da corrispondere ai proprietari di beni immobili soggetti ad esproprio, dal 1962, si fondano sulla determinazione autoritativa di un valore prefissato, stabilito d'imperio, o sulla creazione di meccanismi riduttivi del valore oggettivo, operanti in ciascun caso, o sulla statuizione di criteri che diano luogo a corrispettivi convenzionali, cioè estranei al rapporto fra il bene, la sua utilità, e la sua ofelimità. Nel nostro ordinamento il sistema di determinazione dell'indennizzo è stato successivamente così fissato: il «giusto prezzo che l'immobile avrebbe avuto in una libera contrattazione di compravendita» (art. 39 L. 25.6.1865 n. 2359); la «media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio» (art. 13, III cpv., L. 15.1.1885 n. 2892); il «valore agricolo medio... corrispon-

dente al tipo di coltura in atto nell'area da espropriare» e il «valore agricolo medio della coltura più redditizia tra quelle che, nella regione agraria in cui ricade l'area da espropriare, coprono una superficie superiore al 5% . . .» moltiplicato per coefficienti (da 2 a 5) (art. 16 L. 22.10.971 n. 865); il «valore agricolo medio. . . dei terreni, considerati liberi dai contratti agrari, secondo i tipi di coltura effettivamente praticati» e «il valore agricolo medio della coltura più redditizia tra quelle che, nella regione agraria in cui ricade l'area da espropriare, coprono una superficie superiore al 5%» moltiplicato per coefficienti (da 2 a 10) (art. 14 L. 28.1.77 n. 10).

I due primi sistemi si fondavano sul principio della ricerca dei valori reali; il terzo sistema si fonda sul principio della individuazione di valori convenzionali, che sono tali perché prescindono totalmente dal rapporto fra bene e suo uso, o dal rapporto fra bene e sua ofelimità, o fra bene e sua redditività. Poiché manca così qualsiasi collegamento fra il bene ed il suo effettivo apprezzamento, l'indennità di esproprio corrisponde di necessità ad una parte soltanto — quindi ridotta — del contenuto patrimoniale del bene immobile espropriato.

È sufficiente considerare che un bene immobile può trovarsi in una zona agraria povera, o con coltura di scarso pregio, o di bassa produttività, e ciò non per tanto avere un «valore» di per sé elevato; una «ofelimità» per il suo proprietario, o per l'ente espropriante, ancor più alta; una «redditività» cospicua, per giungere alla conclusione di cui sopra: l'indennità di esproprio costituisce una rilevante riduzione dell'entità patrimoniale, e, quindi, del contenuto economico del diritto di proprietà.

9. Se, poi, si esamina il diritto di proprietà immobiliare non più nel suo momento «statico», ma in quello «dinamico», cioè del sorgere, del modificarsi e dell'estinguersi, si rilevano ulteriori fattori tipici, aventi egualmente efficacia riduttiva.

10. Nel momento dell'acquisto del diritto di proprietà va osservato, intanto, che se non vi sono soggetti ai quali sia vietato aprioristicamente divenire proprietari di determinati beni, vi sono beni di cui non è possibile divenire proprietari, essendo la titolarità del diritto di proprietà riservata ad uno o più soggetti appartenenti ad una categoria particolare; si pensi, ad es., ai beni del demanio necessario. Nei confronti di questi beni non può verificarsi alcuno dei modi di acquisto della proprietà, inquantoché la «riserva» esistente a favore dei soggetti predetti impedisce che altri possa esserne il proprietario. Vi sono i beni del demanio accidentale che possono appartenere anche a soggetti privati, ma che, se demaniali, sono sottratti alle regole generali in materia di acquisto della proprietà.

E sempre con riferimento alla qualità del bene immobile, vi sono ulteriori limitazioni: basti pensare all'art. 30 della L. 1089/939 secondo cui il proprietario di un bene sottoposto al vincolo ex art. 1 e 2 della L. 1089/939 prima di venderlo ad altri deve offrirne la prelazione allo Stato, e solo se questi non eserciti tale diritto di prelazione, potrà alienarlo a terzi. È ravvicinabile a questa situazione quella del soggetto già proprietario di un bene espropriato per l'esecuzione di un'opera di pubblica utilità, quando tale opera non venga poi compiuta. Il soggetto espropriato ha diritto alla restituzione dell'immobile, purché il Comune (art. 21 L. 865/971) non eserciti il proprio diritto di prelazione. Vi sono, poi, soggetti per i quali l'acquisizione della proprietà privata immobiliare è possibile solo a seguito di «autorizzazione» (art. 17 c.c.).

Come si vede, l'acquisto della proprietà immobiliare privata subisce limitazioni sia soggettive, cioè in relazione alla natura del soggetto che intende divenire proprietario, che oggettive, cioè in relazione ad alcuni «caratteri» dei beni stessi.

11. Una ulteriore limitazione incontra il diritto di proprietà privata immobiliare nel corso della sua esistenza, in quanto

l'ordinamento giuridico ha creato l'istituto della «trasformazione coattiva» del diritto di proprietà privata immobiliare in diritto di proprietà privata mobiliare, attraverso l'istituto dell'espropriazione. In effetti, mediante questo istituto, si ha un «trasferimento coattivo» del diritto di proprietà da un bene (immobile) ad un altro (mobile: il denaro) e contestualmente una «trasformazione coattiva» dell'oggetto del diritto. Questa limitazione è caratterizzata da tre aspetti: innanzitutto vi è la perdita coattiva di un bene specifico infungibile, che non può essere ricostituito se non in modo simile, ma mai in modo «eguale»; vi è poi, il trasferimento coattivo del diritto di un bene ad un altro; infine vi è la riduzione del contenuto economico del diritto.

Poiché non può ignorarsi che l'esproprio pone forzatamente termine al diritto di proprietà immobiliare, ancorché faccia sorgere un diritto di proprietà mobiliare; che tale estinzione forzata riduce ancor più il contenuto del diritto di proprietà; che se l'aspetto patrimoniale del diritto di proprietà non costituisce l'essenza del diritto medesimo, pure è rilevante quanto l'altro aspetto del diritto; che l'incidenza di questa riduzione sul più generale potere di autodeterminazione del soggetto stesso, cioè sulla libertà del soggetto, è rilevante, si deve concludere che il «trasferimento coattivo» della proprietà da un bene immobile ad uno mobile lede indubbiamente il potere di scelta del momento in cui porre termine a questo diritto; non lede l'esistenza del diritto di proprietà in genere, perché il proprietario rimane tale, ancorché di cosa diversa da quelle che originariamente gli apparteneva; lede il contenuto del diritto perché toglie al proprietario il potere decisorio.

Quando poi ad un bene di un dato valore ne sia sostituito un altro di valore ben diverso, si avrà una riduzione della «quantità della proprietà», cioè della quantità di beni su cui esiste il diritto di proprietà. È una limitazione di genere differente, ma è pur sempre una limitazione. E sebbene si cerchi di fare apparire come irrilevante questa limitazione (stabilendo valori convenzio-

nali, o prezzi «politici», o corrispettivi automatici, validi per tutti), pure la «riduzione» della «quantità dei beni» su cui cade la proprietà esiste proprio in sé e per sé, e si verifica facilmente sol che si controlli se il bene sostitutivo sia idoneo a far acquistare al soggetto colpito un bene eguale a quello espropriato. Eguale nei suoi elementi essenziali: misura, utilizzabilità, collocazione, idoneità all'appagamento del medesimo bisogno, già appagato dal bene perduto. Le norme sull'indennizzo da corrispondersi in caso di esproprio hanno avuto per scopo quello di ridurre quanto più possibile il contenuto patrimoniale del corrispettivo dato per il bene immobile espropriato, e ciò con due strumenti: a) l'applicazione di «fattori decrementativi» destinati a ridurre il valore del bene espropriato; b) la determinazione di un «prezzo convenzionale» del bene stesso. In tal modo si è reso possibile realizzare quello scopo di cui già si è detto: effettuare il trasferimento coattivo del diritto di proprietà da un bene immobile ad uno mobile di valore sensibilmente inferiore, riducendo così la «quantità di proprietà». Tale riduzione altro non è se non una ulteriore «espropriazione», e questa volta senza indennizzo. Perché si verificano due sottrazioni della proprietà al soggetto titolare: una è costituita dalla sottrazione del bene specifico, in sé e per sé considerato, attraverso l'esproprio immobiliare; l'altro è la sottrazione di una parte del controvalore del bene stesso, attraverso l'attribuzione, in cambio, di un bene mobile (denaro) in misura inferiore a quella corrispondente all'entità patrimoniale del bene immobile sottratto. La prima sottrazione è indennizzata; la seconda no.

Una serie di limitazioni incontra il momento dinamico del diritto di proprietà privata immobiliare, in funzione dell'impiego che in concreto si faccia o si voglia fare del singolo bene immobile.

Innanzitutto si considerino tutte le norme che vietano la «trasformazione d'uso» di un bene immobile. Una volta che questo sia stato prodotto per un particolare scopo, questo scopo deve

rimanere perseguito anche se il proprietario non abbia più ragione, o interesse, a perseguirlo. La trasformazione d'uso è possibile solo se vi sia una «autorizzazione» dei pubblici poteri a tale trasformazione (art. 9, II° c. e art. 10, III° c., L. 10/977).

Vi sono, poi, determinati beni immobili per i quali l'uso possibile è soltanto quello concesso da norme di legge o regolamentari. Quando i P.R.G. statuiscono la destinazione delle zone territoriali, i terreni siti in tali zone possono essere utilizzati soltanto per gli usi previsti e, quindi, consentiti (art. 7 n. 2 L. 1150/942).

12. Una ulteriore limitazione incontra il momento finale del diritto di proprietà: quello della sua cessazione. Al proprietario immobiliare è lasciato il potere di far estinguere il diritto per prescrizione, o di cederlo o di trasferirlo ad altri, ma anche questo potere trova almeno due ulteriori limiti particolari: quello della espropriazione per pubblica utilità, istituito mediante il quale è possibile far cessare il rapporto fra il soggetto ed il bene, privando il proprietario del bene stesso, che viene sostituito da un corrispettivo in denaro, e quello nascente dalla predeterminazione del soggetto cui il bene può essere trasfrito.

A) Già la prima limitazione appariva rilevante perché, in presenza di situazioni particolari, era possibile che i pubblici poteri procedessero a porre termine coattivamente al diritto di proprietà su di un bene immobile, sostituendo questo bene immobile con uno mobile (somma di denaro, denominata indennità di esproprio). Si trattava, in sostanza, di un trasferimento coattivo, in cui la limitazione era costituita a carico della proprietà immobiliare, non della proprietà in genere.

Questo «trasferimento coattivo», peraltro, nella legislazione precedente il 1971, si fondava sul principio che il bene sostitutivo doveva essere «comparabile» con bene sostituito, almeno sotto il profilo del valore; se non era più possibile continuare ad essere proprietario di un certo tipo di bene, era peraltro possibi-

le divenire proprietario di un bene di altro tipo, ma di egual valore o, almeno, di valore comparabile. Al sacrificio costituito dalla perdita di un bene specifico non veniva aggiunto l'ulteriore sacrificio economico, costituito dalla riduzione del patrimonio.

La nuova legislazione ha innovato anche in questo campo. La P.A. dispone del potere di stabilire «quando» si verificherà la perdita del bene non solo nel singolo caso, ma in via generale attraverso la determinazione dei P.P.A., i quali valgono per tutti i soggetti, compresa la P.A. stessa (sono eccettuati i beni dello Stato, ma non quelli di altri Enti pubblici).

Una volta approvato il P.P.A. tutti i soggetti proprietari di immobili ricompresi nei P.P.A. devono realizzarlo, ivi compresa la P.A. stessa, che non potrà rimanere inerte, ma dovrà dare esecuzione al P.P.A. per la parte di sua competenza, e, quindi, anche, all'attuazione di tutti gli espropri necessari.

È, quindi, venuto meno quell'aspetto del diritto di proprietà immobiliare consistente nel potere di decidere quando far cessar il diritto, (cioè nel potere di stabilire se continuare o meno ad essere proprietario). Ed anche se l'art. 17 in relazione all'art. 20 della L. 1150/942 aveva già introdotto il principio della possibilità, per la P. A., di determinare in via generale il momento della cessazione della proprietà immobiliare, pure si trattava di una possibilità che conosceva alternative per i privati, mentre ora l'art. 13 della L. 10/977, ricollegato all'art. 18 L. 1150/942, esclude l'esistenza di alternative.

B) D'altronde anche nel momento in cui la cessazione del diritto è lasciata alla scelta del proprietario privato, è possibile trovare ulteriori limitazioni. Ad esempio, per l'alienazione di beni sottoposti alla disciplina della L. 1089/939 è necessario che lo Stato sia posto in condizione di usare del suo diritto di prelazione; solo il mancato esercizio di tale diritto consentirà la libera alienazione del bene da parte del privato al soggetto prescelto.

II

1. L'esame sino ad ora compiuto, della situazione del diritto di proprietà privata immobiliare è stato contenuto nell'ambito della proprietà privata immobiliare non destinata all'attività agricola o all'attività industriale, sì che oggetto della ricerca è stato il diritto di proprietà privata immobiliare caratterizzato dalla «destinazione» del bene immobile, destinazione individuata per esclusione. Pure, in un ambito così ristretto, abbiamo individuato una serie di limiti, posti in relazione al momento statico ed al momento dinamico del diritto; in relazione ai soggetti, all'oggetto, al contenuto, ed all'esercizio del diritto stesso. Questo fatto induce a svolgere alcune considerazioni generali sui «limiti» di un diritto in genere, e, successivamente, sui limiti del diritto di proprietà immobiliare privata.

2. Nessun diritto è senza limiti, il che significa che nessun contenuto di un diritto giunge ai propri confini naturali e logici. La necessità di ciò era stata scoperta da coloro che avevano rilevato come per la coesistenza dei soggetti fosse necessario che il limite del diritto di un soggetto fosse costituito dall'esistenza di identico diritto altrui. Questa proposizione ha mantenuto inalterata la sua verità anche quando al diritto di un altro soggetto si sono aggiunti i diritti della «collettività» unitariamente intesa, cioè i diritti della collettività nell'ambito della quale il singolo si trovava a vivere e ad agire e che, con la sua presenza e la sua opera, consente al singolo di raggiungere risultati altrimenti non conseguibili, fra cui, appunto, quello di una protezione del proprio diritto contro la pretesa illegittima altrui. I limiti, quindi, valgono a consentire a tutti l'esercizio di eguali diritti, ed alla collettività (che è una species del genere «altri») l'esercizio dei propri, nell'interesse di tutti.

Ma un limite postula, logicamente, che vi sia qualcosa da limitare; da ciò la logica ineluttabile conseguenza che nessun

limite può esser ristretto tanto da superare il momento in cui l'entità limitata cessa di esistere.

Vi sarà, quindi, in ogni caso il problema del «limite dei limiti», cioè il problema di stabilire in quale momento questi limiti si saranno talmente ridotti da far scomparire il contenuto del diritto, sì che questo avrà mantenuto solo il nome, rimanendo privo di effettiva sostanza.

La limitazione di un diritto a particolare soggetti o categorie di soggetti, non può considerarsi, di per sé, idonea a consentire l'affermazione della scomparsa di un diritto. Né la limitazione di un diritto a particolari categorie di beni può egualmente valere per affermare la scomparsa del diritto stesso.

Nemmeno la riduzione od eliminazione dello stimolo psicologico a divenire titolare di un diritto (eliminazione che avviene quando sia distrutto «l'interesse» a divenire titolare del diritto) vale a far negare la sussistenza del diritto stesso.

Vi sono, invece, limiti che incidono in modo essenziale sull'esistenza di un diritto quando:

- a) il suo venir meno possa essere stabilito da altri, indipendentemente dalla volontà del titolare;
- b) il suo trasferimento da un soggetto ad un altro possa avvenire contro la volontà del titolare;
- c) il suo esercizio sia condizionato dalla volontà altrui;
- d) l'oggetto del diritto possa esser mutato contro la volontà del titolare.

Per valutare correttamente questo schema, si pensi di applicarlo, per esempio, al diritto di libertà personale: il soggetto può essere privato della sua libertà ad opera di altri; la libertà personale può essere coattivamente trasformata in un altro bene; le manifestazioni concrete della libertà personale sono solo quelle che sono consentite secondo scelte discrezionali fatti da altri. Si tratta, in sostanza, di limitazioni essenziali, tali da far considera-

re estinto un diritto (anche se, formalmente, rimane previsto), quando il potere dispositivo, nascente dal diritto stesso, è trasferito dal soggetto titolare del diritto ad un altro soggetto che non ne è il titolare.

Ogni qualvolta, quindi, si sia in presenza di una situazione giuridica che riduca il potere dispositivo del titolare del diritto alla mera esecuzione della volontà altrui, si potrà dire che sono stati superati quei «limiti» oltre i quali il diritto più non esiste.

3. Applichiamo questo schema al diritto di proprietà privata immobiliare non destinata ad usi agricoli o industriali. Come già abbiamo visto, la proprietà si acquisisce in modo originario o derivato, e questo ultimo modo è per atto fra vivi o mortis causa. Il soggetto privato ha sempre il potere di «non acquisire», astenendosi dal compiere atti idonei ad assumere la qualità di proprietario o rifiutando l'eredità. L'esistenza del diritto di proprietà privata immobiliare è caratterizzata da particolari limitazioni quanto al suo costituirsi, al modificarsi, all'estinguersi; in queste tre fasi il contenuto del diritto di proprietà è costituito dal potere di decisione sulla sorte del bene oggetto del diritto: se, come, quando impiegarlo.

L'introduzione della teoria secondo cui la proprietà deve servire per uno scopo di interesse generale ha implicato, di necessità, la riduzione del potere decisorio del proprietario in queste ultime fasi. Se la proprietà trova la sua «giustificazione» nel fatto che da essa ne debbano derivare conseguenze socialmente utili, ne deriverà che la scelta fra il conservare puro e semplice e il conservare attraverso l'utilizzazione sarà o limitata, o, addirittura, esclusa. Ma, una volta compiuta la scelta fra la conservazione pura e semplice e la conservazione mediante la utilizzazione, le limitazioni non cessano, bensì aumentano.

È stato soppresso, innanzitutto, nel proprietario, il potere di scelta fra le varie possibilità di utilizzazione, essendogli consentito di scegliere solo fra le diverse forme esistenti nell'ambito di

una sola possibilità, dato che la scelta fra le diverse possibilità, non è fatta dal proprietario, ma dall'ordinamento giuridico.

Abbiamo visto che il proprietario di beni immobili non destinati all'agricoltura non ha più il potere di decidere se conservare puramente e semplicemente il proprio immobile così come si trova, o se trasformarlo, e tale mancanza di potere ha una estensione temporale; inoltre ha un contenuto negativo ed uno positivo: vieta al proprietario di operare se non secondo il piano, e gli vieta di non operare quando il piano glielo imponga.

Contestualmente il proprietario non può più decidere in che modo trasformare il bene perché si imbatte in un vincolo negativo, quando certe trasformazioni siano vietate (limite di P.R.G.; divieto di trasformazione d'uso: art. 9, II° c. e art. 10, III° c, L. 10/977) o ad esse sono connesse conseguenze di ordine afflittivo; contemporaneamente si imbatte in un limite di tipo positivo: obbligo di modificare la realtà preesistente secondo le prescrizioni del Piano, nel termine posto dal Piano stesso.

L'ambito del diritto di proprietà immobiliare, è, quindi, ristretto fino a far scomparire quell'aspetto tipico del suo contenuto costituito dal potere di decidere se operare o meno, e come, quando operare, e cosa fare. In sostanza il contenuto del diritto di proprietà, inteso come potere dispositivo, è integralmente scomparso per la proprietà immobiliare.

L'Amministrazione, mediante i P.R.G., i P.P., i P.I.P., i P.E.E.P., e i P.P.A. stabilisce come possa essere impiegato e come non debba essere impiegato un certo bene immobile non destinato all'agricoltura; stabilisce quando debba essere impiegato; i limiti di tempo entro i quali tale impiego debba o possa avvenire. La legge prevede sanzioni contro coloro che non impiegano il bene secondo le prescrizioni dell'Amministrazione; contro coloro che lo impiegano al di fuori del tempo stabilito o non lo impiegano nel tempo stabilito; contro coloro che lo impiegano in modo difforme. Le sanzioni sono di tipo amministrativo o vere e proprie sanzioni penali (pene pecuniarie o detentive), ma

a loro si aggiunge una sanzione tipica, quella della perdita del bene mediante esproprio (art. 13 L. 10/977) o confisca (art. 15 L. 10/977). Già abbiamo sottolineato come l'esproprio non sia soltanto una trasformazione coattiva della proprietà da un tipo (immobiliare) ad un altro (mobiliare). Tutte le considerazioni circa i sistemi per determinare l'indennità di esproprio, e circa il reale contenuto di questo atto di imperio, valgono a confermare la sovraesposta interpretazione.

Come già detto, l'espropriazione impone due distinti sacrifici al proprietario immobiliare: a) la perdita di un bene infungibile e, quindi, irripetibile; b) la diminuzione dell'entità del suo patrimonio. In tal modo l'istituto dell'esproprio consegue realmente quei fini punitivi, afflittivi, per cui è applicato a carico e danno di chi non impieghi la proprietà immobiliare nei modi, tempi e forme stabiliti dai pubblici poteri. Infine, nel momento della estinzione del diritto di proprietà immobiliare non agricola, intervengono ulteriori limitazioni. Fermo restando il potere dell'Amministrazione di far estinguere (o di coattivamente convertire) tale diritto mediante il procedimento espropriativo, altre limitazioni sono poste dalla legge nel momento del trasferimento del bene, limitazioni collegate alla natura del bene.

Un esempio di tale limitazione si ha per i beni immobili non agricoli vincolati ai sensi della L. 1089/939, il cui trasferimento è possibile solo previa offerta della prelazione allo Stato. In quest'ultimo caso vi è una limitazione a favore di un soggetto qualificato dalla propria natura pubblica.

4. Possiamo riassumere la situazione del diritto di proprietà immobiliare tanto in relazione al suo aspetto statico che in relazione al suo aspetto dinamico.

a) I soggetti privati non trovano ostacoli particolari a divenire titolari del diritto di proprietà immobiliare non agricola se non in relazione a certi beni la cui proprietà è loro esclusa a cagione della natura dei beni stessi; i soggetti pubblici sono,

invece, in questa fase, favoriti, essendo state loro riservate particolari categorie di beni.

L'oggetto del diritto trova le sue limitazioni nell'esclusione di alcuni beni immobili non agricoli dalla possibilità di divenire oggetto del diritto di proprietà privata, in quanto o posti dalla legge fuori dell'ambito dei beni che possono essere di proprietà privata, ovvero assegnati in modo definitivo ai soggetti pubblici (pur essendo stati in precedenza di proprietà privata) e così tolti dalla circolazione. L'estensione di questo fenomeno ha una notevole incidenza sulla sopravvivenza in via di fatto del diritto di proprietà privata immobiliare non agricola.

Il contenuto del diritto, costituito dal potere dispositivo, è stato soppresso nel momento in cui al proprietario sono stati tolti i poteri decisionali circa l'impiego del bene e i tempi, e i modi di tale impiego.

b) Il sorgere del diritto di proprietà immobiliare non agricolo non è sottoposto a particolari limitazioni, ove si escludano quelle derivanti dal fatto della sempre più ampia sottrazione di beni immobili alla possibilità di divenire di proprietà dei privati.

c) Le modificazioni del diritto di proprietà privata immobiliare, connesse con l'esercizio del diritto stesso da parte del titolare privato, sono escluse ogni qualvolta i modi di tale esercizio siano stati sottratti al privato ed attribuiti ai pubblici poteri.

L'estinguersi del diritto di proprietà privata immobiliare può avvenire nei tempi e modi stabiliti dai pubblici poteri.

III

1. In un ordinamento giuridico come il nostro, tutto rapportato alla «legge fondamentale», cioè alla Costituzione, l'esame del regime, cui un diritto è stato sottoposto dall'ordinamento giuridico, richiede, di necessità, un confronto fra tale regime e

le regole costituzionali per rilevarne l'aderenza o la divergenza rispetto alle regole stesse.

Si dovrà, innanzitutto, accertare se nella «norma base» sia prevista la sussistenza del diritto di proprietà privata; se sia prevista per tale diritto una disciplina particolare e differenziata in relazione alla natura dei beni oggetto del diritto medesimo, ovvero in relazione all'uso che dei beni stessi può venire fatto.

Questa indagine consente quindi di rilevare come di proprietà privata, senza distinzione fra gli oggetti della stessa, si tratti negli artt. 42, 43, 44 e 47 Cost. e come siano previste regole differenziate in funzione dell'impiego dei beni di proprietà privata.

Infatti, dopo l'affermazione del principio secondo cui i beni (mobili ed immobili) possono appartenere anche ai privati, si pongono i principi generali in materia di proprietà privata (mobiliare od immobiliare) e di limiti posti alla stessa in relazione al fatto della sua pura e semplice esistenza; si pongono, poi, i principi limitativi della proprietà privata mobiliare od immobiliare in relazione all'uso della stessa (imprese aventi per oggetto attività qualificate; proprietà immobiliare destinata ad uso agricolo).

Il quadro costituzionale del diritto di proprietà privata, è, quindi, in sintesi il seguente: gli artt. 42, I° c. e 47, II° c., garantiscono l'esistenza nel nostro ordinamento, del diritto di proprietà privata. Tale diritto ha dei limiti generali (art. 42, II, III, IV c.) fra cui è ricompresa la «funzione sociale» della proprietà stessa; e dei limiti speciali, nascenti dall'impiego dei beni. Se tali beni sono impiegati in attività produttive esercitate da imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, o a fonti di energia, o si trovino in situazione di monopolio, abbiano carattere di preminente interesse generale, e l'utilità generale lo imponga, tali beni possono essere coattivamente acquisiti alla collettività. Se, poi, si tratti di beni immobili, e questi siano destinati all'uso agricolo (e, quindi, ad uso produttivo), il diritto di proprietà subirà limitazioni in quanto queste limitazioni servano

a razionalizzare l'utilizzazione produttiva specifica (quella agricola) ed a stabilire «equi rapporti sociali».

Quindi le discriminazioni limitative sono previste in funzione: a) dell'impiego dei beni; b) della tutela dei diritti fondamentali della persona umana (funzione sociale); non in funzione della pura e semplice natura (mobiliare od immobiliare) dei beni svincolati dal loro impiego.

Non sembra essere esatta la tesi secondo cui l'art. 42 Cost. conterrebbe solo l'affermazione dell'esistenza del diritto di proprietà privata, rinviandone la disciplina al legislatore ordinario, il quale non incontrerebbe limiti costituzionali nella disciplina stessa, sino a poter far scomparire il diritto (previsto come possibile, ma non tutelato come insopprimibile) perché: a) il I° c. dell'art. 42 ne prevede (e, quindi, rende legittima) l'esistenza; b) il II° c. dell'art. 47 ne afferma la necessità della sopravvivenza (non è, infatti, possibile, assicurare l'accesso ad un diritto, se tale diritto viene soppresso); c) le limitazioni previste sono solo quelle in funzione dell'accessibilità al diritto (e, quindi, la sopravvivenza dello stesso è necessaria: art. 42, II° c.), dell'utilità generale, della tutela della personalità umana (equi rapporti sociali); l'art. 42, III° c. stabilisce il principio dell'indennizzo. Due implicazioni discendono da questi rilievi: a) che il legislatore ordinario, ancorché abbia il potere di disciplinare il diritto di proprietà privata nel momento dell'acquisto e in quello di godimento, ponendovi limiti, non può restringere tali limiti fino a far scomparire il diritto stesso; b) le discriminazioni, e, quindi, le difformità di trattamento del diritto in funzione della natura del suo soggetto (mobiliare od immobiliare) non possono superare i limiti posti dal criterio costituito da uno specifico impiego del bene.

Ed anche se si vuol ritenere che l'art. 42 Cost. non contenga un'affermazione della tutela del diritto di proprietà privata a livello costituzionale, limitandosi ad affermarne l'esistenza e rinviando alla volontà del legislatore la concreta disciplina, e, quin-

di, anche il contenuto del diritto medesimo, sarebbe egualmente inevitabile constatare che la norma costituzionale:

a) riconosce l'esistenza dell'istituto della proprietà privata, sia direttamente che indirettamente attraverso il principio dell'indennizzo;

b) pone quale limite al legislatore ordinario la sopravvivenza del diritto.

Di fronte a questi principi costituzionalmente affermati, comunque si vogliano valutare le norme in materia di proprietà privata immobiliare non agricola, occorre prendere atto del fatto che:

a) esistono limitazioni giuridiche all'insorgere del diritto di proprietà privata immobiliare non agricola in relazione ai soggetti ed in relazione a particolari categorie di beni. Vi sono, poi, limitazioni di fatto, derivanti dalle disposizioni incidenti sul contenuto economico del diritto;

b) nel momento dispositivo del diritto in questione, sono stati tolti al proprietario il potere di decidere se mantenere com'è o trasformare il bene immobile di sua proprietà; come trasformarlo; quando trasformarlo. Inoltre si è aggiunta, a carico del proprietario, la possibilità che il potere di scelta divenga un obbligo di esecuzione nei tempi e modi stabiliti dalla P.A. La mancata esecuzione di tale obbligo viene punita con una duplice sanzione: la perdita del bene immobile, e la diminuzione patrimoniale che deriva da tale perdita.

Vi sono, poi, limitazioni di fatto derivanti dalle disposizioni incidenti sul contenuto patrimoniale del diritto; sia per quanto riguarda il reddito (canone di locazione); sia per quanto riguarda il capitale (misura dell'indennità di esproprio); sia per quanto riguarda i soggetti con cui stipulare i contratti (diritti di precedenza per determinati soggetti):

c) esistono limitazioni anche nel momento della estinzione

del diritto di proprietà privata immobiliare non agricola in quanto il legislatore ha creato categorie di soggetti che hanno la prelazione; nel caso di alienazione del bene non solo lo Stato, nel caso di alienazione di beni vincolati ex L. 1089/939, ma anche determinati conduttori (art. 40 e 69 L. 392/978) hanno questo diritto di prelazione.

Quindi la situazione può riassumersi in questi termini: il legislatore ha ristretto così i limiti della proprietà, che questa non ha più contenuto, in quanto il potere dispositivo, che del diritto costituisce il contenuto, è scomparso. Nessun potere di scelta, né in ordine all'azione, né in ordine all'uso concreto; né in ordine ai soggetti con cui stipulare negozi giuridici dispositivi; scelte obbligate (dove l'obbligo è accompagnato da sanzioni) per quanto attiene all'uso, alla disposizione, al contenuto personale e patrimoniale degli atti di disposizione.

Resta ora da esaminare se queste limitazioni, che hanno condotto all'eliminazione del contenuto del diritto, corrispondano o superino le prescrizioni costituzionali in materia di limiti della proprietà privata immobiliare non agricola.

2. I limiti posti costituzionalmente al diritto di proprietà privata si possono raggruppare in due categorie: a) quelli posti in relazione al fatto della proprietà; b) quelli posti in relazione al fatto dell'impiego economico di beni di cui si ha la proprietà.

Rientrano nella prima categoria i limiti posti per «assicurare la funzione sociale» della proprietà, e quelli posti per rendere la proprietà «accessibile a tutti». Rientrano nella seconda categoria i limiti posti dalla «utilità generale»; del «preminente interesse generale»; dell'esistenza di situazioni di «servizi pubblici essenziali»; di «fonti di energia» o di «monopolio»; dalla necessità di conseguire il «razionale sfruttamento del suolo» e gli «equi rapporti sociali». Queste due categorie di limiti costituzionali non fanno distinzione fra beni mobili ed immobili, ma ne

fanno fra beni immobili impiegati per l'agricoltura e beni immobili impiegati per altri scopi.

Non possono, quindi, esistere altri limiti, né distinzioni fra beni e beni, che siano costituzionalmente giustificati. Sorge, quindi, spontanea la domanda se le limitazioni poste dal legislatore ordinario al diritto di proprietà privata immobiliare non adibita ad uso agricolo siano conformi, o travalichino, quei limiti dati dalla «funzione sociale», dalla «accessibilità a tutti».

La «funzione sociale» del diritto di proprietà può ravvisarsi laddove tale diritto, con due aspetti, uno negativo ed uno positivo, valga a far emergere la «personalità» dell'individuo, conferendo a ciascuno «pari dignità». L'aspetto negativo è realizzato quando il diritto ed il suo esercizio non negano la libertà, la dignità, l'eguaglianza giuridica dell'uomo; l'aspetto positivo è realizzato quando la titolarità del diritto dà a ciascun soggetto una condizione di eguaglianza sostanziale, di potere della personalità, di dignità umana. In altri termini, la funzione sociale della proprietà consiste nel dare a ciascun soggetto una posizione libera e dignitosa, senza divenire strumento del vantaggio del singolo col danno della rimanente collettività. L'accessibilità della proprietà per tutti si ha quando sussistano i presupposti giuridici e materiali perché ognuno possa conseguire la proprietà di un qualsiasi bene, e tale proprietà sia effettiva e non soltanto apparente o nominale.

Il legislatore, che svuoti totalmente del suo contenuto giuridico ed economico il diritto di proprietà privata (immobiliare) e che ne riduca istituzionalmente il contenuto economico, tanto nel momento in cui coattivamente da proprietà privata immobiliare diviene proprietà privata mobiliare, quanto nel momento del suo impiego, non si limita a disciplinare modi di acquisto, di godimento, o limiti, ma restringe tali limiti sino a far venir meno in concreto almeno la proprietà privata immobiliare, con ciò rendendo impossibile il «renderla accessibile a tutti», perché ciò che più non esiste, non è nemmeno accessibile.

Abbiamo visto come il complesso delle norme che disciplinano la proprietà privata immobiliare abbia totalmente fatto scomparire il contenuto del diritto stesso di proprietà, consistente nel «potere dispositivo», che più non esiste, essendo tolto al proprietario immobiliare (non agricolo) il potere di decidere se mantenere o trasformare il bene di sua proprietà, come trasformarlo; quando trasformarlo; nel momento in cui tutte le predette scelte sono rese necessarie in base ad una disposizione di pubblici poteri, disposizione la cui violazione è punita con la perdita coattiva del bene immobile, ed il trasferimento coattivo del diritto di proprietà dal predetto bene immobile ad un altro bene mobile, di contenuto economico necessariamente ridotto rispetto a quello del bene perduto. Le due sanzioni (perdita del bene specifico, e diminuzione patrimoniale) sono gli strumenti di coazione mediante i quali il proprietario viene costretto ad operare solo se, quando, e come, i pubblici poteri stabiliscono, escludendo totalmente la sussistenza di un suo potere dispositivo sul bene, e, quindi, il contenuto concreto del suo diritto di proprietà.

Né si può ritenere sussistente questo potere dispositivo nel momento della scelta della destinazione del bene, in quanto la scelta originaria è vincolata dall'atto dei pubblici poteri ed ogni mutamento di scelta successivo (mutamento di destinazione) od è vietato, od è accompagnato da conseguenze di tipo sanzionatorio (pagamento di somme; perdita di benefici).

Né sussiste il potere dispositivo nel momento della scelta dello strumento giuridico con cui utilizzare il bene, essendo il regime giuridico di utilizzazione disciplinato in modo tale da escludere una scelta del proprietario contraente; (blocco dei contratti; diritti di precedenza per determinate categorie) di acquirenti e da escludere la determinazione del corrispettivo da percepire (blocco di canoni od equo canone, nel rapporto di locazione).

In questa situazione l'art. 42 Cost. appare integralmente violato perché: a) il contenuto del diritto di proprietà immobiliare è scomparso quanto al potere dispositivo del bene sotto ogni

aspetto; b) è stato reso impossibile l'accesso di tutti ad un diritto, nel momento in cui tale diritto è stato integralmente svuotato del suo contenuto.

Anche se l'accesso è giuridicamente possibile, si tratta di un accesso a qualcosa che non ha contenuto se non nella fase dell'acquisto o della perdita, mancando in ogni altra fase qualsiasi potere dispositivo sotto ogni profilo. E la «possibilità giuridica», di per sé, priva di un oggetto concretamente ed effettivamente realizzabile, è una «possibilità» non corrispondente al concetto costituzionale di «possibilità».

3. Va, ora, preso in considerazione un altro aspetto: quello della «disparità di trattamento» fra la proprietà mobiliare, quella immobiliare, in genere, e quella immobiliare per usi agricoli.

La distinzione fra le due specie di proprietà immobiliare è già fatta dalla Costituzione, che considera (art. 44) la proprietà immobiliare agricola qualcosa di diverso dalla rimanente proprietà, immobiliare o mobiliare. Ma proprio qui si scorge una delle tante deformazioni storiche del costituente che ha ritenuto la proprietà privata doversi dividere fra «proprietà privata immobiliare agricola» e «proprietà privata mobiliare ed immobiliare in genere», convinto, per ragioni storiche, della prevalenza del problema agricolo, mentre la vera distinzione logica era fra beni mobili e beni immobili, indipendentemente dall'impiego in concreto degli uni e degli altri.

Peraltro questa considerazione non ci aiuta nella risposta alla domanda fondamentale che è quella sulla legittimità di questa discriminazione.

Come già detto nei confronti della proprietà immobiliare agricola i limiti costituzionalmente posti sono costituiti da: a) il razionale sfruttamento del suolo; b) lo stabilimento di rapporti sociali che siano equi. Per conseguire tali risultati è dato alla legge il potere di: a) imporre obblighi e vincoli di qualsiasi genere; b) fissare i limiti alla sua estensione; c) imporre la

bonifica della terra, la trasformazione del latifondo e la ricostruzione delle unità produttive.

Nei confronti della rimanente proprietà privata (mobiliare od immobiliare) i limiti vanno distinti a seconda che si tratti della pura e semplice proprietà dei beni, ovvero della proprietà come strumento per l'esercizio di una attività economicamente produttiva. Nel primo caso i limiti sono dati: a) dalla funzione sociale; b) dalla accessibilità alla stessa da parte di chicchessia; c) dall'interesse generale. Nel secondo caso i limiti sono dati: a) dall'utilità generale e dal preminente interesse generale; b) dall'utilità sociale; c) dalla tutela della sicurezza, libertà e dignità umana.

Dal confronto di queste disposizioni risulta che la proprietà immobiliare agricola trova una serie di fattori di limitazione più ampia di quella dei motivi della limitazione della proprietà immobiliare pura e semplice e di quella mobiliare.

Infatti la proprietà agricola ha limiti in relazione all'attività produttiva (utilità sociale, tutela della libertà, sicurezza e dignità umana; conseguimento di fini sociali; razionalità della sua utilizzazione, utilità e interesse generale).

La rimanente proprietà immobiliare, se considerata come mezzo di produzione, incontra come limite l'utilità sociale, i fini sociali, la tutela della sicurezza, libertà e dignità umana, l'utilità e l'interesse generale; se considerata in sé e per sé, incontra come limiti solo la funzione sociale, e l'interesse generale.

La proprietà mobiliare, sia se considerata come mezzo di produzione che come proprietà in sé e per sé, incontra gli stessi limiti che sono posti alla proprietà immobiliare pura e semplice.

Ma il quadro costituzionale prende in considerazione il «diritto di proprietà privata»; ed in questo quadro non è contenuta alcuna discriminazione fra proprietà mobiliare e proprietà immobiliare. La discriminazione costituzionale riguardante la proprietà immobiliare privata è quella attinente ad un particolare tipo della proprietà immobiliare: quello del suolo destinato all'attivi-

tà agricola. Ogni discriminazione fra proprietà privata mobiliare ed immobiliare, che non sia ricollegata all'uso agricolo del suolo, non è prevista dalla normativa costituzionale.

Prendono rilevanza, qui, le considerazioni già fatte in materia di misura della indennità di esproprio. La sua misura, ridotta rispetto al valore del bene espropriato, esplica due conseguenze in due direzioni diverse: a) una differenza di trattamento fra proprietà immobiliare e proprietà mobiliare; b) un totale svuotamento del contenuto economico della proprietà immobiliare.

La normativa costituzionale, come abbiamo visto, non prevede nessuna discriminazione differenziatrice fra proprietà mobiliare e proprietà immobiliare in sede di esproprio. Quest'ultima è presa in considerazione da una specifica norma costituzionale solo in una sua sottospecie particolare: quella della proprietà immobiliare agricola. Ma, al di fuori di questa sottospecie (la proprietà immobiliare agricola) la proprietà immobiliare in genere non trova nella normativa costituzionale alcuna differenziazione rispetto a quella mobiliare.

Pure l'indennità di esproprio, fissata in modo da non corrispondere al valore del bene immobile, ma da essere al di sotto di tale valore, dà luogo ad una discriminazione, nell'ambito della proprietà privata, in funzione di un carattere del bene oggetto del diritto di proprietà. È tale discriminazione fondata su considerazioni logiche? È agevole rispondere che né l'interesse generale, né razionalità dello sfruttamento del suolo, né l'equità di rapporti sociali giustificano un tale trattamento discriminatorio in senso negativo.

4. Sorge spontanea, a questo punto, una domanda. Se i limiti alla proprietà posti dalla Costituzione sono quelli or ora individuati, sono costituzionalmente legittime le norme che:

a) creano ulteriori limiti svuotando la proprietà privata immobiliare del suo contenuto, mentre tale «svuotamento» non avviene per la proprietà mobiliare? Sono costituzionalmente legitti-

me le norme che svuotano del suo contenuto economico la proprietà immobiliare, indipendentemente dal fatto che sia considerata in sé e per sé o come strumento di produzione, mentre tale svuotamento economico non avviene per la proprietà mobiliare?

Le limitazioni poste alla proprietà di beni, considerati come strumenti per la produzione, nascono da considerazioni di utilità generale e sono giustificate dal fatto che si tratti di attività attinenti a servizi pubblici essenziali, a fonti di energia, od in situazioni di monopolio, e siano di preminente interesse generale. Non vi è alcun riferimento né ai «rapporti sociali» equi; né alla funzione sociale, né all'utilità sociale. Le limitazioni alla proprietà in sé e per sé (mobiliare ed immobiliare) sono giustificate anche da queste ultime ragioni. In ogni caso non sussiste alcuna norma che consenta di rendere privo di concreto contenuto il diritto di proprietà immobiliare, né che consenta di privarlo del suo contenuto economico. La sola differenza fatta dalla Costituzione è quella costituita dal contenuto dell'art. 44 Cost.

Si dovrebbe giungere quindi alla seguente conclusione: la disparità di trattamento fra proprietà privata mobiliare ed immobiliare è legittima per quanto attiene alla proprietà immobiliare destinata all'attività agricola, perché prevista dalla Costituzione; non è legittima per quanto attiene alla rimanente proprietà immobiliare, perché non prevista da alcuna norma costituzionale. Le limitazioni poste alla proprietà immobiliare non agricola sono le stesse che sono poste alla proprietà mobiliare; la legge non può introdurre per la prima limitazioni più gravi di quelle che sussistano per la seconda, e l'art. 42, 1° c., nel prevedere che la proprietà sia resa accessibile a tutti, non fa distinzione fra proprietà immobiliare e proprietà mobiliare.

Questa disparità di trattamento può essere giustificata solo in forza dei principi costituzionali limitativi del diritto di proprietà; cioè solo in quanto tali principi si trovano ad essere violati dal fatto della proprietà immobiliare, mentre non lo siano dal fatto della proprietà mobiliare. Peraltro la «sicurezza, libertà e

dignità umana» possono essere danneggiate tanto dalla proprietà mobiliare quanto da quella immobiliare. L'indirizzo ed il coordinamento a fini sociali possono esser necessari tanto di fronte all'attività produttiva che si avvale di beni immobili quanto a quella che si avvale di beni mobili. La «funzione sociale» e la «accessibilità a tutti» sono due caratteri che si presentano non tipici della proprietà mobiliare e di quella immobiliare, ma necessari e conseguibili da ambedue i tipi di proprietà. L'utilità generale e l'interesse generale possono essere scopi da conseguire nei confronti tanto della proprietà immobiliare quanto della proprietà mobiliare.

In sostanza nessuno degli scopi di interesse generale da conseguire, o dai caratteri negativi da perseguire, sono perseguibili o tipici della sola proprietà immobiliare, sì che nemmeno sotto questo punto di vista una discriminazione appare giustificata, e la disparità di trattamento può trovare una giustificazione «costituzionale».

Se poniamo, invece, a confronto la disciplina della proprietà immobiliare attualmente realizzata nel nostro ordinamento giuridico con gli elementi essenziali già indicati constatiamo:

a) Il contenuto del diritto di proprietà immobiliare è scomparso, perché i suoi limiti si sono ristretti in modo tale da escluderne l'esistenza.

b) L'acquisizione della proprietà immobiliare è rimasta possibile giuridicamente e di fatto; il suo godimento è stato negato tanto giuridicamente che sotto il profilo economico, essendo questa limitata nel suo reddito in forza della «convenzionalità» (e non realtà) del reddito stesso.

c) La perdita della proprietà immobiliare può avvenire in qualsiasi momento per ragioni di pubblica utilità, ed in tal caso dà luogo ad una sensibilissima riduzione del suo contenuto patrimoniale.

d) Nell'ambito del diritto di proprietà vi è una discrimina-

zione relevantissima e non giustificata a danno della proprietà immobiliare pura e semplice, nedi confronti di quella mobiliare.

Pertanto si può affermare che il complesso della legislazione vigente, avendo ristretto i limiti della proprietà immobiliare in maniera tale da farla scomparire, eliminandone totalmente il contenuto sia sotto il profilo giuridico che economico, ha superato così anche quella linea di confine posta al legislatore ordinario dalla necessità di far sopravvivere il diritto di proprietà almeno in una misura tale da rendere possibile a tutti il conseguimento di un diritto sussistente di fatto, invece che soltanto di nome; che, infine, ha introdotto una discriminazione fra proprietà privata mobiliare e proprietà privata immobiliare non giustificata sul piano costituzionale.

RICCARDO TANTURRI

**GIUSEPPE SANTONASTASO
E LA RELIGIONE DELLA LIBERTÀ**

SOMMARIO: 1. Il socialismo francese. — 2. Le dottrine politiche da Lutero a Suarez. — 3. Machiavelli. — 4. Il neo-liberalismo di Mazzini. — 5. Pensiero politico e azione sociale I. — 6. Pensiero politico e azione sociale II. — 7. Edgar Quinet e la religione della libertà.

1. Giuseppe Santonastaso è stato fra i primi cultori di Storia delle dottrine politiche in Italia. Nato nel 1903 si laurea a Napoli nel 1927. Legato ad Adolfo Amodeo e Luigi Russo nel 1932 pubblica il suo primo saggio: «Sorel» (Laterza, Bari, 1932) dopo alcuni lavori editi su «Aretusa», il «Leonardo», la «Nuova Italia».

Appartenente a quella che è stata definita la seconda generazione degli studiosi di Storia delle dottrine politiche, Santonastaso ha dedicato tutta la sua gioventù allo studio del pensiero politico francese dell'ottocento. Frutto di questo lavoro, oltre il già menzionato «Sorel», «P. J. Proudhon», anch'esso edito da Laterza, «Il socialismo francese» (Sansoni, Firenze, 1954) ed i due scritti «L'economia sociale di Sismondi» (Giuffré, Milano, 1936) e «Il pensiero politico di Egidio Romano». Santonastaso è fra i primi in Italia ad analizzare il pensiero dell'autore di «Riflessioni sulla violenza», dedicando un attento esame alla problematica soreliana, alle contraddizioni emergenti dalle sue opere. Guardando prima d'ogni altra cosa all'influenza del pensiero di Sorel sulla cultura contemporanea, si sofferma sull'antintellettualismo, quindi passa all'analisi delle opere maggiori «Le proces de Socrate» e «Les illusion du progres». Acuto resta ancor oggi il capitolo sulla concezione soreliana del sindacalismo, dal quale emergono sia la critica del marxismo, che il pensiero in materia di economia politica e politica economica. I capitoli successivi sono dedicati alle utopie intellettuali, alla rivoluzione dei

produttori, alle idee soreliane sull'arte, ai rapporti con il cristianesimo, al tormento religioso e morale. Il volume si conclude con un capitolo dedicato ai rapporti tra Croce e Sorel ed un capitolo dedicato agli articoli pubblicati da Sorel su «Il Resto del Carlino», raccolti successivamente in volume, dai quali emergono le opinioni del pensatore francese sull'Italia.

Più sistematico, invece, il volume «P. J. Proudhon» nel quale Santonastaso dopo un capitolo di ricostruzione biografica del filosofo francese esamina i fondamenti del progresso ed il problema della proprietà, nonché i rapporti con il pensiero di Marx. Emerge immediatamente la preferenza di Santonastaso per il socialismo utopistico di Proudhon, del quale egli difende le idee, mettendo in luce come il pensatore non sia stato compreso dai suoi contemporanei (Hugo, Marx, Mazzini, Blanc, Balzac, George Sand, lo stesso Sainte Beuve) che non preoccupandosi di guardare alle idee di Proudhon nel loro complesso si sono soffermati ora su questo, ora su quell'aspetto della sua dottrina, nella quale pure lo storico napoletano individua profonde contraddizioni. Particolare è quella «tra l'affermazione dei piccoli possessori della civiltà agraria, da lui auspicata con tono di vita patriarcale, e l'andamento della vita economica moderna, che tende, con potenti mezzi di comunicazione e trasporto a unificare l'un popolo all'altro e creare interessi interdipendenti e bisogni scambievoli, si da dare una nuova attrezzatura a tutto il sistema di produzione e di scambio».

Ampio spazio Santonastaso dedica al moralismo proudhoniano, alla critica delle religioni, al problema della guerra e della pace ed al federalismo europeo. A quest'ultimo argomento, che viene considerato il nucleo centrale del pensiero di Proudhon, lo storico dedica un capitolo esemplare. Il federalismo, negata ogni forma di monarchia universale, deve prodursi sulla base della convergenza dei problemi interni di ciascun popolo e mai come «norma che si sovrapponga dall'alto a ogni sua legittima esigenza». Fatta salva la libertà interna di ogni nazione «la federazio-

ne deve facilitare unioni doganali e grandi lavori pubblici». Al contrario il nazionalismo «riportando ad uno stato di natura» nega il progresso. Il volume si conclude con due appendici: «Proudhon e il risorgimento» e un carteggio.

«Il socialismo francese da Saint-Simon a Proudhon» è il terzo volume dedicato da Santonastaso allo studio del pensiero politico francese. Pubblicato nel '54, esso raccoglie una serie di saggi che sviluppano le problematiche del socialismo d'oltr'Alpi attraverso quegli autori che vi hanno apportato un contributo di originalità.

Partendo dall'origine dell'idea egalitaria Santonastaso passa ad esaminare il concetto di natura e quello di società, il tradizionalismo sociale dei cattolici, le origini illuministiche del progresso in Saint-Simon, il momento di passaggio dal cosmopolitismo laico al misticismo sociale, la coscienza sansimoniana del rinnovamento europeo, il pensiero sansimoniano in relazione alla dottrina dello sfruttamento, il rapporto di «Le Globe» con il movimento sansimoniano. Dopo questi saggi Santonastaso si sofferma sul pensiero di Fourier, sul solidarismo di Leroux, sul socialismo cristiano di F. J. Buchez, sui disegni comunistici, mistici e materialistici di Cabet e Blanqui, sul collettivismo di Costantino Pequer, sulle teorie del diritto al lavoro di Louis Blanc e conclude con l'analisi delle dottrine emergenti dallo sviluppo del socialismo inglese nel XIX secolo. Santonastaso evidenzia anche il debito di Marx nei confronti del sansimonismo in materia di sfruttamento, pur sottolineando come il filosofo tedesco trasformi questa dottrina in critica del capitalismo e dimostri la necessità del profitto collettivo.

Individua, quindi, le radici panteistiche del sansimonismo (reincarnazione, paganesimo e cristianesimo), traccia la linea di sviluppo della critica al principio di maggioranza, al parlamentarismo (la camera non rappresenta la volontà generale, dal momento che «non coincide con l'attività professionale dei cittadini. «Economia e politica, sia nel socialismo francese che in quel-

lo marxista — conclude l'autore — tendono a limitare il diritto privato nel diritto di preminenza dell'organizzazione. Nel sansimonismo resta, però, lo stato d'animo di tensione produttiva e morale, che s'accentua nelle *élites* della classe produttrice in un tentativo di interpretare il socialismo e il liberalismo come elevazione costante dei gruppi, sotto la tutela del diritto».

Il volume si conclude con alcuni saggi, che cercano di individuare i rapporti di certi pensatori con le dottrine socialiste. Pregevoli «Filippo Buonarroti e il sansimonismo», «Stendhal e gli industriali», «Un conservatore rivoluzionario» (il barone Corvaja), «Garibaldi sansimoniano», «Balzac e il socialismo aristocratico», «Sainte-Beuve». Dopo la pubblicazione di questi volumi lo storico non abbandonerà mai del tutto lo studio del pensiero politico francese del diciannovesimo secolo, come testimoniano gli interventi apparsi qua e là su riviste o nell'ambito di analisi di pensiero di altri filosofi politici, come Rosmini e Mazzini e le antologie con introduzione sugli ideologi francesi e l'eclettismo, sulla filosofia sociale francese e quella sulla filosofia sociale di Mazzini.

2. Di Santonastaso sono le edizioni critiche delle opere di Sarno e Ferrari e l'attento studio sulla filosofia politica di Platone ed Aristotele, ma suo lavoro fondamentale resta il volume «Le dottrine politiche da Lutero a Suarez» (1946) pubblicato nella «Biblioteca storica mondadoriana» fondata da Adolfo Amodio, nel quale vengono analizzate le problematiche-base dello stato moderno. «Distrutto l'universalismo medioevale, le forze della società si sono venute costituendo e caratteristica comune di tutti gli scrittori studiati è la esaltazione seria e nobile dei valori eterni, di forze sovrane su cui deve poggiare lo stato» scrive Santonastaso nella conclusione. Infatti, prendendo in esame i «Principi di politica da Lutero a Beza», «Il protestantesimo democratico», «Il concetto di popolo», «La lega cattolica», «La sovranità di G. Bodin», «La democrazia corporativa di Altusio»,

«Le contraddizioni del cattolicesimo democratico e teocratico», l'autore scandaglia le ideologie su cui poggiano i moderni stati sorti tra il XV e il XVI secolo, sottolineando come il conflitto di classi (tese alla conquista dei diritti politici e della supermazia economica) sia alla base del moderno stato di diritto, come in altri termini la storia economica e del diritto sia la «vera storia» dello Stato. Si passa dal piano dell'universale astratto a quello dell'universale concreto là dove anche le dispute teologiche sono determinate dalle necessità di un processo politico e giuridico della società. Lo Stato giuridico — per Santonastaso — è il momento più significativo del Rinascimento, così la «conquista positiva dei diritti naturali», «la funzione di assistenza», «l'attività economica dello Stato», «l'idea di osservanza delle norme del contratto politico», «il limite giuridico del nuovo Stato» possono identificare la crescita spirituale del XVI secolo. Pur attribuendo a pensatori come Bodin, Altusio, Lutero, Beza, Suarez, tale crescita, lo storico riconosce ai monarcomachi «il merito di aver delineato in embrione una teoria dei limiti dello Stato». Dalla sovranità dell'organo si passa alla sovranità dello Stato, con tutta la problematica che sorge in materia di delegazione, di sovranità, di rapporti tra Chiesa e Stato e che vanno a costituire i nodi della problematica politica moderna. Santonastaso comprende come sia stato «merito di tutti questi filosofi e politici aver riconosciuto un sistema di leggi dello spirito nella ricerca dei principi della formazione naturale del diritto dello Stato, della religione, come forma della vita spirituale». È in questo secolo che si va delineando lo Stato di diritto; è «la personalità giuridica dello Stato con la divisione dei poteri sorta dal regime patrimoniale dell'assolutismo monarchico» che rappresenta la maggior conquista del mondo moderno.

Al di là del valore dell'analisi filosofica dei vari pensatori «Le dottrine politiche da Lutero a Suarez» può considerarsi come una delle indagini più costruite sulla nascita dello Stato di diritto — lo Stato moderno — nel quale si pongono le premesse

dell'eguaglianza giuridica degli individui nella società, che — come scrive Romagnosi — «attua il progresso continuo nella conquista e nella difesa degli interessi di tutte le classi».

3. Successivamente Santonastaso affronta un tema arduo, e non solo per la vastissima produzione esistente: Machiavelli. Il volume pubblicato nella collanina di Bocca «Storia della filosofia italiana» diretta da Sciacca, rappresenta un'altra testimonianza degli interessi multipli dello studioso napoletano, che prima di Gennaro Sasso ci offre una ricostruzione puntuale del Segretario fiorentino. Lo storico, dopo alcuni capitoli introduttivi sulla vita, l'esperienza politica, l'inquadramento storico nella realtà sociale, politica e spirituale del Rinascimento guarda soprattutto al Machiavelli-pensatore politico, il quale ponendosi sul terreno della realtà, individua quali uniche fonti di conoscenza la storia e l'esperienza. Esclusa ogni ipotesi di intervento della Provvidenza trascendente, Machiavelli non vede nei fatti storici che un gioco di forze che si attuano in interrotta successione di cause ed effetti. Proprio la possibilità di identificazione e di esame dei fatti storici permette al Machiavelli — secondo Santonastaso — la costruzione di una scienza della politica. Lo studioso napoletano si sofferma a lungo sul problema dei rapporti tra fortuna e virtù, religione e politica, giustizia ed armi e sulla concezione storica di Machiavelli, che essendo vissuto in un'epoca di disorientamento religioso, filosofico, morale ha tentato con ogni mezzo di reagire all'individualismo dilagante, concentrando le proprie energie intorno al problema dello Stato. Per Santonastaso, che sostiene Machiavelli non si accorge della necessità di guardare alla scienza della politica in relazione alla realtà storica, la vera grandezza del fiorentino sta nell'intuizione dell'attrito tra individuale ed universale, tra politica e morale. Rinunziando ad ogni spiegazione razionale della realtà, la scienza della politica di Machiavelli, in ultima analisi, si trasforma in tecnica del governo.

4. Altro interesse preminente di Santonastaso è quello del pensiero mazziniano. Allo studio di Mazzini ha dedicato oltre le due edizioni critiche di «Scritti scelti» del 1940 e del 1972 il volume «Il neo-liberalismo di G. Mazzini» del 1954 ristampato dal «Centro Napoletano di studi mazziniani» nel 1972 e numerosi altri interventi. Santonastaso, in sostanza tende alla ricostruzione di una biografia spirituale del patriota genovese. Il primo capitolo del volume è dedicato alle vicissitudini personali e politiche di Mazzini, ma il suo interesse è per la ricostruzione della formazione culturale, per l'itinerario spirituale ed ideologico del patriota. Santonastaso individua le influenze della cultura contemporanea sul pensiero di Mazzini che si colloca, per così dire, al centro del pensiero politico dell'Ottocento; da un lato è l'erede naturale della reazione al dottrinarismo di Guizot, Thiers, Cousin, i quali se avevano avuto il merito (specie Cousin) di aver liberato «le menti umane dagli aspetti reazionari della religione» e di aver diffuso nelle giovani generazioni la fede nel progresso, avevano peraltro cristallizzato la politica in formule, separandola in certo qual modo dall'azione popolare.

Da un altro lato Mazzini coagula e rielabora in forma originale le attese del messianismo politico contemporaneo: dal misticismo dei sansimoniani lionesi al cattolicesimo liberale del Lamennais, all'apocalittica polacca. Centrale è infatti, per Santonastaso, nello sviluppo del pensiero politico di Mazzini, la sua religiosità interamente aconfessionale e laica, ma egualmente capace di proporsi come forza trascendente, fede razionale, ma appassionata. Tale concezione deriva dalla fede nell'incarnazione del Dio nel popolo, in ciascun popolo (sacralità delle nazionalità diverse anche se Mazzini non crede nella retorica della nazionalità). Ancora Mazzini integra nella sua concezione politica e spirituale le irrinunciabili esigenze del liberalismo con le istanze di una più ampia partecipazione popolare al governo dello Stato, superando così a giudizio di Santonastaso le astrattezze del giacobinismo e l'intransigenza classista del marxismo, in una prospettiva che fa

propri ed integra i principi del socialismo francese e che si pone come proposta di mediazione organica dei conflitti di classe nati nello scorso secolo ed ancor oggi vivi.

In sostanza lo storico difende l'attualità del pensiero politico mazziniano, attualità confortata dalla possibilità di depurarlo dagli agganci vistosi con la cultura della sua epoca, senza forzature di sorta e di ritrovare in esso concrete soluzioni alla problematica contemporanea. Attuale in ogni caso è per Santonastaso, il bisogno di trasfondere nella troppo cinica e machiavellica realtà politica contemporanea la fede morale e l'entusiasmo dell'apostolato mazziniano.

5. Come si vede dall'analisi di tutto il lavoro precedente Santonastaso, nel corso della sua attività di saggista e di pensatore politico, esegeta attento del pensiero politico di autori diversi, di ogni periodo storico, ha portato avanti un proprio discorso emergente soprattutto dall'attività pubblicistica, nella quale si può riscontrare una tesi precisa: la totale adesione al liberalismo, purché questo tenga conto delle istanze sociali del mondo contemporaneo. Ed è a questo proposito opportuno guardare da vicino quello che a nostro avviso è il libro più significativo dello studioso napoletano, quel volume quasi estortogli da Pietro Piovani per la collana «Nobiltà dello spirito» dell'editore Morano.

In quel tempo noi eravamo molto vicini a Santonastaso, venuto da poco tempo a Napoli da Bari per ricoprire la cattedra di Storia delle dottrine politiche, rimasta praticamente scoperta dalla morte di De Capraris, e se non fosse stato per le insistenze di Piovani difficilmente egli avrebbe raccolto in volume tutta quella sua attività pubblicistica, che più di ogni altra testimonia non solo, l'impegno dello studioso, ma anche l'attualità del contributo da lui dato allo sviluppo ed alla ricostruzione del pensiero politico italiano. Così è nato «Pensiero politico ed azione sociale» che indubbiamente, più dei volumi di analisi del pensiero di questo o quel filosofo, è rappresentativo del lavoro di una esisten-

za totalmente spesa per la crescita di una disciplina, che dopo Mosca soltanto, andava assumendo un ruolo preciso nel contesto degli studi e della cultura italiana del novecento. Se da un lato non si può negare l'importanza del lavoro di Santonastaso dal 1932, data di pubblicazione del suo primo volume «G. Sorel», in poi, il ruolo di «Pensiero politico e azione sociale» per la comprensione della sua attività e del suo pensiero è fondamentale. Soprattutto i saggi raccolti nella prima parte sono testimonianza di una precisa ideologia, quella liberale, allo sviluppo della quale Santonastaso contribuisce in maniera decisiva. Il volume che in apparenza è una raccolta abbastanza eterogenea di saggi ed articoli pubblicati in precedenza separatamente dal 1931 al 1966 si divide in tre parti intitolate rispettivamente: «Politica, storia e ideologia», «Figure e idee», «Ricordi e rimpianti».

Il primo saggio «La legge agraria da Lavacher a Ferrari» esamina sostanzialmente lo sviluppo dell'idea che il rovesciamento della distribuzione tradizionale della proprietà fondiaria sia la «conditio sine qua non» di una seria riforma etico-politica. Santonastaso parte dalle opinioni di F. G. Lavacher, professore di chirurgia teorica-pratica all'università di Parma dal 1770 al 1814 e chirurgo primario ed ostetrico presso la R. Corte dell'infante duca di Parma, nonché ostetrico della regina Carolina di Napoli, il quale pubblicò nel 1803 un'opera sul collettivismo agrario per approdare al pensiero dell'italiano Giuseppe Ferrari, senza trascurare le idee di altri pensatori precedenti o intermedi. Ispiratore di Lavacher è il filosofo rivoluzionario Mably la cui opera aveva avuto larga influenza anche in Italia perché «considerava la religione fondamentale della società e faceva del sentimento cristiano la base della ineguaglianza repubblicana». Polemizzando contro il dispotismo e la fisiocrazia Mably criticava la proprietà in genere e la proprietà fondiaria in particolare, accusandole di aver introdotto l'odio nel mondo. Ispirandosi a Rousseau e tenendo d'occhio il modello spartano di società Mably propugna la comunità dei beni, patrocina una società di cittadini senza fortu-

ne particolari; criticando il liberalismo lockiano, che considera la proprietà un diritto naturale, pone come condizione di rinnovamento l'eguaglianza dei punti di partenza. Il panorama della sua concezione politica si completa osservando l'influenza che su di lui ebbe anche Montesquieu attraverso il concetto che per salvaguardare il benessere della società civile è necessario stabilire le controforze tra le varie magistrature. In sostanza si tratta di un egalitarismo un po' astratto che ha tra i suoi fondamenti l'esercizio della virtù (Rousseau, Robespierre) ed il ritorno alla purezza primitiva della religione cristiana. Mably considera, infatti, sia l'ateismo, sia la tirannia chiesastica corruttori). Santonastaso continua esaminando il pensiero sensista di Helvetius che sui problemi dell'egalitarismo e della legge agraria è vicino alla posizione di Mably con la differenza che Helvetius afferma la virtù essere opera delle leggi e non della religione che egli critica sia nella forma del Cristianesimo istituzionalizzato, preparazione inevitabile alla schiavitù, sia nella forma del deismo considerato ibrido, astratto e pericoloso. Anche Mably critica il dispotismo, guarda a Sparta come modello di egalitarismo, condanna il lusso, considera nazioni più libere quelle in cui le ricchezze sono più egualmente divise. Critica poi come pernicioso il dualismo di governanti e governati. Ritene però, con Machiavelli, che bisogna «riportare i governi ai loro principi se vogliono durare». Illuministicamente Helvetius considera madre degli errori l'ignoranza, ma come Mably è vittima di una concezione statica della realtà politica: non mette cioè in luce il rapporto idee-fatti. Santonastaso esamina poi i critici italiani di Rousseau e del contrattualismo. Unico degno di nota è Giacomo Giuliani, il quale sostiene che la società incivilita, cui si opponeva Rousseau, non è opera della violenza, della forza, dell'interesse, bensì è creatrice d'interessi e bisogni ed affinatrice degli stessi. Inoltre sostiene che l'eguaglianza di fortune è una chimera e che società civile e eguaglianza di fortune sono idee incompatibili. Per Santonastaso interessante è anche il saggio del Planelli sull'educazione dei prin-

cipi che esprime in modo tipico il paternalismo illuministico dell'epoca. Al Planelli si attribuisce anche la paternità del codice della Colonia di S. Leucio (un esperimento politico-sociale condotto sotto l'egida del re Ferdinando IV di Napoli). Nel saggio sull'educazione dei principi si sostiene che il principe, capo della popolazione e conoscitore attento dei suoi bisogni, garantisce la felicità dei sudditi. Egli deve essere istruito nelle scienze e nelle arti del Re, deve attendere allo studio della storia e della politica, come arte del comando. L'amor di gloria sebbene, sia un bisogno fittizio è necessario alla società e deve ispirare le azioni del principe. Nel Codice di S. Leucio che è la legge fondamentale di una colonia socialista, parziale imitazione della colonia dei gesuiti nel Paraguay, sono prescritti: la preghiera mattutina, l'astenersi dall'offendere chiunque, il fare il bene al proprio simile anche se nemico, la perfetta eguaglianza tra i membri della colonia, il divieto del lusso, l'obbligo di residenza, l'abolizione delle doti e dei testamenti, costumi severi e controllati, fedeltà alla patria e al sovrano.

Santonastaso esamina quindi rapidamente le opinioni dei giacobini italiani e del Condillac in materia di legge agraria, di riforme ed egualitarismo, le posizioni di Niceo Eritreo, di Compagnoni, di Enrico Michele l'Aurora, V. Russo. In loro il cristianesimo primitivo non viene più messo a fondamento della riforma, ma si passa ad una fase atea. Bisogna perciò impedire l'insegnamento della religione, educare alla virtù, combattere il lusso, promulgare la legge agraria, cioè fare in modo che tutti senza eccezione possano trarre dalla terra i mezzi di sussistenza, ripartendo le terre usurpate, abolire il diritto di ereditarietà ed i privilegi, lottare contro l'ineguaglianza delle fortune accostandosi all'ideale imparzialità della natura le cui leggi valgono per tutti.

È ancora presente, specie in Condillac l'illusione riformistica che l'ideale repubblicano possa esser accolto dai principi.

Santonastaso infine passa ad esaminare il pensiero di G.

Ferrari in cui convergono motivi sociali del '700 ed esigenze rivoluzionarie dell'800. Anch'egli è contro il cieco diritto di eredità ed è per la libera concorrenza. Riassorbe anche tutti i temi della politica economica di critici del capitalismo e della polemica sociale rivoluzionaria a favore delle masse.

Sono le reali forze produttive che devono essere alla base della società ed i loro diritti riconosciuti. Bisogna che la ricchezza sia resa egualitaria da una legge agraria affinché possa essere feconda e vitale per tutti. Ferrari intuisce bene la funzione rivoluzionaria del socialismo quando dice che esso combatte contro il «peccato originale del doppio privilegio della proprietà e della religione» e quando asserisce che il socialismo lotta contro la famiglia «che si fonda non su legami di sangue ma sugli interessi dell'oro, sulla fortuna ereditaria». Il socialismo agrario del Ferrari appare a Santonastaso inquadrabile in quella corrente che alimenta i disegni e i progetti per un rinnovamento economico italiano.

In «Solidarismo e proprietà» Santonastaso descrive l'evoluzione dell'idea di solidarismo come una dottrina sociale ed economica capace di mediare e superare le opposte unilateralità del liberalismo classico e del marxismo. Per lo storico il Solidarismo nasce circa un secolo fa, carico di implicazioni religiose e teocratiche, in quanto si ricollega in origine all'idea cristiana di solidarietà morale, di umanità, carità e redenzione, che agiscono contro la separazione e la lotta di classe. Esso sorge anche come reazione all'individualismo e al materialismo settecenteschi e rivoluzionari, cui Santonastaso contrappone una visione organicistica della società già prefigurata in Platone e S. Paolo. Il primo a formulare una teoria solidaristica fu il francese Leroux. In Renan, Comte e Saint-Simon vengono via via sempre maggiormente precisati i fini religiosi e morali, economici e politici per cui le società si mantengono e si sviluppano. Nella teoria del Bourgeois troviamo un apporto alle concezioni economiche e giuridiche di tali motivi. La teoria è chiamata del «quasi contratto» e sostiene che noi

siamo eterni debitori al lavoro, al genio, alle invenzioni dei nostri padri, siamo legati fin dalla nascita a delle condizioni di fatto, insomontabili eredi nostro malgrado, o per lo meno senza la possibilità di dare un assenso volontario di obbligazioni «che si trasmettono attraverso le generazioni come attraverso l'organismo si trasmettono le malattie o la sanità dei nostri padri».

Santonastaso fa notare che la rigidità, il determinismo di questa forma di solidarismo pur intuendo nella storia un motivo perenne di bene comune e di legge non può spiegare il fenomeno delle rivoluzioni che rompe tale continuità per instaurare una morale e un diritto nuovi.

Quando il Solidarismo perviene in Proudhon al processo associativo di cooperative (di consumo e di produzione) si è fatto un notevole passo avanti perché la cooperazione non sopprime la libertà ma si fonda sull'adesione spontanea dei membri (superamento dell'idea di forza costringitiva del «quasi contratto») e offre al lavoratore la possibilità di diventare padrone dei suoi strumenti di lavoro sviluppando nel contempo l'assistenza pubblica, ma come opera di solidarietà tra i gruppi.

Un ulteriore sviluppo del solidarismo Santonastaso lo vede nella dottrina contemporanea del diritto sociale che ha il suo punto di partenza nel pluralismo dei differenti ordini giuridici, che allo stesso tempo si limitano reciprocamente e collaborano su di una base di eguaglianza venendo così ad integrarsi. Detta integrazione non dipende da una attività trascendente o dalla personificazione della totalità di una organizzazione. L'idea del diritto sociale nasce nel XVII secolo (Grozio e Leibniz) e Santonastaso esamina soprattutto l'applicazione che dei principi solidaristici ha fatto il giurista Lorenzo Massa in «Libera socializzazione in Europa». Così come pensavano Massini e Proudhon, anche per Massa la libera socializzazione deve provenire spontaneamente dalla società stessa senza decreti o «colpi legislativi» dello Stato, in quanto conduce alla ricchezza collettiva senza intorpidire, ma anzi stimolando l'iniziativa, l'intelligenza, la libertà indivi-

duale. Fondamentalmente rifiuta la delegazione dei tecnici, scienziati, burocrati, o politici a risolvere le difficoltà. Si serve come strumenti giuridici delle associazioni e dei sindacati, si differenzia dalla socializzazione di Stato (statizzazione), implica l'espropriazione volontaria del primo proprietario o dell'imprenditore, un'espropriazione che comunque deve essere indennizzata. Tutto ciò comporta che la proprietà viene ad avere una funzione sociale. Chi possiede delle proprietà o delle imprese deve impegnarsi ad impiegarle per usi sociali ed organizzarle per il loro esercizio e funzionamento. La libera socializzazione comporta di per se una partecipazione di tutte le forze (anche operaie) dell'impresa. Ciò costituisce per Santonastaso un superamento del pregiudizio capitalistico che il lavoro sia cosa vile e quindi incapace di dare diritti sull'impresa (diritti riservati nel liberalismo solo agli azionisti) facendo di tal forma di solidarismo una dottrina di attualità.

Santonastaso passa quindi ad analizzare nel saggio successivo «L'idea di decadenza nei pensatori politici italiani del XX secolo», prendendo in considerazione i diversi modi in cui i principali pensatori politici italiani contemporanei si accostano all'idea di decadenza. Rilevato che i motivi per i quali tale concetto compare all'orizzonte culturale di Mosca, Ferrero, Pareto, Croce, Tilgher, Labriola, sono la crisi subita nel primo decennio del secolo dall'idea di progresso a causa della critica della scienza (fine del positivismo ottocentesco, nascita del convenzionalismo) e il pessimismo provocato dallo spettacolo dell'irruzione nel composito cosmo della società liberale di elementi irrazionalistici e talora barbarici, Santonastaso evidenzia come in alcuni di questi pensatori (Mosca, Ferrero, Pareto) esiste un forte legame tra l'idea di decadenza e un atteggiamento profondamente anti-giacobino. In Mosca il regime di massa (democratico) troppo conformista appare come un'insidia per la civiltà. Teorico del ricambio delle élites e della funzione delle libere coscienze come motore del progresso autentico, vede nel socialismo una «barba-

rie collettivistica» e nel sindacalismo un feudalesimo funzionale dei nostri tempi in quanto questo comporta la creazione di una sovranità intermedia tra l'individuo e lo stato, che porta a distruggere la compagine di quest'ultimo. La decadenza inizia infatti quando vengono intaccati i meccanismi giuridici che regolano la disciplina del senso morale, quest'ultima unico baluardo contro gli impulsi egoistici e disgregatori dei singoli.

Per Ferrero le civiltà permangono e si sviluppano quando sono fedeli ai «geni invisibili delle origini», cioè alla ragione della loro fondazione ed entrano in crisi quando viene a mancare la ragione del loro mantenimento, ossia quando non riescono ad esprimere dal proprio seno la nozione di legittimità del potere. La catastrofe di una civiltà è data dal cedimento di tutti i poteri costituiti, i quali creati dalla passione diventano argini delle stesse passioni, controllo delle energie. Qui l'atteggiamento antigiacobino è visibile nell'asserzione che le rivoluzioni che distruggono una legalità liberano un eccesso di paura anche se la distribuzione è giustificata dai vizi della legalità medesima. Legalità ed ordine diventano valori assoluti. Nemmeno la Chiesa ed il socialismo possono essere per Ferrero due forze restauratrici. In particolare il socialismo pecca nel confondere l'influenza delle classi ricche sul potere con la dominazione del capitalismo e quindi impedisce la formazione di democrazie legittime per la sua irriducibile avversione alle opposizioni. Inoltre pretende di creare una società senza classi proprio nel momento in cui è stata appena vinta la battaglia per una società senza monarchie ed aristocrazie ereditarie.

In Pareto la decadenza della civiltà è determinata dalla crescita negli strati sociali superiori di elementi incapaci. Teorico della circolazione delle élites è anch'egli contrario all'abbattimento di legalità ed all'uniformità in quanto tra le utilità del rafforzamento è la stabilizzazione dell'ordinamento sociale. La decadenza è comunque inevitabile quando la circolazione delle élites si blocca e la società si cristallizza e stratifica. La posizione

di Croce nei confronti del problema è caratterizzata da fasi successive. Originariamente per il filosofo idealista la decadenza non assume i caratteri fortemente negativi che predominano in Mosca Pareto, Ferrero. È un momento dialettico, un periodo latente di inerzie che rielabora forze nuove per una nuova forma di esistenza. Ma di fronte al concreto erompere dell'irrazionalismo delle forze della decadenza della sua epoca Croce passa a considerare la rottura con la tradizione, portatrice dei valori proposti dal Cristianesimo come la fine della civiltà, la comparsa dell'Anticristo, la tirannia dell'universale astratto sull'universale concreto incarnato nelle libere coscienze individuali, una caduta dal piano della moralità al piano della vitalità nel quale non è possibile alcuna elevazione spirituale, morale, civile. Tale posizione del pensiero crociano è stata giustamente individuata da Antoni.

Per Gentile la decadenza è sempre legata all'atomismo utilitaristico, per Tilgher, invece, la caduta sul piano della vitalità delle strutture sociali è causata dall'abbandono nella civiltà occidentale della problematica della morte e dell'immortalità, caduta che si evidenzia in «profonde eruzioni di numinosità allo stato puro» (adorazione mistica di Stato, Patria, Nazione, Razza, Classe). Dopo aver riportato abbastanza rapidamente le opinioni di altri pensatori (Renzi, Salvatorelli, Barbagallo, Mondolfo, Vinciguerra, Perticone, Sturzo, Nitti, Omodeo) vengono trattate in modo più approfondito le teorie di De Ruggiero e Labriola.

De Ruggiero identifica la decadenza con la vichiana «barbarie della riflessione», ossia l'intellettualistico disprezzo della ragione, che alimenta i miti della violenza rigeneratrice e dell'attivismo. Labriola critica ed integra le idee sulla decadenza di Spengler: la crisi della civiltà è sempre la crisi di un popolo, espressione di un dato tipo di civiltà, ma a differenza di Spengler, Labriola crede che non vi sia una legge uniforme di estrinsecazione delle civiltà, ma ciascuna «muore nella sua maniera». In partico-

lare la crisi della civiltà occidentale si connette alla crisi del capitalismo.

Il saggio si conclude con un breve esame di quegli autori che hanno sottolineato la necessità della difesa dell'uomo e con una esortazione a cercare nell'autonomia dei valori culturali, rispetto a quelli politici, la vitalità di una civiltà.

Il saggio «Le ideologie politiche» affronta il problema del significato e della funzione dell'ideologia nella società contemporanea. È una critica sommessa ma aperta al panpoliticismismo. Per Santonastaso l'ideologia nasce come scienza delle idee, ma viene assumendo lentamente il significato deteriorato di concezione senza fondamento nella realtà, di mondo immaginario. Marx è colui che più decisamente evidenzia il carattere mistificante dell'ideologia. Il legame che tuttavia essa mantiene con la realtà da cui sorge induce Lenin a reputarla espressione del reale, ossia una trasformazione del concetto marxista della teoria interpretata dalla massa, come forza materiale quando penetra nella massa.

L'ideologia può essere considerata «utopia degli oppressi» (Mannheim), ma si distacca dall'utopia per il suo potere di intervento sulla realtà, il suo poter essere un'idea-forza per gli elementi mitici presenti in essa che Sorel ha molto acutamente individuati assieme a Gramsci, il quale pure criticandolo conserva nella sua concezione dell'ideologia un elemento passionale. L'ideologia per Sorel non è scienza neppure quando pretende di esserlo (come nel socialismo scientifico) ma ha precisi limiti, anche se ha il potere di convertirsi in istituti giuridici che però non sono il prodotto di una logica astratta ma la realizzazione di «stati di coscienza giuridici». Vera forza è il mito e l'ideologia è forte nella misura in cui si serve di tali elementi mitici.

La sopravvalutazione dell'ideologia conduce al panpoliticismismo che confonde i diritti della persona con i diritti del più forte. Per Santonastaso è necessario rivalutare l'etica che permette il trionfo dell'idea, mentre l'ideologia naturalmente conduce al trionfo del mito, cioè dell'irrazionale. Anche in «Classe politi-

ca e democratica industriale» Santonastaso affronta una problematica di vasto interesse contemporanea. L'ingresso prepotente delle masse nella vita politica moderna, con l'affacciarsi dell'ideologia tecnocratica, determina una revisione ed una trasformazione del concetto di classe politica. Precedentemente da Platone a Gaetano Mosca la classe politica si identificava con una minoranza, un'élite, una «*valentior pars*». Proprio Mosca seguito da Pareto, Michels, Bursio, Dorso, Gobetti aveva teorizzato la classe politica, analizzato la divisione della società in governanti e governati, indipendentemente dalla giustificazione ideologica della legittimità del potere. Per Mosca la classe politica elabora formule che convogliano interessi collettivi verso la conquista del potere. Ed è proprio la concezione moschiana a spiegare lo sviluppo del socialismo, ideologia politica tesa ad organizzare le masse emarginate dalla struttura sociale, quindi dallo Stato, che per l'azione delle masse organizzate si trasforma in una sorta di gestione degli interessi collettivi. La classe politica, ormai divenuta classe dirigente tende a comporsi di tecnici, di organizzatori (Burnham). Ma il predominio dei tecnocrati porta alla burocratizzazione della società.

Per Santonastaso nasce in questo momento del processo l'esigenza di rinnovare la classe politica diventata sclerotica. Ciò è possibile solo attraverso la democrazia industriale (Proudhon) che federando economicamente i gruppi perviene ad un diritto economico comune. Il principio federalistico economico-giuridico — infatti — elimina il dominio gerarchico della società e realizza il neo liberalismo dei gruppi.

Anche in «Le garanzie del progresso» Santonastaso addita i pericoli, per la crescita morale e civile della società, del gerarchismo, dell'onnipotenza dell'organizzazione e della tecnica, della sopravvalutazione, rispetto alla libertà, delle esigenze economiche e sociali, dell'avvento dell'uomo-massa. Come garanzie di progresso indica lo sviluppo della cultura e la libertà nel rispetto dell'ordine e delle istituzioni, la circolazione dei valori e la lotta

ai privilegi antichi (di casta e di stato) e nuovi (dei partiti e dei sindacati).

Il tema è ripreso nel saggio «I partiti e la libertà» nel quale Santonastaso afferma che la crisi politica contemporanea è determinata dal confusionismo dei programmi di partito: ciascuno tende a conservare le proprie posizioni coperto da una ideologia rivoluzionaria. Per questo il liberalismo viene ad apparire come sintesi del conservatorismo, pur nulla avendo conservato dell'autentica ideologia liberale. I termini del problema per Santonastaso sono diversi. Ogni partito è allo stesso tempo conservatore e rivoluzionario; lo stesso partito comunista ha in sé un nucleo conservatore individuabile nel paradigma o modello a cui si ispira e dal quale non sa distaccarsi. Il liberalismo autentico è riconoscimento dei diritti quesiti, laddove i partiti rivoluzionari ne sono la negazione, e propugna l'evoluzionismo politico (è quindi dinamico). Anche il liberalismo ha in sé un aspetto conservatore e uno rivoluzionario; il secondo aspetto è presente nel liberalismo storico (contrapposto a quello assoluto). Caratteristiche fondamentali sono la difesa della libertà (tutela delle opposizioni e delle minoranze) e l'estensione delle conquiste e del progresso ad una sempre più ampia fascia ed a più larghi strati sociali.

Nel saggio «Il diritto al lavoro» Santonastaso sostiene che tale diritto è fondamentale e deve essere garantito, ma non nel modo assistenziale praticato da molti stati moderni, in quanto il diritto al lavoro come impegno di Stato è parassitismo sociale. Lo sviluppo economico è probabilmente un modo più efficace di garantire il diritto al lavoro ad ogni cittadino ed in questo dovrebbe consistere l'impegno dello Stato nei confronti del singolo cittadino. Il diritto al lavoro va dunque inteso come negazione di ogni diritto di proprietà improduttiva, come lotta all'ozio. A questa interpretazione ci conducono le riforme sociali costruttive, quali il cooperativismo. È evidente il tentativo dello studioso di conciliare i valori del liberalismo con le istanze sociali contemporanee.

Nel saggio «Lo Stato e la morale» Santonastaso si domanda come debbono configurarsi nel mondo moderno i rapporti tra stato e morale. Va anzitutto precisato che lo Stato rappresenta un complesso di rapporti giuridici, che non sempre possono racchiudere tutti i termini del problema morale. Se l'antichità classica faceva derivare l'etica dell'individuo dallo Stato, il Cristianesimo limita lo Stato e lo svuota dell'eticità, considerandolo con S. Agostino *remedium peccati*. Felice Battaglia vede quale compito dello stato una sorta di propedeutica giuridica alla vita morale: «lo Stato deve costituire l'uomo compiuto libero tra i liberi. . .»

Il problema dello Stato oggi è più complesso perché al lavoro e allo scambio individuale si è sostituita una forma collettiva di dipendenza reciproca e coattiva della società (potenza e influenza sulla vita individuale dei grandi complessi economico-finanziari). Nella nuova società si va anche facendo avanti il principio di comunità come limitazione dei poteri dell'antico Stato sovrano. La crescita di forza delle organizzazioni sindacali è vista qui positivamente come una spinta alla maturazione del nuovo diritto sociale, pilastro della futura società dei servizi, che si alimenta anche nelle forze extrapolitiche permanenti (cultura, mondo religioso, tradizione giuridica) e può così evitare la trappola della statolatria e della tirannide.

Anche in «La libertà organizzata» Santonastaso difende il culto della «libera libertà» che presuppone un senso moderno della società, fede nei valori costruttivi, senso moderno del partito come disciplina civile dei cittadini e non strumento di carriera e di fortune private e lo sostituisce al culto della libertà organizzata, che equivale alla burocratizzazione estrema della società, al moltiplicarsi degli uffici ed alla crescita sproporzionata della loro potenza (nasce così uno stato nello stato), alla faziosità, all'identificazione dell'autorità con il fatto, alla panpoliticizzazione. Il primato delle forze politiche organizzate per Santonastaso soffoca la libertà. Questa prima parte di «Pensiero politico ed azione sociale» si conclude con un saggio «La storiografia politi-

ca italiana del secondo dopoguerra» nel quale vengono riassunte le idee portanti di tale storiografia nei suoi tre indirizzi fondamentali-etico-politico, marxista, cattolico. All'interno del filone etico-politico viene soprattutto evidenziata la polemica tra Croce, secondo il quale la libertà è di per se generatrice di giustizia ed i sostenitori della diade libertà-giustizia (De Ruggiero, Calogero, Spirito) che cercano in misura più o meno accentuata di mediare liberalismo e socialismo.

La corrente marxista è rappresentata principalmente da Gramsci che nega la filosofia assoluta dell'Ente e considera storia reale solo quella dei mutamenti sociali, essendo la filosofia, ideologia che tende all'unità e si svolge dal basso verso l'alto. Gramsci comunque articola la teoria della supremazia di un gruppo sociale sull'altro in due forme: dominio, proprio della classe politica e dirigenza, proprio degli intellettuali. Sbaglia comunque Gramsci, per Santonastaso, nel considerare il Risorgimento come una rivoluzione fallita perché non è stata una rivoluzione agraria: ha ragione Rosario Romeo quando afferma che se si fosse imposta la rivoluzione agraria probabilmente non avremmo avuto il Risorgimento. Degli storiografi politici cattolici è messa in rilievo la critica allo Stato etico, l'acuto esame dei rapporti tra Stato e Chiesa, lo studio attento delle origini e dello sviluppo del movimento cattolico, la difesa dei valori personalistici cristiani contro le ideologie totalizzanti.

Vengono poi esaminati gli aspetti della storia politica e culturale d'Italia che sono stati oggetto di più attento studio da parte di storici di tutte e tre le correnti: il periodo giolittiano, la questione meridionale, il pensiero politico risorgimentale, il mazzinanesimo, la socialità o asocialità del Cristianesimo.

6. La seconda parte del volume, «Figure e idee» vuole essere nelle intenzioni di Santonastaso una ricerca, in alcuni pensatori italiani e francesi, di quegli spunti e di quelle idee che possono valere a suffragare la sua tesi di validità attuale e fecondità

futura del liberalismo, sebbene rinnovato ed aperto alle forti istanze sociali del nostro secolo. Santonastaso è intransigente esegeta di tutto ciò che considera il nucleo del liberalismo e cioè la difesa delle minoranze, il diritto di opposizione, una visione metapolitica della cultura e del diritto, l'inveramento e la decantazione in una sfera laica ed aconfessionale del patrimonio morale del Cristianesimo.

La scelta dei temi e degli autori è significativa: «Rosmini e l'economia politica», «Rosmini e il sansimonismo», «Rosmini e il socialismo», «La filosofia sociale di Carlo Pisacane», «Il socialismo fourierista e Cristina di Belgioioso», «La società di P. J. Proudhon», «La società di Jean Reunaud», «La concezione economico-sociale di Costantino Pecqueur», «Sul Sainte-Beuve», «Sorel e Bergson», «Benedetto Croce e Nicolò Machiavelli», «Sindacalismo rivoluzionario e liberalismo», «Guerra e politica», «Miti e dissidi della storia d'Italia».

Si tratta, come è evidente di temi adatti a preferire il piano etico a quello economico, a chiarire i limiti dell'ideologia socialista ed anche l'originalità del pensiero sociale francese rispetto alle impostazioni del socialismo scientifico, a dimostrare la superiorità del cooperativismo e del federalismo giuridico sulla pianificazione statuale e l'importanza dell'elemento «disinteresse» quale molla del progresso autentico, a convalidare l'acuta analisi soreliana sulla potenza dei «miti» come autentici trascinatori delle masse ed ispiratori del loro agire.

Non è questa la sede di addentrarsi in una analisi particolareggiata dei diversi saggi, come si è fatto per quelli che meglio testimoniano lo sviluppo del pensiero politico di Santonastaso e quale sia stato il suo lavoro nell'ambito dello studio delle dottrine politiche, così come superfluo è soffermarsi sull'ultima sezione del volume «Ricordi e rimpianti» un'appendice il cui valore è soprattutto di commossa rievocazione di personaggi del mondo culturale italiano vicini alle idee ed alla sensibilità etica di Santonastaso.

È invece importante, come emerge dall'analisi della prima parte del volume, stabilire quale sia la portata ideologica del lavoro di Santonastaso. Se indubbiamente i numerosi volumi pubblicati dal 1932 al 1965 e quelli successivi a «Pensiero politico ed azione sociale» (Quinet e Studi di Pensiero politico), sono testimonianza di un lavoro continuo ed intenso su tutte le problematiche politiche dal medioevo al socialismo francese, l'attività apparentemente minore, di carattere pubblicistico, da la misura di quello che è il pensiero politico di Santonastaso, al di là delle ricerche storiografiche, e chiarifica i punti di partenza dell'analisi storica di pensatori di diverse epoche. Senza nulla togliere quindi ai lavori di più ampio respiro e basterebbe citare solo i volumi su Sorel, Proudhon, Sismondi, Egidio Romano, sulle dottrine politiche da Lutero a Suarez, su Machiavelli, Mazzini, sul socialismo francese, su Quinet, per riconoscere a Santonastaso il vasto contributo ed apporto allo studio della Storia delle dottrine politiche, a nostro avviso ciò che fa di Santonastaso un pensatore politico di rilievo nell'ambito del pensiero liberale italiano, è la sua attività pubblicistica in gran parte raccolta in «Pensiero politico ed azione sociale».

7. «Edgar Quinet e la religione della libertà» è l'ultimo lavoro monografico pubblicato a Santonastaso e tende ad illustrare il pensiero ed il magistero dello storico francese dell'ottocento Edgar Quinet.

Santonastaso chiarisce che l'intuizione fondamentale di Quinet è quella di collegare le rivoluzioni politiche e sociali al problema religioso. Il pensatore francese sostiene che lo slancio religioso è anteriore alla sua cristallizzazione in formule ed alla sua istituzionalizzazione e che la religione è la matrice insostituibile della società. Tutta la civiltà occidentale trova la sua fonte nel Cristianesimo e la sua storia è la storia delle successive incarnazioni dei vari momenti e aspetti del Cristianesimo, così come si è venuto elaborando nello slancio dei primi secoli e nel successi-

vo dibattito teologico. Come dire, vichianamente che la storia della teologia è la storia ideale eterna della civiltà occidentale. Così ad ogni momento di decadenza del sentimento religioso corrisponde una decadenza della civiltà. Ma va chiarito che per Quinet la Chiesa, specie quella cattolica del suo tempo non è più depositaria del patrimonio etico del Cristianesimo, che va cercato piuttosto nello slancio libertario delle nazionalità. È anzi divenuta una seria remora al risveglio ed al rinnovamento dell'afflato religioso. In questa chiave Quinet interpreta il fallimento delle rivoluzioni d'Italia come originato dall'affievolirsi dello slancio religioso ed etico successivo alla crisi della civiltà comunale, e dall'accrescersi del predominio della Chiesa cattolica sulle coscienze e sulle istituzioni italiane. Queste tesi e l'interesse mostrato da Quinet ai problemi del Risorgimento destarono in Italia la simpatia di tutti gli intellettuali coinvolti — per lo storico francese — nel movimento risorgimentale.

Analogamente l'involuzione della Rivoluzione francese, salutata da Quinet come la nuova ipostasi storica del Cristianesimo assorbito ormai dalla coscienza individuale, involuzione precipuamente manifestatasi nel periodo del Terrore, ha la sua radice nel misconoscimento da parte dei giacobini della necessità di far precedere una riforma «religiosa», una riforma delle coscienze, alle riforme sociali, oltreché al loro astrattismo e alla loro imprudente metodologia politica. L'ultima parte del volume è dedicata ad una serie di ritratti di quegli italiani che subirono l'influsso diretto o indiretto del pensiero di Quinet o ebbero con lui rapporti e contatti epistolari.

Anche questo volume è una esaltazione della «religione della libertà» come unica forza capace di mandare autenticamente avanti la storia.

Possiamo concludere questo breve lavoro monografico su Giuseppe Santonastaso guardando a quella raccolta di saggi pubblicati con il titolo di «Studi di pensiero politico» nella collana «*Geminae ortae*» diretta da Raffaello Franchini. Secodo noi il

volume non ha affatto il rilievo di «Pensiero politico e azione sociale», ciò nonostante, come afferma lo stesso autore «coglie il trapasso storico di alcune epoche, esamina i problemi riguardanti l'assolutismo papale e i rapporti tra potere temporale e potere spirituale, fra francescanesimo e potere politico. . . affronta poi il problema dell'utopia nel mondo moderno, i rapporti tra utopia e mito, tra ideologia politica e diritto, tra la fatalità della natura e la libertà dell'uomo, i nuovi problemi del lavoro».

I saggi più costruiti sono quelli su «Il pensiero politico di Egidio Romano», «Occam e la plenitudo potestatis», «Marsilio da Padova e Alvaro Pelagio», «Campanella riformatore politico e sociale», «Il pensiero politico di G. B. Vico», «Vico e la Francia», «Popolo e libertà in Chateaubriand, Chénier e Sismondi», «Ateismo e spiritualismo in uno scritto inedito di A. Blanqui», «Il pensiero di G. Mazzini», «Scienza del cuore di Miguel de Unamuno», «Tradizione e rinnovamento in G. Ferrero», «Il mito di Prometeo da Quinet a Marx», «Proudhon e il secolo XX», ma ciò che più è vivo del volume sono le «Appendici» da cui emergono i rapporti di Santonastaso con Gurvitch, Mosca, Fiore, Rosselli, Omodeo e Russo ai quali il giovane studioso era ideologicamente legato e dai quali attingeva le forze necessarie a proseguire in un terreno difficile ed in un campo di studi disatteso.

Non è da sottolineare che, dopo il contributo dato da Gaetano Mosca allo studio della storia delle dottrine e delle istituzioni politiche, sono i De Mattei, i Curcio, i Perticone, i Passerin d'Entreve, i Santonastaso ad aver dedicato la loro vita alla formazione di una disciplina fino agli inizi di questo secolo affatto disattesa.

Noi abbiamo avuto il privilegio di iniziare il nostro lavoro scientifico accanto a Giuseppe Santonastaso, quando chiamato dalla Facoltà di Lettere e Filosofia a quella di Giurisprudenza, diede vita a quell'insegnamento proficuo, che in ultima analisi ha permesso la creazione di una Facoltà di Scienze politiche

nell'ateneo napoletano. Fu in quell'occasione che Santonastaso passato alla cattedra di Storia delle dottrine politiche di quella facoltà, vittima egli stesso dei giochi accademici, fu costretto a disinteressarsi della formazione di alcuni di noi, che eravamo rimasti legati alla struttura della facoltà di Giurisprudenza. Ciò nonostante, i quattro anni nei quali gli siamo stati vicini sono stati sufficienti a farci comprendere il suo rigore morale, la vastità dei suoi interessi, emergenti da ciascuna delle lezioni, tenute alle 7,30 del mattino (oh, quali sacrifici per recarsi ad ascoltarlo), l'alto senso del dovere nei confronti del compito non facile assuntosi nella sua vita, quell'adesione totale allo studio del pensiero politico, delle ideologie, teso, però solo al culto, alla religione della libertà.

VITTORIO DE FRANCESCO

SULLA MISURA SOGGETTIVA DELLA COLPA *

* Questo lavoro fa parte di una più ampia ricerca che l'autore sta compiendo nella Repubblica Federale di Germania quale borsista della *Alexander von Humboldt-Stiftung*.

SOMMARIO: 1. L'accertamento della colpa tra oggettivismo e soggettivismo. — 2. Di una pretesa «arbitrarietà» del criterio soggettivo. — 3. Il limite logico all'individualizzazione del giudizio. — 4. Misura della colpa e grado di generalizzazione del giudizio. — 5. Il principio dell'aspettativa sociale nella tesi oggettivistica. — 6. Il principio di personalizzazione del rimprovero di colpa nella tesi soggettivistica: significato e limiti. — 7. La colpa nella concezione etica della colpevolezza. — 8. Il carattere *analogico* del giudizio di colpevolezza: a proposito di un rilievo degli oggettivisti. — 9. Misura della colpa e prevenzione generale. — 10. Dalla concezione *etica* alla concezione *sociale* della colpevolezza. — 11. La misura della colpa tra colpevolezza e prevenzione.

1. «Può un'azione essere qualificata colposa solo quando l'agente avrebbe dovuto prevedere ed evitare l'evento ed avrebbe inoltre potuto prevederlo ed evitarlo tenuto conto delle sue personali conoscenze e capacità? Oppure l'agente va punito già quando un uomo normale o ideale, posto nella situazione dell'agente stesso, sarebbe stato in grado di evitare l'evento? Misura *soggettiva* o *individuale* — misura *oggettiva* o *generale*: così suonano le formule in cui viene solitamente racchiuso tale quesito» ⁽¹⁾.

Con queste parole Mannheim riassumeva, in apertura del suo famoso lavoro del 1912, i termini di uno dei problemi centrali nel panorama dell'elaborazione dottrinale del delitto colposo — un interrogativo che, un anno dopo, Baumgarten definiva addirittura «il più difficile tra tutti i quesiti pratici sollevati dalla problematica della colpa» ⁽²⁾.

A distanza di oltre sessant'anni, la centralità della questione riguardante «il limite inferiore della colpa, la delimitazione della colpa dal caso» ⁽³⁾, è rimasta inalterata nella dottrina

⁽¹⁾ MANNHEIM *Der Massstab der Fahrlässigkeit*, 1912, I.

⁽²⁾ BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, 1913, 122.

⁽³⁾ Così MANNHEIM, *op. loc. cit.*

moderna — e per una ragione molto semplice: al di fuori di una risposta esauriente ed univoca alla domanda posta da Mannheim⁽⁴⁾ resterebbero in buona parte vani gli enormi passi in avanti compiuti nello studio delle fattispecie colpose⁽⁵⁾.

Come si sa, grazie agli approfondimenti concettuali realizzati dall'inizio del secolo, la dottrina della colpa può oggi vantare per lo meno due meriti indiscussi: da un lato quello di aver finalmente sciolto il tradizionale 'matrimonio forzoso' dell'illecito colposo con l'illecito doloso⁽⁶⁾; dall'altro, quello di aver reso meno incerta la linea di demarcazione tra la 'colpa' e i criteri più «primitivi»⁽⁷⁾ di imputazione penale, quali la responsabilità oggettiva e il 'versari in re illicita'. La portata di tali risultati — li si consideri per il contributo offerto alla comprensione delle note caratteristiche dei delitti colposi o piuttosto per l'apporto dato alla realizzazione di un principio fondamentale della nostra civiltà, quello di colpevolezza — la portata di tali risultati, dicevamo, non ha certamente bisogno di essere illustrata in questa sede. Importante è invece ricordare come essi siano stati conseguiti ponendo in risalto il momento normativo per eccellenza⁽⁸⁾ dell'illecito colposo — ossia la violazione dell'obbligo di diligenza⁽⁹⁾ — nel ricostruirne le peculiarità strutturali attor-

⁽⁴⁾ Va detto comunque che MANNHEIM non fu certamente il primo a sollevare il problema della misura oggettiva o soggettiva della colpa, del quale era già consapevole la dottrina penalistica del primo ottocento: cfr. ad es. VON ALMENDINGEN, *Untersuchungen über das culpose Verbrechen*, 1804, spec. 110 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., per tutti, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, 1974, 13.

⁽⁶⁾ Su questo aspetto si veda soprattutto il lucido quadro dottrinale tracciato da MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, 1971, spec. 98 ss., 136 ss., 188 ss., ed ivi le citazioni essenziali.

⁽⁷⁾ La definizione è di LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, 1900, 143.

⁽⁸⁾ Una puntuale analisi circa i rapporti tra il momento normativo del delitto colposo ed il problema della misura della colpa si trova già in SCHUMACHER, *Um das Wesen der strafrechtlichen Schuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken*, 1927, 83 ss.

⁽⁹⁾ Fondamentale, in proposito, è lo studio di ENGISCH, *Untersuchungen über*

no ai pur antichi criteri paradigmatici della prevedibilità (o rappresentabilità) ed evitabilità (o prevenibilità)⁽¹⁰⁾.

Ed è proprio a questo punto che s'innesta il problema della misura — oggettiva o soggettiva, generale o individuale — della colpa. «Negligentemente — osservava Exner — agisce chi provoca una lesione giuridica che egli poteva e doveva evitare. Nel 'poter evitare' e nel 'dover evitare' sta il problema del limite inferiore della colpa, perché le azioni inevitabili non sono imputabili all'agente. Ma quello di 'evitare' è, di per sé, un concetto relativo, che acquista contenuto diverso a seconda del soggetto cui viene riferito»⁽¹¹⁾. D'altra parte, «evitabili in senso giuridico sono soltanto le conseguenze prevedibili del comportamento, solo a queste si riferisce il divieto legislativo»: «homo tantum potest, quantum scit». «L'evitabilità è quindi condizionata dalla prevedibilità», in quanto un «evento antigiuridico è evitabile solo quando l'eventualità del suo verificarsi ed il modo di impedirlo sono riconoscibili»⁽¹²⁾.

Come ogni giudizio sulla possibilità di un comportamento che avrebbe potuto e dovuto verificarsi ma non si è in concreto verificato, quello sulla prevedibilità ed evitabilità implica insomma necessariamente la scelta del *punto di vista* da cui va operato il giudizio stesso⁽¹³⁾.

Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (ristampa anastatica del 1964), spec. 306 ss.

⁽¹⁰⁾ Al riguardo si veda soprattutto la lucida impostazione di M. GALLO, *Colpa penale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, 624 ss. Non deve comunque fuorviare il fatto che nella dottrina moderna non tutti ricostruiscano esplicitamente la struttura del delitto colposo sulla base di questi due criteri. Nella sostanza, non si intende nulla di diverso quando essi vengono più o meno implicitamente 'assorbiti' già all'interno dell'obbligo di diligenza (cfr. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*³, A.T., 1978, 467 ss.). Per una panoramica delle antiche teorie sul fondamento della colpa imperniate sui criteri della prevedibilità e prevenibilità, cfr. ALTAVILLA, *La colpa. Il reato colposo. Riflessi civilistici analisi psicologica*, 1950, 46 ss.; e, di recente, PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819 ss.

⁽¹¹⁾ EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, 179.

⁽¹²⁾ EXNER, *op. cit.*, 137 s.

⁽¹³⁾ Così MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, 1965, 181. Si vedano già gli acuti rilievi di PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, 1952, 61 ss.

L'accertamento della prevedibilità, ad esempio, richiede una prognosi postuma riconducibile alla logica di un giudizio probabilistico con cui va verificato un nesso di adeguatezza causale (*ex ante*) tra il comportamento del soggetto ed il realizzarsi dell'evento tipico ⁽¹⁴⁾. Affinché l'evento sia prevedibile, o — se si vuole — affinché la pericolosità del comportamento sia rappresentabile, occorre che il risultato tipico appaia *ex ante* come conseguenza «probabile» o almeno «ragionevolmente possibile» della condotta del soggetto ⁽¹⁵⁾. Ma ogni giudizio probabilistico — ce lo insegna la logica — ha «carattere relativo», dato che «si può assegnare una certa probabilità solo in base alle prove disponibili a chi voglia calcolarla». In altre parole, «da ogni concezione che faccia della probabilità una misura della razionalità della credenza, bisogna senz'altro attendersi questa relatività, perché le credenze di un individuo ragionevole mutano in rapporto allo stato delle sue conoscenze» ⁽¹⁶⁾.

Per meglio chiarire questo discorso sarà forse opportuno avere a disposizione un esempio concreto: la contadina che si reca per la prima volta in città e non sa che le porte della metropolitana si chiudono automaticamente, non può ovviamente prevedere il rischio cui espone il proprio nipotino se non provvede a tenerlo alla dovuta distanza dalle porte stesse ⁽¹⁷⁾. Ecco allora proporsi la domanda: come andrà valutato il comportamento della donna nel caso in cui si produca un evento dannoso per l'incolumità del bambino?

La prevedibilità del risultato tipico a danno di quest'ultimo — insomma la rappresentabilità del pericolo cui egli viene esposto — può essere considerata tanto in riferimento alle cognizioni

⁽¹⁴⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 283 ss.

⁽¹⁵⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 284.

⁽¹⁶⁾ Così COPI, *Introduction to Logic*, 1961, trad. it. a cura di STRINGA, *Introduzione alla logica*, 1976, 536 s.

⁽¹⁷⁾ L'esempio è tratto da SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht², A.T., Lehrbuch*, 1975, 444.

specifiche di cui è fornita, ad esempio, la maggior parte degli uomini, quanto sulla scorta delle più limitate esperienze di cui, in proposito, è fornito l'agente concreto. Dal primo punto di vista, si dovrà assegnare alla situazione un'alta potenzialità lesiva: sulla base del contatto quotidiano che l'uomo comune ha con i mezzi di trasporto, è facile infatti pronosticare come altamente probabile il verificarsi di un evento lesivo a danno del bambino qualora questi non venga tenuto alla debita distanza dalle porte della vettura. Ad una conclusione diametralmente opposta perverrà invece il giudizio operato sulla misura delle conoscenze concretamente a disposizione di una persona che sale per la prima volta su una vettura della metropolitana.

Ed è facile accorgersi che entrambe le valutazioni sono egualmente attendibili sotto il profilo della logica del giudizio probabilistico, giacché — come si afferma — «qualsiasi previsione può avere diverse probabilità in contesti diversi, cioè relativamente a prove diverse» ⁽¹⁸⁾. Con le seguenti, opposte conseguenze sul piano pratico: alla stregua dell'un punto di vista, si dovrà affermare la prevedibilità dell'evento e, quindi, la colpa della donna; mentre in forza dell'altro si dovrà ritenere l'evento stesso imprevedibile e pertanto escludere la rilevanza penale del fatto.

Un discorso assai simile si può ripetere per quanto concerne più specificamente l'altro elemento strutturale della colpa, ossia l'evitabilità (prevenibilità). Per convincersene concretamente basterà riflettere su uno dei tanti casi pratici prospettati dall'esperienza giurisprudenziale: per esempio sul fatto di chi compie un'esercitazione di guida nel rispetto di tutte le precauzioni imposte al riguardo dal codice stradale (presenza al suo fianco di persona munita di patente, scelta di luoghi poco frequentati, ecc.) ⁽¹⁹⁾. Ebbene, sulla base di quale parametro si dovrà valuta-

⁽¹⁸⁾ *CORI, op. loc. cit.*

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. 20 gennaio 1971, *Cass. pen. mass. ann.*, 1972, 735, 1001; Cass. 6 dicembre 1971, *ivi*, 1983, 2930.

re l'eventuale responsabilità dell'allievo che, venutosi a trovare improvvisamente e senza sua colpa in una situazione di emergenza, non riesca per inesperienza ad eseguire correttamente la manovra di fortuna necessaria, procurando così il ferimento di una terza persona? Si dovrà forse fare riferimento all'esperienza, alla prontezza di riflessi, alle doti di freddezza e di calcolo proprie dell'automobilista medio, che sarebbe stato certamente in grado di compiere regolarmente la manovra, e quindi affermare la colpa dell'allievo? O si dovrà piuttosto tener conto delle più ridotte capacità da questi effettivamente possedute, escludendone così la responsabilità penale?

Pur nella sua schematicità forse eccessiva ⁽²⁰⁾, questa contrapposizione di punti di vista serve ad introdurre in termini di concretezza il problema della misura della colpa.

Da un lato, c'è chi propone un parametro oggettivo, generalizzante, la cui oggettività sta nell'affermata conformità alle esigenze di generalizzazione e di certezza proprie dell'ordinamento penale ⁽²¹⁾. L'affermazione della colpa non si fonderebbe perciò sul presupposto che l'evento sia «prevedibile in ogni singolo caso, per ogni singolo autore», ma richiederebbe più semplicemente che «l'evento sia *di regola* prevedibile», alla stregua di un criterio ricavabile «dall'osservazione di ciò che accade nella maggior parte dei casi» ⁽²²⁾. Il metro di giudizio sarebbe insomma dato dalla diligenza e dall'accortezza «dell'uomo medio, del *bonus pater familias*» ⁽²³⁾, o comunque andrebbe stabilito creando

⁽²⁰⁾ È bene osservare fin da ora, infatti, che la contrapposizione tra i sostenitori della misura oggettiva e quelli della misura soggettiva si presenta, almeno sotto certi aspetti, meno drastica di quanto potrebbe apparire dalla impostazione tradizionale del problema. Sul punto si tornerà comunque in seguito nel corso del § 4.

⁽²¹⁾ VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, Bd. II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, 1907, 448.

⁽²²⁾ HOLD VON FERNECK, *Die Idee der Schuld*, 1911, 53.

⁽²³⁾ BAUMGARTEN, *op. cit.*, 123.

un prototipo di uomo, più o meno diligente ⁽²⁴⁾, le cui doti di accortezza e le cui capacità andrebbero generalizzate e confrontate con il caso di specie da giudicare ⁽²⁵⁾. Ciò significa che occorrerebbe fare astrazione «dall'esame della personalità individuale», per lasciar posto ad un giudizio «obiettivo» e «spersonalizzato» ⁽²⁶⁾.

Come osservava già Exner, in quest'ordine di idee non ci si chiede se l'evento lesivo avrebbe potuto essere previsto ed evitato dall'*agente concreto*, quanto piuttosto se esso avrebbe potuto essere previsto ed evitato «da un modello astratto di uomo, posto nelle stesse circostanze» ⁽²⁷⁾. La responsabilità per colpa viene così a poggiare sul fatto puro e semplice che «qualcosa è dovuto, ma, in contrasto con la norma, non si è verificato», prescindendo completamente dalla considerazione del «potere individuale» del singolo agente ⁽²⁸⁾. In definitiva è il «potere altrui» ad offrire la misura che decide del «dovere» dell'*agente concreto* ⁽²⁹⁾; «è un potere generalizzato a fungere da presupposto dell'imputazione penale del fatto» ⁽³⁰⁾.

Proprio su quest'aspetto s'incentra criticamente il rilievo di fondo avanzato dalla contrapposta posizione dottrinale. Secondo il criterio oggettivo — osservava ad esempio Binding — il giudi-

⁽²⁴⁾ Come si vedrà meglio in seguito, il grado di diligenza e di accortezza che i vari 'oggettivisti' hanno via via attribuito all'«uomo medio» presenta oscillazioni a volta anche notevoli (cfr. in proposito i §§ 2 e 4).

⁽²⁵⁾ KOHLRAUSCH, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, in *Festgabe für K. Güterbock*, 1910, 25 (dell'estratto).

⁽²⁶⁾ In tal senso FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts*, in *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter (Festschrift zum Zentenarium des schweizerischen Juristenvereins)*, 1961, 269 ss., 321 ss., 326. In senso analogo SALM, *Das vollendete Verbrechen, Erster Teil, Ueber Fahrlässigkeit und Kausalität, Zweiter Halbband, Einzelprobleme*, 1967, 22 ss.

⁽²⁷⁾ EXNER, *op. cit.*, 180.

⁽²⁸⁾ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 1923 (ristampa anastatica del 1960), 136.

⁽²⁹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 43.

⁽³⁰⁾ KOHLRAUSCH, *op. cit.*, 26.

zio di colpa suonerebbe più o meno in questi termini: «tu devi astenerti dall'illecito non nella misura in cui tu stesso lo puoi, bensì nella misura in cui un altro diverso da te lo avrebbe potuto e lo avrebbe fatto» ⁽³¹⁾. Ma un simile criterio contrasta con il principio fondamentale per cui «nessuno può fare più di quanto è in suo potere» ⁽³²⁾; utilizzarlo nell'accertamento della colpa equivarrebbe a «rimproverare qualcuno per non aver reso possibile l'impossibile» ⁽³³⁾. Di un '*dover*' *prevedere ed evitare* si può quindi correttamente parlare solo in presenza di un effettivo '*potere*' *individuale* ⁽³⁴⁾. Di qui l'esigenza di una misura soggettiva, ritagliata sulla peculiare individualità dell'agente, considerando tanto le sue caratteristiche fisiche (ad esempio eventuali difetti di vista, di udito o altre invalidità) ⁽³⁵⁾, quanto le sue qualità intellettuali, come il patrimonio di conoscenze, il bagaglio di esperienze, l'intelligenza, la capacità di reazione e di giudizio, la memoria, ecc. ⁽³⁶⁾.

2. La dottrina della colpa, dunque, può oggi vantare a buon diritto di non meritare più il proverbiale giudizio scettico di Binding — :il delitto colposo è un «figliastro» della scienza penalistica ⁽³⁷⁾ — solo a patto che dimostri di aver acquisito sufficiente chiarezza circa il quesito della misura valutativa occorrente per accertare in concreto la rappresentabilità e la prevenibilità. Come viene ribadito, simili criteri rappresentano infatti sol-

⁽³¹⁾ BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtswidrige Handlung und die Arten des Delikts*, IV Band, *Die Fahrlässigkeit*, 1919, 520 s.

⁽³²⁾ BINDING, *op. cit.*, 520.

⁽³³⁾ EXNER, *op. cit.*, 137.

⁽³⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*², 1976, 223 ss.; EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁵⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 420.

⁽³⁶⁾ ENGISCH, *Untersuchungen* cit., 420 ss.; ARTH KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., 227.

⁽³⁷⁾ Ricordato, tra gli altri, da EXNER, *op. cit.*, nell'Introduzione e da SCHÜNE-MANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristenzeitung*, 1975, 435.

tanto «lo scheletro delle regole preventive la cui inosservanza attira la qualifica» di negligenza, giacché «una qualifica che voglia rispecchiare gli sviluppi della condotta prevedibili e prevenibili a priori finisce, per forza di cose, col relativizzarsi» ⁽³⁸⁾.

Nel proporci di mettere a fuoco alcuni aspetti — a nostro avviso essenziali — di tale tematica, non a caso abbiamo preso le mosse da Mannheim. E non tanto — o non solo — perché a tale Autore va attribuito il merito di aver per primo tracciato organicamente le linee direttive su cui deve svilupparsi ogni indagine sulla misura della colpa ⁽³⁹⁾. Quanto piuttosto — o anche — perché proprio a Mannheim risale un'obiezione preliminare circa la stessa sostenibilità logica e praticabilità concreta della posizione soggettivistica: un'obiezione che ancor oggi rappresenta — soprattutto nel quadro della nostra esperienza giuridica ⁽⁴⁰⁾ — il principale motivo critico adoperato da chi avversa il criterio soggettivo ed il cui esame si pone inizialmente come condizione necessaria per la corretta impostazione del problema.

«A riflettere fino in fondo sulla concezione soggettiva della colpa — affermava Mannheim — ci si accorge che essa contiene un'insanabile contraddizione». Le capacità individuali dell'autore, infatti, le quali dovrebbero offrire la misura di giudizio, sono valutabili solo attraverso indizi oggettivi, e precisamente attraverso i loro «frutti», vale a dire attraverso il «'comportamento esteriore' dell'agente, dal quale soltanto è possibile ricavare conclusioni in riferimento alla sua individualità». Ma per avere un «quadro sufficientemente attendibile» bisognerà ovviamente prendere in considerazione «tutte le azioni del soggetto delle quali siamo a conoscenza e tali da permettere illazioni in riferimen-

⁽³⁸⁾ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 180 s.

⁽³⁹⁾ Per un giudizio analogo sull'importanza del lavoro di Mannheim, si cfr. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität*, 1928, 90; nonché ENCISCH, *Untersuchungen*, cit., 427 e PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, 1954, 140.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. soprattutto MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 183 s.; *Il reato come 'azione'*, cit., 209 ss.

to alla costituzione del loro autore. Non si può, ad esempio, scegliere arbitrariamente solo alcune delle azioni a disposizione, per ricostruire sulla loro base un quadro delle capacità intellettive dell'autore. È anzi indispensabile che non si astragga da nessuna azione della quale si sia a conoscenza; giacché proprio questa potrebbe essere particolarmente sintomatica in merito alla intelligenza del soggetto. Di qualsiasi azione non si può aprioristicamente ritenere che essa rimanga al di sotto del potere dell'autore, perché anch'essa offre un punto di riferimento per misurare concretamente un tale potere. Ed è proprio a questo punto che la misura soggettiva fallisce; essa, infatti, deve trascurare per lo meno un'azione, e precisamente quella da giudicare in concreto. Supponiamo che quanto noi sappiamo del soggetto ce lo descriva come un uomo che nel caso in esame sarebbe stato in grado di prevedere l'evento impiegando al meglio le sue capacità. Con quale diritto possiamo affermare che proprio le azioni precedenti portassero effettivamente ad espressione la sua individualità e che proprio quelle dimostrassero il suo grado di intelligenza? Non si potrà mai escludere, invero, che nelle precedenti occasioni egli non abbia affatto agito con maggiore accortezza e che sia stata solo una coincidenza fortunosa a vernirgli in aiuto, una coincidenza che adesso non si è verificata. Non vi è dunque alcuna ragione per ricostruire la individualità del soggetto trascurando arbitrariamente anche uno soltanto dei molteplici indizi che sono a disposizione a tale scopo. Ma un tale arbitrio la teoria soggettiva deve eleggere a principio proprio riguardo al fatto da giudicare in concreto. Se vuole evitarlo, se vuole sfuggire al rimprovero di arbitrarietà e prendere in considerazione pure il comportamento in esame, ecco che essa diviene logicamente impossibile: perché pretende di giudicare qualcosa secondo una misura contenuta nella cosa stessa da giudicare. In tal modo, la teoria soggettiva misura un uomo secondo il suo stesso metro e rinnova così l'immagine di Münchhausen che cerca di tirarsi

fuori dall'acquitrinio afferrandosi per i capelli» ⁽⁴¹⁾).

La misura soggettiva, dunque, sembrerebbe fatalmente destinata al fallimento, non potendo sfuggire al rimprovero *alternativo* o di arbitrarietà o di impossibilità logica.

Ma quanto c'è di esatto nel ragionamento di Mannheim? Cerchiamo di stabilirlo, anzitutto, con riguardo al primo termine dell'alternativa: l'arbitrarietà della misura soggettiva deriverebbe dal dubbio — sollevato proprio dall'azione oggetto di giudizio — che le capacità del soggetto non siano quelle indiziate dalle sue azioni precedenti, insomma dalla impossibilità di formulare *in termini di certezza* un giudizio sull'effettivo *potere* dell'agente di prevedere ed evitare l'evento lesivo.

Contro una tale argomentazione, è stato già da tempo replicato che «il diritto è fatto per la vita e che noi nella vita misuriamo ad ogni istante le prestazioni degli uomini non solo secondo il loro valore oggettivo, ma anche alla stregua del rapporto in cui esse si trovano con le capacità del loro autore» ⁽⁴²⁾. «È un dato di fatto — si è aggiunto — che noi giorno per giorno valutiamo se un uomo ha o meno capacità di giudizio, se ha buona o cattiva memoria, se gli si può riconoscere o meno un determinato bagaglio di esperienze; e, proprio su queste basi, giudichiamo se una sua erronea valutazione vada attribuita ad un difetto di accortezza o ad una mancanza di capacità» ⁽⁴³⁾.

Un giudizio sul «potere concreto» dell'agente è insomma sempre formulabile sulla scorta dell'«esperienza comune» ⁽⁴⁴⁾, quella stessa esperienza comune la quale, ad esempio, ci insegna che chi nulla sa dell'ossido di carbonio non ne può conoscere le proprietà velenose ⁽⁴⁵⁾; o ci dice — per riprendere i nostri casi

⁽⁴¹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 41 s.

⁽⁴²⁾ KRIEGSMANN, *Recensione a Mannheim, Der Massstab der Fahrlässigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 34, 1913, 759.

⁽⁴³⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 438 s.

⁽⁴⁴⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 417. Cfr. ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 228 s.

⁽⁴⁵⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit. 420 s.

pratici già prospettati in apertura di questo lavoro ⁽⁴⁶⁾ — che chi non ha mai viaggiato su un mezzo pubblico di trasporto sarà ben difficilmente in grado di percepire il pericolo insito nel chiudersi automatico delle porte: allo stesso modo non si può ragionevolmente pretendere che chi compie un'esercitazione di guida per conseguire la patente abbia la stessa capacità di reazione al pericolo e la stessa esperienza di un guidatore provetto.

Certo, proprio perché fondato sull'esperienza comune, l'accertamento non sarà mai sorretto da un'asserzione in termini di *certezza oggettiva*: esso poggerà piuttosto su un *giudizio di verosimiglianza*. In tal senso, già Engisch ⁽⁴⁷⁾ aveva parlato di una valutazione a struttura probabilistica: al più noi siamo in grado di stabilire che «molto probabilmente» l'agente aveva effettivamente la possibilità di rappresentarsi ed evitare la realizzazione del fatto tipico. Volendo usare il linguaggio della logica, si può dire che la valutazione delle personali capacità dell'agente si traduce nella formulazione di un'*ipotesi* fornita di un certo grado di probabilità (di conferma) — un'ipotesi che può, quindi, rivelarsi sufficientemente ragionevole e plausibile, senza tuttavia essere suscettibile di una *prova definitiva* ⁽⁴⁸⁾.

Ma basta ciò per affermare l'arbitrarietà del criterio soggettivo? La risposta — è ovvio — non può essere che negativa.

A ben guardare, infatti, il concetto di arbitrarietà cui faceva riferimento Mannheim si contrappone ad un'idea di certezza soltanto utopistica, perché si tratta di una certezza che la prassi del diritto non è assolutamente in grado di raggiungere. Era

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *supra* il § 1.

⁽⁴⁷⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 417.

⁽⁴⁸⁾ E questa la caratteristica propria degli argomenti induttivi: «Nell'induzione non possiamo essere certi che le conclusioni saranno sempre vere, se le premesse sono vere, pur potendo fare del nostro meglio per renderle vere nel maggior numero di casi possibile»: SALMON, *Logic*, 1963, trad. it. a cura di DI BERNARDO, *Logica elementare*, 1969, 76 ss., 107 ss.

una pretesa della cultura positivistica quella di racchiudere l'esperienza giuridica in una serie di «certezze deduttive», tali da garantire la «purezza scientifica» del diritto. Nel sottolineare come il convincimento del giudice si formi *sempre* attorno e con l'aiuto di una serie di giudizi di verosimiglianza, la dottrina contemporanea ha posto in risalto come l'aspirazione verso ogni «certezza oggettiva» rimanga irrealizzabile per la relatività stessa dell'esperienza giuridica quale esperienza del finito ⁽⁴⁹⁾.

Chi, ancor oggi, sulle orme di Mannheim ritiene di fare frettolosamente giustizia del criterio soggettivo attraverso il rimprovero di arbitrarietà, dimentica troppo facilmente l'insegnamento profondo che ci proviene dall'affermazione: la logica della prova — come la logica stessa del diritto — è una logica di probabilità! ⁽⁵⁰⁾

Non è certamente il caso di dilungarsi sui più recenti studi sulla prova, i quali ci avvertono di tener distinta la «certezza soggettiva» — l'unica raggiungibile dal giudice — dalla «certezza oggettiva» in merito al dato da provare, la cui «verità» è dimostrabile solo in termini probabilistici ⁽⁵¹⁾.

E che dire, ad esempio, del capitolo della causalità, dove la esperienza giuridica può verificare ancor più tangibilmente che ogni ricerca empirica deve inevitabilmente operare con la logica probabilistica? ⁽⁵²⁾ Qualsiasi studioso di leggi naturali testimonierà che tutte le sue conoscenze — anche quelle fornite del più alto grado di conferma — non possono mai abbandonare il terre-

⁽⁴⁹⁾ Sul giudizio di verosimiglianza come giudizio di valore, cfr. M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, 1964, spec. 135 ss.

⁽⁵⁰⁾ CARDOZO, *The Growth of the Law*, 1924, trad. ted. a cura di THIELE-FREDESDORF, *Lebendiges Recht*, 1949, 35 ss.

⁽⁵¹⁾ FINCKE, *Die Gewissheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1973, 266 ss.

⁽⁵²⁾ Sui rapporti tra il concetto scientifico e quello giuridico di causalità è fondamentale il recente approfondito lavoro di STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento tra azione ed evento*, 1975, *passim*. Vedine anche le implicazioni in tema di tentativo, messe in luce già da SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, 1959, 149.

no della probabilità ⁽⁵³⁾. Sulla base di questa premessa è stato dimostrato il carattere necessariamente probabilistico della spiegazione casuale operata dal giudice nell'imputare le conseguenze lesive di un fatto tipico: «l'evento lesivo può essere oggettivamente addebitato all'agente quando si può dire che l'asserzione: 'senza il comportamento dell'agente l'evento non si sarebbe verificato' è altamente probabile o ragionevolmente credibile» ⁽⁵⁴⁾.

In breve: contro il proverbiale ottimismo dei positivisti non si può fare a meno di ricordare le parole di Arthur Kaufmann: «ogni qual volta si esprime un giudizio di colpevolezza, non si può mai avere la piena garanzia di aver deciso esattamente»; e ciò perché «ogni nostra conoscenza ci può offrire soltanto una maggiore o minore probabilità, mai la certezza. Chi non si accontenta deve fare in modo di scoprire un altro mondo, diverso dal nostro, [...] che è il mondo degli uomini» ⁽⁵⁵⁾.

Ricondotta alle sue reali dimensioni la portata del rimprovero di arbitrarietà mosso contro la misura soggettiva, non possono tuttavia essere messe seriamente in discussione le difficoltà che comporta la valutazione delle personali capacità e conoscenze possedute dall'agente. Come è stato rilevato, nella prassi occorrerà una «delicata interpretazione di indizi», e le difficoltà saranno tanto maggiori quanto più sfumati saranno i contorni della situazione concreta e quanto più differenziate, eterogenee e numerose saranno le singole implicazioni che vi confluiscono ⁽⁵⁶⁾. Resta perciò da verificare se la misura oggettiva non si lasci magari preferire sotto il profilo di una maggiore praticabilità concreta.

⁽⁵³⁾ FINCKE, *op. cit.*, 267. Si veda però la distinzione tra probabilità logica e probabilità statistica in SALMON, *Logica elementare*, cit., 98 s.

⁽⁵⁴⁾ STELLA, *op. cit.*, 316.

⁽⁵⁵⁾ *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, in *Juristenzeitung* 1967, 553 ss., 560 (ora in appendice alla 2ª ed. dello *Schuldprinzip*, cit., 263 ss.).

⁽⁵⁶⁾ JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, in *Deutsche Landesreferate zum IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (Teheran 1974)* 1974, 21. Cfr. BURSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, cit., 194.

Anche a questo riguardo, per altro, la risposta non può essere che negativa. Qualunque sia il punto di riferimento per la generalizzazione, la tesi oggettivistica nulla può replicare al rilievo già di Hirschberg: stabilire univocamente un modello di uomo diligente offre il fianco a perplessità certamente non minori rispetto a quelle che possono avanzarsi contro la tesi soggettivistica ⁽⁵⁷⁾.

Le possibilità di generalizzazione sono in principio due. In primo luogo, si può assumere a misura di giudizio la diligenza che nel caso concreto avrebbe impiegato un uomo ideale particolarmente accorto, magari dotato della maggiore accortezza ed attenzione possibili ⁽⁵⁸⁾. Ma un simile criterio — come riconosce anche Mannheim — non è certamente praticabile: occorrerebbe davvero una eccezionale dose di «coraggio per richiedere un così alto grado di diligenza. Se andassero punite tutte le persone che non impiegano una tale diligenza in ogni atto della loro vita, chi resterebbe al sicuro dalla galera?» ⁽⁵⁹⁾.

Per ridurre a livelli meno «disumani» ⁽⁶⁰⁾ la diligenza dovuta, gli oggettivisti sono soliti percorrere un'altra strada, facendo riferimento alle caratteristiche dell'uomo comune ⁽⁶¹⁾, per esempio attraverso la nota formula del «*bonus pater familias*» ⁽⁶²⁾

⁽⁵⁷⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität*, cit., 90 s. Cfr. ENGELMANN, *Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Schuldlehre*, in *Festschrift für Traeger*, 1926, 47 (dell'estratto).

⁽⁵⁸⁾ Per una tale impostazione cfr. RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1900, 171 ss.; *Der Zufall im Recht*, 1896, 44 ss.

⁽⁵⁹⁾ MANNHEIM, *Der Massstab*, cit., 44.

⁽⁶⁰⁾ L'espressione è di DEUTSCH *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung*, 1963, 127.

⁽⁶¹⁾ WAHLBERG, *Das Mass und der mittlere Mensch im Strafrecht*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1878, 530 ss.

⁽⁶²⁾ BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 123. Quest'ultima formula è stata comunque intesa in maniera alquanto più rigoristica da VON BAR, *Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen Anderer*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1877, 26 ss.

o, più spesso, attraverso l'altra dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*»⁽⁶³⁾. Esamineremo più oltre qual è precisamente il significato di tali parametri ed in qual senso essi differiscano⁽⁶⁴⁾. A questo punto, qualunque sia il criterio di generalizzazione che si consideri, ci interessa soltanto far valere il rilievo di Engisch: «l'uomo medio di una determinata classe professionale» — e l'argomento è facilmente adattabile anche al criterio del «*bonus pater familias*» — «può essere riconosciuto unicamente considerando tutti gli appartenenti alla classe stessa, cui peraltro appartiene pure l'autore del fatto concreto»⁽⁶⁵⁾. Ecco allora che la critica di Mannheim contro la tesi soggettiva si rivolta contro quella oggettiva: «ricomprendere anche l'agente concreto nella base di giudizio sarebbe logicamente assurdo, escluderlo arbitrario»⁽⁶⁶⁾. Se infatti si tratta di vedere «ciò che avrebbe presumibilmente fatto l'uomo medio appartenente alla medesima categoria professionale, bisogna allora riferirsi a ciò che gli appartenenti a tale classe hanno effettivamente fatto in circostanze simili»: «al che si oppone proprio il comportamento tenuto dall'agente» — appunto *homo eiusdem professionis et condicionis* — «nel caso concreto»⁽⁶⁷⁾. Se invece si vuole «ritenere decisivo il giudizio personale del collega: 'anch'io mi sarei comportato così', 'io mi sarei comportato diversamente'», si trascura che «nelle varie categorie professionali esistono livelli differenti di capacità e di conoscenze»: non è forse vero che vi sono «domestici stupidi e domestici svegli, insegnanti con buona e cattiva

(63) È questo il criterio accolto da MANNHEIM, *op. cit.*, 46 ss. Nella dottrina italiana, in senso analogo, si veda GALLO, *Colpa penale*, cit., 640; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 193 ss.; CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, 1955, 120, anche per ulteriori richiami bibliografici.

(64) Cfr. *infra* il § 4.

(65) *Untersuchungen*, cit., 438.

(66) *Untersuchungen*, loc. ult. cit.

(67) *Op. loc. ult. cit.*

memoria, professori di filosofia con ricche e con scarse conoscenze?» ⁽⁶⁸⁾.

Per cui non resta che un'ultima strada: calcolare — come osservava scetticamente Binding — una sorta di media matematica dalla molteplicità dei casi pensabili ⁽⁶⁹⁾. Ed a parte il rilievo che una simile operazione non potrebbe che compiersi con «estrema superficialità» ⁽⁷⁰⁾, per ridurre al minimo il margine di approssimazione e di arbitrarietà nella formazione della base di giudizio occorrerebbe una vera e propria «osservazione di massa» ⁽⁷¹⁾, prendendo in esame tutti, o quasi tutti, gli individui appartenenti alla classe cui si fa riferimento ⁽⁷²⁾: un'indagine, questa, che — non è nemmeno il caso di dirlo — nessun fautore della misura oggettiva ha finora avuto il coraggio di indicare espressamente tra i compiti dello studioso o del pratico interessato ai problemi del delitto colposo.

Di modo che la tesi oggettivistica si rivela, al pari di quella soggettivistica, destinata a rassegnarsi, per così dire, «di fronte alla limitatezza del patrimonio delle conoscenze umane» ⁽⁷³⁾, dovendosi accontentare anch'essa di operare con semplici giudizi di verosimiglianza — certo ben lontani dal garantire la certezza oggettiva del risultato applicativo e quindi incapaci per definizione di eliminare ogni sospetto di quella arbitrarietà tanto temuta da Mannheim.

Una prima conclusione interlocutoria, quindi, non dovrebbe risultare difficile da condividere: non appena si abbandona il terreno dell'esperienza comune, non appena si dimentica che — ci si consenta un altro richiamo ad Arthur Kaufmann — nel

⁽⁶⁸⁾ *Op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁹⁾ *Normen*, Bd. IV, cit., 519.

⁽⁷⁰⁾ *Op. loc. ult. cit.*

⁽⁷¹⁾ *Op. loc. ult. cit.*

⁽⁷²⁾ Come osservava già LITTEN, *Lo Codi und seine Stellung in der Entwicklungsgeschichte des Culpa-Problems*, in *Mélanges Fitting*, II, 1908, 626. Cfr. ENGELSCH, *Untersuchungen*, cit., 438.

⁽⁷³⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, cit., 90 s.

«nostro mondo», il «mondo degli uomini» è ineliminabile il «rischio che ogni decisione implica» ⁽⁷⁴⁾, la tesi soggettivistica si presta facilmente ad essere ridotta *ad absurdum* attraverso un ragionamento in fondo non molto dissimile da quello di Mannheim.

3. Verificata la inconsistenza del sospetto di arbitrarietà avanzato contro la teoria soggettivistica, occorre adesso prendere in esame l'altro rilievo di Mannheim, quello riguardante la «impossibilità logica del giudicare secondo il metro dello stesso soggetto da giudicare (*das Messen nach eigenem Maß*)» ⁽⁷⁵⁾. Ma, è ovvio, non per interrogarsi nuovamente sulla praticabilità concreta del criterio individualizzante. La risposta positiva appena data a tale interrogativo non può più essere intaccata dal fatto che si dimostri *logicamente necessario prescindere dalle capacità rivelate dal soggetto con l'azione concreta oggetto di giudizio*. L'intero ragionamento di Mannheim, infatti, essendo fondato sul rimprovero *alternativo* o di arbitrarietà o di impossibilità logica, cade con la dimostrazione, appena fornita, che *non è arbitrario* stabilire le capacità personali dell'agente facendo astrazione dall'azione in esame.

A questo punto si tratta piuttosto di prendere semplicemente coscienza di un preciso limite che la logica ed il buon senso pongono all'individualizzazione dell'accertamento della colpa, e, su questa base, di stabilire la vera sostanza del contrasto tra oggettivisti e soggettivisti.

C'è un fatto che occorre subito mettere in chiaro: se la misura soggettiva viene intesa nel senso che si debba tener conto di *tutte* le caratteristiche individuali dell'agente, non c'è allora dubbio che essa diverrebbe logicamente impossibile. Di ciò bisogna dare atto a Mannheim. Una misura valutativa, è stato osser-

⁽⁷⁴⁾ *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte*, cit., 560.

⁽⁷⁵⁾ Questa è l'espressione di MANNHEIM, *op. cit.*, 41 s.

vato, deve trovarsi al di fuori dell'oggetto da misurare ⁽⁷⁶⁾, laddove la valorizzazione di *tutte* le caratteristiche dell'agente — nessuna esclusa: quindi anche di *tutte* quelle che si esprimono con l'azione in esame ⁽⁷⁷⁾ — implica che l'oggetto stesso da misurare — e cioè l'individualità dell'agente quale viene rivelata anche dall'azione concreta — entri nel giudizio «come fattore essenziale della misura che si adotta» ⁽⁷⁸⁾. Con la conseguenza che il criterio soggettivo porterebbe ineluttabilmente a sentenze sempre assolutorie ⁽⁷⁹⁾. Perché anche quando si sia accertato che le capacità e le conoscenze manifestate dall'agente con le sue azioni precedenti indiziano il *potere* dell'agente stesso di rappresentarsi ed evitare la realizzazione del fatto tipico, quelle espresse da quest'ultima azione finirebbero, in un modo o nell'altro, per testimoniare che egli non poteva in concreto comportarsi diversamente da come si è comportato ⁽⁸⁰⁾. Verrebbe meno, insomma, qualsiasi punto di riferimento obiettivo per la valutazione normativa: «l'opinione dell'ordinamento — in base alla quale bisognerebbe formulare il giudizio che l'agente 'poteva' prevedere e prevenire il realizzarsi della fattispecie — combacerebbe, fatalmente, con l'opinione dell'agente: [...] l'ordinamento direbbe dell'agente, come l'agente di se stesso, che la tensione nervosa l'emozione la stanchezza che lo ha attanagliato, la stoltezza e l'ignoranza che ne offuscavano la conoscenza, gli impedivano, come gli hanno impedito, di evitare e di rendersi conto che stava realizzando un fatto delittuoso» ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁶⁾ MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 210.

⁽⁷⁷⁾ Si vedano sul punto i precisi rilievi di BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale dell'Università di Pavia*, 1960-61, 114 ss.

⁽⁷⁸⁾ MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 210.

⁽⁷⁹⁾ Così, acutamente, MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 183; in sostanza, anche GALLO, *Colpa penale*, cit., 639. Si cfr. inoltre, di recente, MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 297.

⁽⁸⁰⁾ I criteri della «rappresentabilità» e della «prevenibilità» perderebbero così ogni «funzionalità»: BRICOLA, *op. loc. cit.*

⁽⁸¹⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 184.

Ad esempio, quando dalle precedenti operazioni eseguite da un famoso chirurgo si inferiscono le sue eccezionali capacità tecniche, a fondare il giudizio di colpa non basterebbe nemmeno stabilire che nel caso di specie egli è stato imperdonabilmente disaccorto, restando di molto al di sotto dello standard proprio di un normale chirurgo. L'assoluzione del soggetto risulterebbe anzi inevitabile in forza di una riflessione del genere: l'azione concreta ci dice che il soggetto, pur dotato di grandi capacità, non è in grado di impiegarle sempre adeguatamente, giacché — ce lo dimostra proprio il fatto in esame — egli è incapace di operare sempre con la stessa accortezza: «se ha ucciso un uomo — concludeva Kohlrausch — ciò vuol dire insomma che egli alla 'stregua delle sue condizioni personali' non poteva fare altrimenti» ⁽⁸²⁾.

Qui sta dunque il «vizio logico» ⁽⁸³⁾ in cui rischia di cadere la misura soggettiva della colpa: «se non si fa astrazione da *almeno una* delle circostanze soggettive che hanno accompagnato la realizzazione del fatto, non è pensabile alcuna regola di condotta che prescriva all'agente concreto di comportarsi diversamente da come ha agito» ⁽⁸⁴⁾.

Nelle aspirazioni di Mannheim — e di chi tutt'oggi si richiama al suo pensiero ⁽⁸⁵⁾ — tale argomento dovrebbe fornire la confutazione definitiva della tesi soggettivistica: per eludere il vizio di impossibilità logica, essa dovrebbe infatti prescindere dall'azione in esame, cadendo così nel vizio di arbitrarietà ⁽⁸⁶⁾.

Quest'obiettivo finale, lo si è già detto, viene fallito in pie-

⁽⁸²⁾ KOHLRAUSCH, *Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung)*, in *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches*, Bd. I, A.T., 1910, 212. Cfr. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 449; GALLO, *Colpa penale*, cit., 635.

⁽⁸³⁾ Da cui mette efficacemente in guardia anche GALLO, *Colpa penale*, cit., 639.

⁽⁸⁴⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 184.

⁽⁸⁵⁾ Soprattutto MARINUCCI, *La colpa*, cit., 181 ss.; *Il reato come 'azione'*, cit., 209 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *supra* il § 2.

no. Infatti anche se bisogna convenire con Mannheim sulla «necessità logica» che il criterio soggettivo astragga, in un certo qual modo, dall'azione in esame, ciò non ne dimostra per nulla l'impraticabilità concreta: come si è visto, non è affatto arbitrario stabilire un quadro delle caratteristiche personali dell'agente facendo astrazione dal comportamento oggetto di giudizio. E se proprio di arbitrarietà si vuole parlare (peraltro a torto), il criterio oggettivo — anche questo lo si è già visto ⁽⁸⁷⁾ — non si rivela certamente, sotto tale profilo, più affidabile di quello soggettivo ⁽⁸⁸⁾.

Vero è che, contrariamente alle intenzioni, le argomentazioni di Mannheim finirono col fornire ai soggettivisti lo spunto per importanti chiarimenti concettuali: in particolare, arricchendo di preziosi approfondimenti la disputa sulle condizioni dell'evento dalle quali occorre fare astrazione nell'operare il rimprovero di colpa e contribuendo, contemporaneamente, a far emergere una insospettata analogia strutturale fra il criterio soggettivo e quello oggettivo ⁽⁸⁹⁾.

4. «Quando noi ci chiediamo se qualcuno poteva prevedere o rappresentarsi qualcosa, acquistano rilievo diversi elementi: le circostanze esterne, l'accortezza del soggetto, le sue capacità fisiche ed intellettive. Se, nel porre la domanda, noi consideriamo tutti questi elementi, allora la risposta non può che suonare: egli non poteva rappresentarsi ciò che non si è rappresentato. Ma, così posta, la domanda è assolutamente priva di senso. Occorre pertanto fare astrazione almeno da uno di tali elementi» ⁽⁹⁰⁾.

Con queste parole viene espresso un punto di vista su cui sono d'accordo, ed indiscriminatamente, tutti i soggettivisti: di

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *supra* il § 2.

⁽⁸⁸⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, cit., 90. Vanno ancor oltre ENGELMANN, *op. loc. cit.* ed ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 438 s.

⁽⁸⁹⁾ Al riguardo, puntuali i rilievi di HIRSCHBERG, *op. loc. cit.*

⁽⁹⁰⁾ LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, in *Festgaben der Marburger Juristischen Fakultät für L. Ennecerus*, 1913, 45 (dell'estratto).

una possibilità individuale di rappresentarsi ed evitare la realizzazione del fatto tipico «si può discutere solo se si prescinde da almeno una delle condizioni necessarie per il suo verificarsi» ⁽⁹¹⁾.

Si pensi ancora alla prevedibilità dell'evento: «quando sono date tutte le condizioni affinché l'evento venga effettivamente previsto» — «le circostanze esteriori, un determinato patrimonio conoscitivo ed una determinata capacità di giudizio, un certo grado di interesse del soggetto a che l'evento si verifichi o non si verifichi» — «allora c'è anche la rappresentazione». «Questo è un dato di fatto psicologico» — osservava Exner ⁽⁹²⁾: «di un 'potere' non si può parlare. Altrettanto sicuro è che la rappresentazione, quando manca in concreto, manca necessariamente; di un 'potere' non c'è da parlare nemmeno a questo proposito». «Ciò che io vedo in questo momento» — continuava Exner ⁽⁹³⁾ citando due famosi oggettivisti — «'io devo vederlo; ciò che non vedo, non posso vederlo'» ⁽⁹⁴⁾. «Quel che non ha previsto, secondo il metro della sua individualità l'agente non poteva neanche prevederlo» ⁽⁹⁵⁾.

È su un altro punto che verte il contrasto tra le due posizioni dottrinali: e precisamente sulle circostanze concrete dalle quali bisogna fare astrazione per operare il rimprovero di colpa.

Al riguardo è interessante notare come la stessa impostazione oggettivistica assuma coloriture a volte anche notevolmente diverse, in corrispondenza degli orientamenti tutt'altro che uniformi che ad essa vengono solitamente ricondotti.

C'è stato anzitutto chi ha proposto un parametro del tutto generalizzante, ricavabile dalla diligenza che nel caso di specie avrebbe impiegato un unico modello ideale di uomo, ad esempio

⁽⁹¹⁾ Così ad es. EXNER, *Das Wesen*, cit., 183 s.; ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 410 ss.

⁽⁹²⁾ EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹³⁾ EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹⁴⁾ VON ALMENDINGEN, *Untersuchungen über das culpose Verbrechen*, cit., 55.

⁽⁹⁵⁾ VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 449.

l'«uomo accortissimo» ⁽⁹⁶⁾, l'«uomo accorto» ⁽⁹⁷⁾, l'«*homo diligens*» ⁽⁹⁸⁾. Nonostante i livelli spesso diversi di diligenza che si intendono esprimere con queste ed altre simili formule, il criterio della colpa viene comunque fissato in maniera pressoché indifferenziata: si tratterebbe sempre e soltanto di vedere se l'agente si sia in concreto comportato così come si sarebbe al suo posto comportato quell'unico modello ideale di persona ⁽⁹⁹⁾. Nella stessa prospettiva si collocano quelle posizioni che, abbassando ancora lo standard della diligenza dovuta, fissano il limite inferiore della colpa nell'accortezza propria dell'«uomo medio» o dell'«uomo comune» ⁽¹⁰⁰⁾. Un ulteriore dato caratteristico di tutti questi orientamenti è che l'accento viene posto sulle sole circostanze esteriori del fatto, facendo perciò ricadere il problema della colpa in quello della causalità materiale ⁽¹⁰¹⁾: decisive sarebbero infatti le «regole della vita» ⁽¹⁰²⁾ e le «regole dell'esperienza», che ci informano sulle possibili conseguenze dannose delle nostre azioni ⁽¹⁰³⁾. L'unico criterio di concretizzazione del giudizio sarebbe insomma offerto dalla considerazione dell'eventuale anomalia delle circostanze oggettive, e indipendenti dalla persona dell'agente ⁽¹⁰⁴⁾, che abbiano impedito all'agente stesso di rappresentarsi e prevedere il decorso delle cose ⁽¹⁰⁵⁾.

Una misura tanto generalizzante non poteva però adattarsi alle innumerevoli articolazioni della vita sociale ed alle sempre

⁽⁹⁶⁾ Così RÜMBELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe*, cit., 171 ss.; *Der Zufall im Recht*, cit., 44 ss.

⁽⁹⁷⁾ WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht. Vorlesungen*, 1881, 164.

⁽⁹⁸⁾ WÄCHTER, *op. loc. cit.*; cfr. VON BAR, *Zur Lehre von der Culpa*, cit., 26 ss.

⁽⁹⁹⁾ WÄCHTER, *op. loc. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ WAHLBERG, *Das Mass und der mittlere Mensch*, cit., 530 ss.

⁽¹⁰¹⁾ VON BAR, *Zur Lehre von der Culpa*, cit., 26.

⁽¹⁰²⁾ VON BAR, *op. ult. cit.*, 32.

⁽¹⁰³⁾ WAHLBERG, *op. cit.*, 533 s.

⁽¹⁰⁴⁾ Testualmente VON BAR, *op. ult. cit.*, 27.

⁽¹⁰⁵⁾ WAHLBERG, *op. cit.*, 533.

più numerose differenziazioni tra «tipi sociali» imposte dall'innalzarsi del grado di civilizzazione ⁽¹⁰⁶⁾.

Chiedersi che cosa possa prevedere e di quali capacità sia provvisto l'uomo modello o l'uomo medio «avrebbe senso in un'epoca primitiva, in cui le conoscenze e le doti dei singoli cittadini si trovassero ad un livello sufficientemente uniforme. In un popolo di contadini, di pastori e di cacciatori, è senz'altro possibile stabilire una misura tipica di capacità intellettive, fissare un livello medio tra i due estremi; così come è possibile determinare con una certa precisione quel che ci si può attendere da un membro di una simile società. Ma come stanno le cose quando si innalza il grado di cultura, il grado di civilizzazione? Qui la misura media, nella sua accezione generalizzante, fallisce perché è praticamente irreperibile» ⁽¹⁰⁷⁾. Proprio questa considerazione ha indotto altri — tra cui lo stesso Mannheim — a «meglio precisare» il criterio oggettivo ⁽¹⁰⁸⁾, adeguandolo alle particolari conoscenze che l'uomo acquista per la sua «posizione nella vita», per la sua «collocazione nella società», per la sua «attività professionale» ⁽¹⁰⁹⁾. Di qui il criterio «dell'uomo medio della cerchia sociale di cui l'agente è riconosciuto membro» ⁽¹¹⁰⁾ o l'altro, sostanzialmente analogo, dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*» ⁽¹¹¹⁾.

Quali sono gli specifici contenuti di tali formule? E quali intenti si perseguono con esse?

Lasciamo parlare ancora Mannheim: «la diligenza dovuta varia in funzione delle circostanze ed ha una portata diversa a seconda che si riferisca al signor X quando, per favorire la

⁽¹⁰⁶⁾ LITTEN, *Lo Codi*, cit., 627.

⁽¹⁰⁷⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 45.

⁽¹⁰⁸⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 46.

⁽¹⁰⁹⁾ TESAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht*, 1907, 218.

⁽¹¹⁰⁾ TESAR, *op. loc. cit.*

⁽¹¹¹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 46 ss.

digestione, va a passeggio su una pubblica strada, o piuttosto al capotecnico di una acciaieria nell'atto in cui sorveglia una colata d'acciaio necessaria per costruire una canna di cannone. Nella determinazione dell'obbligo di diligenza cui è tenuto quest'ultimo bisogna prendere le mosse dell'attenzione media che deve impiegare un bravo capotecnico: *homo eiusdem professionis*. Se però questo capotecnico, dopo il lavoro, fa la sua 'passeggiata per digerire', allora non potremo più richiedergli la medesima esasperata attenzione che egli è obbligato a prestare nell'acciaieria; ma dovremo piuttosto accontentarci della accortezza propria dell'uomo attento che fa la sua passeggiata, dunque dell'accortezza propria di un *homo eiusdem condicionis*» ⁽¹²⁾.

Sotto quest'ultimo profilo, poi, il criterio abbisognerebbe di ulteriori specificazioni, riguardanti l'ambiente sociale cui appartiene il soggetto. Questo il caso giudiziario con cui Mannheim ⁽¹³⁾ chiarisce il suo discorso: seguendo il consiglio di alcune donne del piccolo villaggio in cui viveva, la moglie di un vaccaio si convinse di poter guarire il proprio bambino malato di scrofolosi rinchiudendolo nel forno e, così facendo, ne provocò la morte per asfissia. Nel villaggio in cui la donna era cresciuta e vissuta, era effettivamente diffusa la credenza che determinate malattie infantili fossero guaribili chiudendo appunto i bambini nel forno. Ebbene, anche in tal caso il punto di vista oggettivo andrebbe «attentamente precisato», per evitare che ne conseguano applicazioni contrastanti con il senso di giustizia ⁽¹⁴⁾. L'assoluzione della madre — ad avviso di Mannheim assolutamente indiscutibile — non deriverebbe dall'applicazione di una misura soggettiva, quanto piuttosto dalla seguente considerazione, puramente *oggettiva*: dal fatto che «la donna divideva la sua superstizione con molte altre persone, avendo agito così come avrebbe

⁽¹²⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 47.

⁽¹³⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 49 s.

⁽¹⁴⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 50.

agito la maggior parte dei membri del gruppo sociale cui ella apparteneva per nascita, educazione, modo di pensare, formazione culturale». Non si tratterebbe, quindi, di considerare «un'incapacità *personale* di prevedere l'evento» quanto piuttosto di tener conto del fatto che essa «condivideva con altri una simile incapacità» ⁽¹¹⁵⁾.

È facile, allora, rispondere alle nostre domande: con il criterio dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*» si vuole ridurre il livello di generalizzazione dal punto di vista oggettivo, per adeguarlo alle molteplici articolazioni della vita collettiva allargando il numero delle circostanze concrete di cui occorre tener conto nell'operare il giudizio di colpa ⁽¹¹⁶⁾.

Innanzitutto, regolando la misura sul genere di attività professionale esercitata dall'agente: la portata del dovere di diligenza andrà così commisurata differentemente a seconda che si tratti di valutare l'attività del medico, del commerciante, del capotecnico, dell'operaio, ecc. ⁽¹¹⁷⁾.

In secondo luogo, rapportandola al «ruolo» che l'agente viene concretamente ad assumere in funzione del settore della vita di relazione in cui opera nel caso di specie ⁽¹¹⁸⁾: così, ad esempio, da chi esercita un mestiere che richiede una particolare attenzione non si può esigere che agisca nelle stesse condizioni di tensione nervosa anche quando opera al di fuori della sua attività professionale (si pensi al capotecnico dell'acciaieria che fa la sua passeggiata) ⁽¹¹⁹⁾. D'altra parte, pure chi esercita una professione tale da non comportare particolari responsabilità si trova continuamente in situazioni che lo obbligano ad agire con una certa accortezza: basta infatti uscire di casa per diventare pedoni o automobilisti ed essere quindi obbligati ad agire come

⁽¹¹⁵⁾ MANNHEIM, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁶⁾ LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, cit., 9.

⁽¹¹⁷⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 46 s. Cfr. già LIEPMANN, *Einleitung*, cit., 147 s.

⁽¹¹⁸⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 194 ss.; GALLO, *Colpa penale*, cit., 640.

⁽¹¹⁹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 47.

un accorto utente della strada; basta iniziare la scalata di una montagna per porsi nella condizione di doverne affrontare i rischi sul modello di abilità di un esperto alpinista; e così via ⁽¹²⁰⁾.

Inoltre, adattandola alle particolari conoscenze che è ragionevole presumere in ogni uomo a seconda della sua posizione ed estrazione sociale ⁽¹²¹⁾. Ciò implica la considerazione della congruenza o meno di determinate azioni con alcune regole di condotta valide nel gruppo sociale cui appartiene il soggetto: si ripensi al caso della donna che provoca la morte del proprio bambino seguendo una credenza superstiziosa diffusa nel villaggio in cui vive ⁽¹²²⁾.

Infine, valorizzando il diverso bagaglio di esperienze e di capacità, e le conseguenti diverse responsabilità, che si acquistano pur nell'ambito di una stessa categoria professionale ⁽¹²³⁾: «anche all'interno di singole discipline, il principio della specializzazione ha ormai preso il sopravvento» — osservava già Mannheim ⁽¹²⁴⁾ —; «il medico ha da lungo tempo ceduto il passo allo 'specialista' e lo stesso 'specialista in chirurgia' è ormai sostituito — per fare solo un esempio — dallo 'specialista in chirurgia ortopedica'» ⁽¹²⁵⁾. Come è stato affermato «si delinea così una scala di attitudini e di cognizioni, che può valere, innanzitutto, a qualificare in modo assai diverso uno stesso comportamento professionale. L'errata diagnosi, la difettosa terapia, o l'errata operazione, che per il coscienzioso e modesto internista può rappresentare solo un fatale infortunio, per lo specialista o per il cattedratico scelto intuitu personae, potrà costituire, invece, un'autentica imperizia: diverso è il loro punto di vista, come diversa è l'altezza dalla quale essi potevano valutare e affrontare

⁽¹²⁰⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 201.

⁽¹²¹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 49 s.; cfr. GALLO, *Colpa penale*, cit., 640.

⁽¹²²⁾ MANNHEIM, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹²³⁾ LIEPMANN *Einleitung*, cit., 147 s.; LITTEN, *Le Codi*, cit., 627.

⁽¹²⁴⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 45.

⁽¹²⁵⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 45 s.

uno stesso fatto morboso, e diversa perciò l'attitudine a prevedere e prevenire i possibili sviluppi lesivi» ⁽¹²⁶⁾. In tal senso — si osserva — le capacità individuali dell'agente possono a volte dar luogo ad un innalzamento della misura della diligenza dovuta, senza che con ciò il criterio di giudizio perda la sua obiettività ⁽¹²⁷⁾.

Ristretto in tal modo il numero delle circostanze concrete (delle condizioni dell'evento) da cui fare astrazione — ridotto insomma il livello di generalizzazione del criterio oggettivo attraverso il riferimento a gruppi, classi, sottoclassi di uomini — diviene quasi scontato il rilievo dei soggettivisti: «Che cosa significano queste differenziazioni? Con esse si vuole forse intendere che bisogna prendere in considerazione tutti gli elementi in un modo o nell'altro rilevanti? Ma, così facendo, noi finiremo per avere non solo classi di medici e di operai, bensì anche di uomini miopi, di persone cui manca il pollice della mano destra, ecc. Perché sulla base di ogni caratteristica comune a più persone è possibile costruire una classe, né si può certamente ritenere che quelle appena ricordate siano irrilevanti ai fini del giudizio di colpa» ⁽¹²⁸⁾.

In effetti, questo punto non poteva passare inosservato, neppure per i più tenaci sostenitori della tesi oggettivistica. E ben si spiega come, raccogliendo alcune affermazioni già di von Bar ⁽¹²⁹⁾, gli oggettivisti avvertono la necessità di limitare ulteriormente il livello di generalizzazione della misura da essi propugnata, dando altresì rilevanza a determinate caratteristiche fisiche del singolo agente: ad esempio l'età, la miopia, la sordità, la cecità o altre menomazioni ⁽¹³⁰⁾.

Ed ecco l'ennesima replica dei soggettivisti: una volta che

⁽¹²⁶⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 198 s. Cfr. CRESPI, *op. cit.*, 121.

⁽¹²⁷⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 195. Cfr. DEUTSCH, *op. cit.*, 143.

⁽¹²⁸⁾ Così LEONHARD, *op. cit.*, 9. Cfr. ENGISCH, *op. cit.*, 439.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 451.

⁽¹³⁰⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 24 s. Cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 185; *Il reato come 'azione'*, cit., 160.

si sia iniziato ad operare differenziazioni a seconda della categoria professionale, della cerchia sociale e delle caratteristiche fisiche dell'agente, diviene impossibile porre un limite ad un simile processo di concretizzazione. «Sarebbe anzi del tutto arbitrario fermarsi a considerare solo determinati raggruppamenti»: «se si inizia a costruire gruppi, allora bisogna continuare a farlo in riferimento a tutte le caratteristiche che possono essere rilevanti e che siano comuni a più uomini» ⁽¹³¹⁾, ad esempio in riferimento al patrimonio di conoscenze e di esperienze, alla capacità di giudizio, alla memoria, alla forza di concentrazione, alla rapidità di pensiero, ecc. ⁽¹³²⁾. Ed «in questo modo si giunge necessariamente a tener conto di tutte le caratteristiche della persona, dunque alla concezione soggettivistica» ⁽¹³³⁾.

C'è un'unica riserva che si fa valere: che si ricordi di fare astrazione da un aspetto da cui è assolutamente indispensabile fare astrazione, e precisamente dalla leggerezza e dalla negligenza dimostrate dall'agente nel caso di specie, proprio da quella caratteristica che, se inserita nel giudizio, renderebbe la misura soggettiva «logicamente impossibile» ⁽¹³⁴⁾. Insomma: se per le «capacità dell'agente vale una misura soggettiva, per la diligenza deve valere invece una misura oggettiva» ⁽¹³⁵⁾.

Si tratta della condizione imprescindibile per conservare la praticabilità concreta del criterio individualizzante. Una condizione che nello stesso tempo ci dimostra come anche la misura soggettiva corrisponda in fondo ad un punto di vista oggettivo, in quanto anche essa contiene quel margine di generalizzazione indispensabile per poter operare il giudizio di colpa ⁽¹³⁶⁾. Quan-

⁽¹³¹⁾ LEONHARD, *op. cit.*, 13. Cfr. ENGISCH, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹³²⁾ Tra i tanti ENGISCH, *op. cit.*, 420 ss.

⁽¹³³⁾ Così LEONHARD, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹³⁴⁾ ENGISCH, *op. cit.*, 416. Cfr. EXNER, *Das Wesen*, cit., 183 s. Si vedano inoltre i rilievi di JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 1965, 21.

⁽¹³⁵⁾ LEONHARD, *op. cit.*, 19.

⁽¹³⁶⁾ Come osserva ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 229. Cfr. BURGSTALLER, *op. cit.*, 189.

do si astraie dalla negligenza dimostrata nel caso di specie, si finisce col dire che, impiegando l'appropriata accortezza, «un'altra persona, su presupposti e di fronte a circostanze essenzialmente eguali, avrebbe effettivamente preveduto ed evitato l'evento» ⁽¹³⁷⁾. Non si tratta, dunque, di prendere in esame «l'individualità dell'agente nella totalità delle sue caratteristiche» ⁽¹³⁸⁾, di considerarlo «così come è, anche con tutte le sue caratteristiche morali ed intellettive», ma soltanto di allargare la base di giudizio dalle qualità fisiche fino a quelle intellettive, per considerare il soggetto, quindi, pur sempre in una «determinata sezione» della sua «costituzione individuale» ⁽¹³⁹⁾. Restano comunque fuori dal processo di concretizzazione le qualità per così dire «moralì» rivelate dall'agente nel caso concreto: «la indifferenza, la trascuratezza o la leggerezza» dimostrate nei confronti dei beni dell'ordinamento ⁽¹⁴⁰⁾, insomma la sua «*Gesinnung*» nei confronti degli interessi tutelati ⁽¹⁴¹⁾. La colpa sussiste quando, «in presenza delle circostanze date, la pericolosità dell'azione sarebbe stata riconosciuta da una persona sì fornita delle capacità intellettive dell'agente, ma orientata conformemente alle pretese dell'ordinamento giuridico» ⁽¹⁴²⁾.

Pure nel quadro della misura soggettiva, in definitiva, si viene ad operare un confronto tra l'agente concreto ed un *tipo ideale* di uomo: con l'unica differenza, rispetto alla misura oggettiva, che quest'ultimo non è un «uomo qualunque», «un soggetto indeterminato», ma un «'qualcuno determinato', e precisamente un uomo del genere dell'autore», fornito di quasi tutte le doti e di quasi tutti i difetti di cui è fornito l'agente concreto ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹³⁷⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹³⁸⁾ EXNER, *op. cit.*, 184. Cfr. BURGSTALLER, *op. cit.*, 189.

⁽¹³⁹⁾ EXNER, *op. loc. cit.*

⁽¹⁴⁰⁾ BURGSTALLER, *op. cit.*, 190.

⁽¹⁴¹⁾ EXNER, *op. cit.*, 185. Cfr. JESCHECK, *op. ult. cit.*, 21.

⁽¹⁴²⁾ EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴³⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*; BURGSTALLER, *op. loc. ult. cit.*

Per cui, andando alla radice delle cose, la misura del potere dell'autore concreto è pur sempre il potere di un altro ⁽¹⁴⁴⁾.

È facile allora accorgersi che i termini della disputa tra oggettivisti e soggettivisti risultano notevolmente sdrammatizzati. Entrambi i punti di vista, infatti, implicano una generalizzazione: l'unica diversità concerne il grado della generalizzazione stessa ⁽¹⁴⁵⁾, insomma la scelta delle circostanze, oggettive e soggettive, che devono rientrare nella (o restare al di fuori della) base di giudizio per la determinazione del 'potere' dell'agente concreto ⁽¹⁴⁶⁾.

Di ciò, per la verità, non si era mostrato del tutto inconsapevole nemmeno Mannheim, almeno quando — mettendo per un attimo da parte le sottili argomentazioni che avrebbero dovuto dimostrare l'impraticabilità del criterio individualizzante — si chiedeva se «la misura oggettiva non fosse meno oggettiva — e la soggettiva meno soggettiva — di quanto apparisse a prima vista» ⁽¹⁴⁷⁾. Un'ammissione inevitabile, questa, non appena si considera che — allora come oggi — la portata del dissenso riguarda le sole capacità *intellettive* dell'agente concreto: e nemmeno tutte, se è vero che anche ad esse gli oggettivisti attribuiscono rilevanza quando servono a caratterizzare il soggetto quale appartenente ad un determinato «gruppo sociale» ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁵⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, cit., 90. Cfr. MANNHEIM, *op. cit.*, 3.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 426.

⁽¹⁴⁷⁾ MANNHEIM, *op. loc. ult. cit.* Cfr. WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, 1960, 21 s.

⁽¹⁴⁸⁾ Se non sono mutati i termini della disputa, è tuttavia diversa, oggi come oggi, la consistenza degli opposti schieramenti. Nella dottrina di lingua tedesca, infatti, tranne rare eccezioni (si cfr. ad es. FREY, *Die Reobjektivierung des Strafrechts*, cit., 310 ss.; LOTHEISSEN, *Die Problematik der strafrechtlichen Repression bei Verkehrsunfällen*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1970, 1 ss.; WIMMER, *Vereinfachungen im allgemeinen Strafrecht bei der Bestrafung von Verkehrsübertretungen*, in *Deutsches Autorecht*, 1960, 245 ss.; Id., *Ueber unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, 1753 ss.; HÖRBURGER, *Zum Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs*, in *Zeitsch-*

5. Quali, da un punto di vista sostanziale, le esigenze che esprime la tesi oggettivistica attestandosi su un livello di maggiore generalizzazione?

«Corrisponde all'idea stessa del diritto» «l'uniformità della valutazione malgrado la diversità delle attitudini e capacità umane» ⁽¹⁴⁹⁾: attorno a quest'idea centrale, cui si ispira fin dalle origini il criterio oggettivo ⁽¹⁵⁰⁾, si sono andate via via affermando, nella prassi ⁽¹⁵¹⁾ e nella teoria ⁽¹⁵²⁾, le varie forme di più moderata generalizzazione appena esaminate. Per la sua «tendenza alla obiettività», «fine del diritto è stabilire misure che facciano astrazione, nei limiti del possibile, da ciò che è meramente subiettivo, cioè norme oggettivamente valide. Il diritto, pertanto, fissa in un primo momento le sue pretese nei confronti dei singoli cittadini come se essi costituissero una massa omogenea

rift für Verkehrsrecht, 1973, 97 ss.; SALM, *Das vollendete Verbrechen. Erster Teil. Ueber Fahrlässigkeit und Kausalität. Erster Halbband. Der Tatbestand des Fahrlässigen Erfolgsdeliktes*, 1963, 69 ss., 92 ss., 110 ss., 117 ss.; *Id.*, *Zweiter Halbband, Einzelprobleme*, cit., 22 ss., 70 ss.) la posizione soggettivistica è pressoché incontrastata. Ciò su cui invece si discute è se la misura soggettiva vada applicata già per determinare la diligenza dovuta oggettivamente, e cioè già per stabilire la tipicità del fatto colposo, o se piuttosto debba essere presa in considerazione quale 'seconda misura' della colpa in sede di esame della colpevolezza individuale (per i richiami dottrinali si rinvia a JESCHECK, *Lehrbuch*³, cit., 466 ss.). Differente è invece la situazione nel quadro del nostro ordinamento, dove i pochi (relativamente) recenti contributi in materia di colpa (quelli più volte ricordati di MARINUCCI e di GALLO) sono nettamente orientati a favore della misura oggettiva, accogliendo nella sostanza il criterio dell'*«homo eiusdem professionis et conditionis»*. Nella più recente letteratura manualistica, si cfr., in senso conforme, MANTOVANI, *Diritto penale*, loc. cit.; PACLIARO, *Principi di diritto penale*, p.g., 1976, 291; nonché, ma con qualche perplessità, BETTIOL, *Diritto penale*, p.g., 1976, 448. Un accenno al problema anche in NUVOLONE, *La répression et la prévention en matière d'infractions involontaires*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Studi, vol. I, 1969, 466. Interessanti i riferimenti alla dottrina italiana dell'800 contenuti in PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 840 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ LIEPMANN, *Einleitung* cit., 144.

⁽¹⁵⁰⁾ Con particolare chiarezza WAHLBERG, *op. cit.*, 530 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Relativamente all'esperienza tedesca si veda la ricca casistica giurisprudenziale contenuta in DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., 129 ss.

⁽¹⁵²⁾ Per un ampio panorama della dottrina anche civilistica, cfr. WIETHÖLTER, *op. cit.*, 21 ss.

con qualità omogenee. Tuttavia, poiché una simile generalizzazione urta contro la realtà della vita, l'applicazione incondizionata di un principio del genere porterebbe ad evidenti ingiustizie e quindi proprio alla negazione dell'idea di giustizia, in forza della quale il diritto deve astrarre dal meramente soggettivo». Di qui la vasta gamma di differenziazioni che è necessario operare a seconda «delle varie posizioni di obbligo in cui il singolo viene di volta in volta a trovarsi» ⁽¹⁵³⁾, insomma la «diversa diligenza» richiesta in ragione della «posizione che il singolo viene ad assumere nella vita sociale e dell'importanza dei suoi compiti» ⁽¹⁵⁴⁾.

La funzione generalizzante e regolativa ⁽¹⁵⁵⁾ del diritto traccerebbe però un limite preciso a questo processo di concretizzazione: la «misura della diligenza pretesa dall'ordinamento va comunque determinata *obiettivamente*, secondo ciò che è necessario per gli scopi della vita sociale» ⁽¹⁵⁶⁾. Ed è un limite che coincide con la fondamentale idea regolativa che circola all'interno della teoria della colpa — il principio di affidamento: «fino a prova contraria, ognuno deve poter fidare sul fatto che nella vita di relazione ogni altro agisca con la diligenza propria del normale appartenente alla cerchia di rapporti di cui di volta in volta si tratta» ⁽¹⁵⁷⁾. Ciò «significa che lo standard di certi gruppi, cioè la diligenza di un ordinario appartenente ad un certo circolo di rapporti, ha importanza anche per gli altri partecipanti alla vita di relazione»: solo la garanzia del rispetto dello standard di certi comportamenti, infatti, consente agli altri consociati di «orientare e regolare il loro comportamento in base alle caratteristiche

⁽¹⁵³⁾ LIEPMANN, *op. cit.*, 144 s.

⁽¹⁵⁴⁾ LIEPMANN, *op. cit.*, 147 s.

⁽¹⁵⁵⁾ VON BAR, *Zur Lehre von dem Causalzusammenhange*, cit., 34 s.

⁽¹⁵⁶⁾ LIEPMANN, *op. cit.*, 147.

⁽¹⁵⁷⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 140. Osservava già WAHLBERG, *op. cit.*, 534, che «il diritto deve restar fermo alla finzione dell'uomo medio, perché senza di essa non vi sarebbe alcuna certezza nei rapporti sociali».

tipiche del gruppo» ⁽¹⁵⁸⁾.

È su questa base che si spiega tanto la determinazione di misure diverse di diligenza in corrispondenza dei vari gruppi professionali, quanto le ulteriori differenziazioni tra standard di capacità che si operano già all'interno di uno stesso gruppo: ad esempio, il possessore di un'automobile che affidi il suo veicolo alle cure di un tecnico, deve poter fidare che le riparazioni allo apparato frenante verranno effettuate a regola d'arte; chi va dal medico generico deve poter contare sul possesso, da parte del sanitario, di capacità normali per un medico generico, così come chi va da uno specialista potrà attendersi una prestazione sanitaria consona al livello che ci si può aspettare da un ordinario cultore specializzato in un dato campo della clinica o della chirurgia ⁽¹⁵⁹⁾.

Allo stesso modo si spiega la rilevanza attribuita alla «posizione sociale» che acquista il soggetto quando si inserisce in un campo di azione diverso dalla propria attività professionale: da chi dispone tegole sul tetto, anche se si tratta del padrone di casa, ci si deve poter attendere che egli si conformi alle specifiche regole di diligenza che valgono per questo genere di attività, per cui egli sarà giudicato col metro del normale operaio specializzato, esperto ed accorto; da chi inforca la bicicletta o calza gli sci, si richiede per le stesse ragioni l'impiego di quelle abilità e di quelle attitudini a prevedere e a prevenire gli eventi lesivi, che saprebbe dimostrare un accorto ciclista o un esperto sciatore ⁽¹⁶⁰⁾.

Né molto diversa è la ragione per cui si valorizzano alcune caratteristiche o difetti fisici. Un automobilista che percorre una strada di grande comunicazione conterà su un possibile diverso comportamento del pedone che scorge sul ciglio della strada, a

⁽¹⁵⁸⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 143 s.

⁽¹⁵⁹⁾ MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 199. Cfr. CRESPI, *op. cit.*, 121.

⁽¹⁶⁰⁾ MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 202.

seconda che sia un adulto che passeggia o un bambino che gioca. Solo nel secondo caso, infatti, egli dovrà regolare la propria condotta prendendo in conto l'eventualità di un repentino attraversamento ⁽¹⁶¹⁾. Ancora, l'automobilista che si accinge a superare una vettura fornita di specchietto retrovisore su entrambi i lati può rendersi conto che il guidatore è verosimilmente menomato nell'udito, per cui non avrebbe senso fare una qualsiasi segnalazione acustica ⁽¹⁶²⁾.

Quel che è importante, insomma, è che la determinazione dello standard di comportamento — della diligenza dovuta — avvenga sempre nel rispetto di due caratteristiche fondamentali: «una certa schematizzazione» ed una «possibile riconoscibilità» ⁽¹⁶³⁾. Altrimenti, resterebbe preclusa agli stessi partecipanti alla vita di relazione la possibilità di «regolare il proprio comportamento sul metro della tipicità di gruppo» ⁽¹⁶⁴⁾.

Vi sono peraltro particolari situazioni che sembrerebbero, in certa misura, sottrarsi alla logica di un simile principio regolatore, anche se — come si avverte pure da parte degli oggettivisti — sarebbe assurdo non tenerne conto ai fini del giudizio di colpa. Si pensi, ad esempio, alla perdita repentina di capacità, dovuta ad un improvviso malore o al cosiddetto «momento di terrore» ⁽¹⁶⁵⁾. La rilevanza normativa di tali circostanze — è stato detto — può essere tuttavia fondata sul fatto che il confronto tra l'agente concreto e l'agente modello viene operato assumendo come termine di relazione non un uomo astratto che sia sempre in possesso delle necessarie capacità, bensì un uomo che non è immune da improvvise perdite di capacità del genere appunto in esame ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶¹⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 140.

⁽¹⁶²⁾ MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 161 in nota.

⁽¹⁶³⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 140 s.

⁽¹⁶⁴⁾ DEUTSCH, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁵⁾ GALLO, *Colpa penale*, cit., 640; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 204. Cfr. DEUTSCH, *op. cit.*, 138 s.

⁽¹⁶⁶⁾ DEUTSCH, *op. loc. ult. cit.* È appena il caso di avvertire che ai fini

Se, in tal senso, la perdita improvvisa di capacità non contrasta con la figura del 'normale appartenente al gruppo', lo stesso non può certamente dirsi per quelle carenze attinenti alla sfera intellettuale le quali siano dovute ad uno stato di incapacità costante ⁽¹⁶⁷⁾. Le deficienze riguardanti tale sfera, infatti, «impediscono, a priori, che si ipotizzi un qualunque 'modello' di agente capace di riconoscere i pericoli da sventare» ⁽¹⁶⁸⁾: così, ad esempio, «chi si pone alla guida di un autoveicolo — anche se non è convenientemente addestrato, e persino se non è in possesso della necessaria abilitazione — dovrà sempre comportarsi come un esperto ed accorto automobilista»: quel che conta, invero, è il fatto che una persona abbia agito come «'membro' di un determinato gruppo sociale» ⁽¹⁶⁹⁾.

Alla pari dell'inesperienza, resterebbero quindi irrilevanti: il livello di intelligenza, l'ignoranza, le carenze intellettive dovute a difetti di socializzazione, ecc. ⁽¹⁷⁰⁾. Ogni altra soluzione «rappresenterebbe un privilegio per l'ottusità e la pigrizia mentale» ⁽¹⁷¹⁾. Il rimprovero viene quindi a colpire la personalità dell'agente così come è o così come si è formata ⁽¹⁷²⁾. Il che — osservava Liepmann — corrisponde al compito primario del diritto

pratici rappresenta un problema alquanto secondario, il quale non può essere approfondito in questa sede, quello della qualificazione dommatica di tali circostanze come limiti al giudizio d'illiceità o piuttosto come cause di esclusione della colpevolezza (sul punto si veda comunque, nella dottrina italiana, MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 219 ss.). In generale, sul progressivo affermarsi del carattere oggettivo del momento normativo dell'illecito colposo, si veda il lucido quadro dottrinale tracciato da SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 1955, 131 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Su questa categoria di caratteristiche personali, cfr. i rilievi di DEUTSCH, *op. cit.*, 93 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 160 in nota.

⁽¹⁶⁹⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 194.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. MANNHEIM, *op. cit.*, 44 ss.; MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, loc. ult. cit. Si vedano inoltre i rilievi di WIMMER, *Ueber unzulässige Vertiefung*, cit., 1756 ss.

⁽¹⁷¹⁾ MİRČKA, *Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung*, 1903, 172.

⁽¹⁷²⁾ HOLD VON FERNECK, *Die Idee der Schuld*, cit., 26 ss.

to, che sta nel «formare ed educare la personalità dei singoli cittadini in vista dei suoi propri scopi e non nel porsi viceversa al servizio della loro individualità» ⁽¹⁷³⁾.

Il principio di affidamento e le sue applicazioni, dunque, stanno ad «attestare come le norme di diligenza e di perizia da osservare in ogni situazione concreta, vengano e vadano costruite, in ogni caso, [...] dal punto di vista dei 'modelli' di sapere e di potere che si lasciano estrarre dai diversi campi di azione e di vita in cui operano gli uomini» ⁽¹⁷⁴⁾.

Questa stessa considerazione ci aiuta infine a comprendere il senso della ulteriore limitazione apportata da Mannheim al criterio dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*» attraverso il caso della madre che seguendo una credenza superstiziosa provoca la morte del figlio malato. La negazione della colpa — osservava testualmente Mannheim — dipende qui dal fatto che l'imputata «condivideva la sua superstizione con molte altre persone, avendo agito come avrebbero agito i membri del gruppo sociale cui essa apparteneva per nascita, educazione, modo di pensare, formazione culturale». Il criterio di giudizio, dunque, resta fondamentalmente oggettivo, tant'è vero che la soluzione dovrebbe esser diversa — aggiungeva Mannheim — nell'ipotesi in cui la superstizione della donna si fosse proposta di fronte al gruppo sociale come una nota esclusivamente «personale» dell'agente ⁽¹⁷⁵⁾. Anche qui, in definitiva, ciò che acquista rilevanza è lo stato delle capacità intellettive di chi agisce in rapporto al suo grado di socializzazione all'ambiente, la congruenza dell'azione con una regola di comportamento, seppure dettata dal ristretto gruppo sociale di estrazione: insomma la corrispondenza (o

⁽¹⁷³⁾ LIEPMANN, *Einleitung*, cit., 146.

⁽¹⁷⁴⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 200.

⁽¹⁷⁵⁾ Per tale ipotesi MANNHEIM (*op. cit.*, 50) prospetta la possibilità alternativa della punibilità a titolo di dolo oppure di proscioglimento per incapacità di intendere e di volere (si vedano sul punto le osservazioni di ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 440).

meno) dell'azione ad un'aspettativa da parte di un settore della vita di relazione.

6. Cerchiamo, adesso, di stabilire brevemente le implicazioni pratiche di tale posizione dottrinale in ordine agli esempi concreti da cui ha preso le mosse la nostra esposizione ⁽¹⁷⁶⁾.

Si pensi anzitutto al caso di un automobilista inesperto, che ha da poco conseguito la patente o che compie un'esercitazione alla guida in possesso di foglio rosa: pur osservando tutte le cautele imposte dalla sua inesperienza, il soggetto viene senza sua colpa a trovarsi in una situazione di emergenza e provoca un incidente con conseguenze lesive per altri, in quanto, a causa della sua insufficiente perizia, non riesce a compiere la corretta manovra di fortuna senz'altro effettuabile da un normale automobilista. Il criterio che sembrerebbe qui trovare applicazione è il seguente: la determinazione del livello di diligenza deve avvenire in riferimento «al gruppo di maggior significato sociale» ⁽¹⁷⁷⁾. L'alternativa fra il gruppo dei 'normali automobilisti' e il gruppo 'degli automobilisti inesperti' o degli 'automobilisti che si esercitano alla guida' va, quindi, risolta a favore del primo: «il guidatore inesperto non gode di regola degli eventuali vantaggi che potrebbero derivargli dalla sua minore esperienza» ⁽¹⁷⁸⁾, in quanto — come si ribadisce — «chi si pone alla guida di un autoveicolo — anche se non è convenientemente addestrato, e persino se non è in possesso della necessaria abilitazione — dovrà comportarsi come un esperto e accorto automobilista» ⁽¹⁷⁹⁾.

L'attesa di comportamento da parte del gruppo prevalente rende insomma irrilevante l'«incapacità personale» (o, se si vuole, la 'ridotta capacità' congrua allo standard del gruppo soccombente) del soggetto agente.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. *supra* il § 1.

⁽¹⁷⁷⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 142.

⁽¹⁷⁸⁾ DEUTSCH, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁷⁹⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 194.

Un'interferenza fra gruppi è ben pensabile anche nel secondo esempio: un'anziana contadina che si reca in città in compagnia del nipotino non sa che le porte della metropolitana si chiudono automaticamente; per cui non provvede a tenere il bambino alla debita distanza dalle porte stesse che, chiudendosi, procurano a quest'ultimo una lesione personale. Se ci si riferisce al gruppo 'utenti di mezzi pubblici di trasporto', la soluzione non può suonare, evidentemente, che nel senso della punibilità, giacché l'azione contrasta con l'attesa di comportamento commisurata al livello proprio del gruppo stesso. Il giudizio di colpevolezza verrebbe quindi a segnare lo stato di ignoranza o, meglio, la scarsa esperienza della donna in uno specifico campo della vita associata, in altri termini una carenza di socializzazione in rapporto alla 'civiltà della tecnica'.

L'ipotesi, tuttavia, presenta notevoli analogie con il caso della contadina superstiziosa di Mannheim ⁽¹⁸⁰⁾; sarà quindi opportuno esaminarla anche sotto il profilo del 'gruppo di estrazione sociale'. In quest'ultima prospettiva, e seguendo i criteri enunciati da Mannheim, occorrerà distinguere: se lo stato delle conoscenze della donna trova un qualche riscontro nel livello del gruppo di appartenenza, si dovrà negare la responsabilità per colpa; in caso contrario la si dovrà invece affermare. La conseguenza, dunque, è anche qui che «la devianza dal normale viene considerata un difetto» rilevante per il diritto penale ⁽¹⁸¹⁾, che la pena deve colpire un difetto di socializzazione rispetto alla cerchia di appartenenza. Ciò che decide è sempre l'«attesa» da parte di un gruppo sociale in relazione al proprio standard normale.

Nel proporsi di evitare simili conseguenze applicative attraverso una maggiore concretizzazione del giudizio sulla colpa, la tesi soggettivistica non intende certamente negare l'irrinunciabile significato regolativo che compete al principio di affidamen-

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. *supra* il § 5.

⁽¹⁸¹⁾ Come affermava già TESAR, *Die symptomatische Bedeutung*, cit., 218.

to ⁽¹⁸²⁾. Come dimostra, d'altra parte, l'intero capitolo dommatico che va sotto il nome di «*Uebernahmever schulden*»: il rimprovero di colpa può fondarsi già sul puro e semplice fatto che l'agente abbia intrapreso un'azione o un'attività senza avere le necessarie conoscenze e capacità. In tal caso, a nulla varrebbe addurre a propria scusa l'«impossibilità personale» di evitare o di prevedere la commissione del fatto tipico ⁽¹⁸³⁾.

La preoccupazione dei soggettivisti è piuttosto quella di realizzare fino in fondo il principio di personalizzazione dell'addebito di colpa ⁽¹⁸⁴⁾, giungendo così a superare il criterio dell'aspettativa del gruppo nei soli casi in cui l'agente si sia trovato senza sua colpa nella situazione immediatamente precedente alla realizzazione del fatto tipico o non fosse comunque personalmente in grado di rendersi conto che stava per intraprendere un'azione superiore alle proprie possibilità ⁽¹⁸⁵⁾ (limitazioni, tra parentesi, molto relative, in quanto non è scritto da nessuna parte che colpa civile e colpa penale debbano necessariamente coincidere) ^(185 bis).

Anche in tal senso, comunque, l'indagine non dovrebbe andare oltre la sfera delle capacità *intellettive* dell'individuo: in ogni caso — si afferma in quest'ordine di idee — il giudizio di colpa deve prescindere dalle doti «*morali*» dell'agente, e precisamente dalla «sconsideratezza, dalla indifferenza, dalla leggerezza o superficialità» che egli abbia dimostrato concretamente ed alle quali sia ricollegabile la realizzazione del fatto tipico o magari

⁽¹⁸²⁾ Si veda ad es. la vigorosa riaffermazione del valore di questo principio da parte di un soggettivista per eccellenza qual è WELZEL (*Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, 1961, 18).

⁽¹⁸³⁾ JESCHECK, *Lehrbuch*¹, cit., 469s., 482. Cfr. BURGSTALLER, *op. cit.*, 192.

⁽¹⁸⁴⁾ JESCHECK, *Aufbau*, cit., 20 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ LEONHARD, *Fahrlässigkeit*, cit., 56; JESCHECK, *Lehrbuch*³, cit., 482. In tal senso, non ci sembra che nell'idea dell'«*Uebernahmever schulden*» si nascondano necessariamente una molteplicità di presunzioni assolute, tali da rendere questa figura dommatica una vera e propria «croce» per tutti i fautori della tesi soggettivistica (come ritiene invece MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 211 in nota).

^(185 bis) Cfr. sul punto già i precisi rilievi di EXNER, *op. cit.*, 190 s.

già l'aver intrapreso una determinata azione superiore alle sue possibilità ⁽¹⁸⁶⁾.

La disputa tra 'oggettivisti' e 'soggettivisti' è stata così riportata ai suoi termini reali: essa si incentra sulla rilevanza o meno delle *capacità intellettive* in possesso dell'agente le quali non siano riconducibili ad un modello di sapere estraibile da uno dei diversi campi di azione e di vita in cui operano gli uomini. Si tratta, quindi, di un problema di maggiore o minore generalizzazione (se si vuole di minore o maggiore concretizzazione) del giudizio — un problema strettamente connesso alla portata ed ai limiti che si riconoscono al principio regolativo dell'aspettativa sociale in ordine al rispetto di determinati standard di comportamento.

Parlare, quindi, di «arbitrarietà» o di «impossibilità logica» della misura soggettiva ⁽¹⁸⁷⁾ non porta alcun contributo di chiarezza nel discorso. Tanto meno serve eccepire che le personali capacità intellettive non sono riconducibili ad alcun «modello sociale» d'agente ⁽¹⁸⁸⁾: perché ciò che viene contestato dai soggettivisti è proprio l'opportunità di parlare di un «modello sociale» invece che di un «modello umano» dotato delle capacità intellettive in possesso dell'agente concreto ⁽¹⁸⁹⁾.

D'altro canto, a chi propugna l'esigenza di personalizzare fino in fondo — fino ai limiti della possibilità logica, cioè fino al «modello umano» dotato di quelle determinate capacità intellettive — l'addebito di colpa, non basta rimproverare agli oggettivisti che sarebbe logicamente ingiustificato interrompere a «mezza strada» il processo di concretizzazione ⁽¹⁹⁰⁾. In tal modo, infatti, il dibattito finisce ancora una volta per perdere di vista

⁽¹⁸⁶⁾ JESCHECK, *Aufbau*, cit. 21; *Lehrbuch*¹, loc. ult. cit. Cfr. BURGSTALLER, op. cit., 190 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ Nel senso di MANNHEIM (cfr. *supra* i §§ 2 e 3).

⁽¹⁸⁸⁾ MARINUCCI, op. ult. cit., 160 in nota.

⁽¹⁸⁹⁾ In tal senso si veda ad es. ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 223 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ Così invece ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 439.

il suo nucleo centrale, che sta tutto nelle premesse — troppo spesso tacite — del discorso: ossia nelle 'ragioni sostanziali' che consigliano o sconsigliano di sanzionare attraverso il diritto penale un certo tipo di 'devianza dalla norma'.

Come si vede, allora, sarebbe assolutamente inutile continuare a discutere con gli strumenti più squisitamente tecnici del ragionamento giuridico. Chiaritane la vera sostanza, il contrasto tra oggettivisti e soggettivisti si rivela essenzialmente di natura giuspolitica ⁽¹⁹¹⁾, coinvolgendo i problemi di fondo del diritto penale: primo fra tutti, quello riguardante i contenuti e la funzione del principio di colpevolezza ⁽¹⁹²⁾.

7. Nella sua accezione più tradizionale, l'idea della colpevolezza affonda le radici nell'ordine etico ⁽¹⁹³⁾ o — come si preferisce da alcuni — nell'ordine etico-sociale perché segna il comportamento dell'uomo nei confronti degli altri ⁽¹⁹⁴⁾. Di «colpevolezza» — afferma ad esempio Arthur Kaufmann — si può parlare solo nel senso di «colpevolezza morale» ⁽¹⁹⁵⁾.

Ora, il carattere *etico* della colpevolezza è — per definizione: proprio in quanto *etico* — riferito «all'uomo nel suo essere peculiare: come persona individuale: a ciò che egli stesso *potrebbe e dovrebbe* alla stregua delle sue possibilità e dei suoi limiti» ⁽¹⁹⁶⁾. Ed appunto questa impronta «personalistica» della colpevolezza richiede che a suo fondamento sia posto un «*persönliches*

⁽¹⁹¹⁾ Si cfr. WIETHÖLTER, *op. cit.*, 45; nonché HIRSCHBERG, *op. cit.*, 90 s.

⁽¹⁹²⁾ Così, esattamente, HIRSCHBERG, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁹³⁾ Cfr. in proposito il limpido quadro storico tracciato da BADER, *Schuld — Verantwortung — Sühne als rechtshistorisches Problem*, in *Schuld Verantwortung Strafe im Lichte der Theologie Jurisprudenz Medizin und Philosophie* (a cura di FREY), 1964, 61 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Così ad es. SCHULTZ, *Die moralische Schuld im Strassenverkehr — aus der Sicht der Juristen*, in *Die moralische Schuld im Strassenverkehr*, 1969, 7.

⁽¹⁹⁵⁾ *Schuldprinzip*, cit., 128.

⁽¹⁹⁶⁾ MAIHOFER, *Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Th. Rittler*, 1957, 154. Nel pensiero di MAIHOFER si nota comunque un'evoluzione verso un approccio più attento alle implicazioni più marcatamen-

dafür können»⁽¹⁹⁷⁾: dunque un criterio di giudizio che consideri il soggetto nel suo peculiare modo di essere come individuo. Il rimprovero presuppone il 'potere' individuale⁽¹⁹⁸⁾, e con il potere viene meno anche la colpevolezza⁽¹⁹⁹⁾. «La colpevolezza è un rimprovero individuale-personale: *tu* avresti potuto e dovuto agire altrimenti». «Nell'ambito della 'moralità', e quindi della colpevolezza, ognuno è chiamato a rispondere in quanto *se stesso*»⁽²⁰⁰⁾.

Proprio sul rapporto tra 'potere' e 'dovere' s'incentra il problema della misura della colpa⁽²⁰¹⁾. Se è vero che nessuno è in grado di fare più di quanto è in suo potere, il criterio generalizzante propugnato dagli oggettivisti entra necessariamente in conflitto con il carattere personalistico della colpevolezza⁽²⁰²⁾, giacché pretende di stabilire il dovere individuale sulla base del potere altrui⁽²⁰³⁾. Ed in questo modo — è stato detto — «la teoria oggettiva nega proprio la natura etica della colpevolezza»⁽²⁰⁴⁾.

Chi rivendica il fondamento etico della responsabilità penale sembra dunque necessariamente costretto a sostenere incondizionatamente la tesi soggettivistica: al di fuori di un'estrema individualizzazione del giudizio di colpa, si finisce col rinunciare al principio di colpevolezza o comunque col limitarne inaccettabil-

te sociali del concetto di colpevolezza (si veda ad es. *Menschenbild und Strafrechtsreform. Das philosophische Problem der Strafe*, in *Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform*, Universitätstage 1964, 5 ss.).

⁽¹⁹⁷⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 128 s.

⁽¹⁹⁸⁾ Così già VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A. T., 1908, 568.

⁽¹⁹⁹⁾ Emblematica in tal senso la posizione di FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919, 1922*, 11.

⁽²⁰⁰⁾ MAIHOFFER, *Unrechtsvorwurf*, cit., 154 s.

⁽²⁰¹⁾ In tal senso si cfr. già MANNHEIM, *op. cit.*, 8.

⁽²⁰²⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 432.

⁽²⁰³⁾ Cfr. già EXNER, *op. cit.*, 180 ss.

⁽²⁰⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 226.

mente la portata ⁽²⁰⁵⁾.

Si pensi ad uno qualsiasi dei nostri esempi, magari a quello della contadina che utilizza per la prima volta un mezzo pubblico di trasporto e nulla sa della chiusura automatica delle porte, cagionando così una lesione al proprio nipotino. Come si è già detto ⁽²⁰⁶⁾, la riferibilità soggettiva dell'evento non sarebbe qui ricollegabile ad altro che all'ignoranza o all'inesperienza della donna in uno specifico settore della vita associata. La colpevolezza morale, quindi, potrebbe essere affermata soltanto facendo ricorso ad una delle sue accezioni più equivocate, ossia alla cosiddetta «*Verstandesschuld*» ⁽²⁰⁷⁾. Ma «stupidità ed ignoranza — osservava già Exner — sono eticamente e giuridicamente incolore» ⁽²⁰⁸⁾.

Lo stesso si potrebbe ripetere per il caso della contadina che, seguendo una credenza superstiziosa, provoca la morte del proprio figlio. La soluzione di Mannheim, che subordina l'assoluzione della donna alla congruenza tra il suo comportamento e l'aspettativa del gruppo sociale di appartenenza ⁽²⁰⁹⁾, finirebbe per colpire un difetto di socializzazione o di intelligenza che, in sé e per sé, sarebbe anche qui eticamente incolore ⁽²¹⁰⁾. Né varrebbe richiamarsi al concetto della «*Lebensführungsschuld*» — tanto spesso posto a fondamento della punizione della colpa ⁽²¹¹⁾ — rimproverando la madre proprio per aver lasciato insor-

⁽²⁰⁵⁾ Così ad es. JESCHECK, *Aufbau*, cit., 23.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. *supra* il § 1.

⁽²⁰⁷⁾ In tal senso si veda ad es. GUTHERZ, *Das Wesen der Fahrlässigkeit (Anlässlich der Arbeit von Franz Exner)*, in *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, Bd. 39, 1910, 90 ss., 93. E si veda anche HOLD VON FERNECK, *Die Schuld im Rechte und in der Moral*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 32, 1911, 255; *Die Idee der Schuld*, cit., 54 (dal quale però la «*Verstandesschuld*» non viene intesa nel senso di colpevolezza morale).

⁽²⁰⁸⁾ EXNER, *op. cit.*, 97. Si cfr. ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 149.

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. *supra* il § 4.

⁽²¹⁰⁾ Si vedano i rilievi di ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 150.

⁽²¹¹⁾ Soprattutto nell'accezione di «*Charakterschuld*»: cfr. ad es. BAUMGARTEN, *Aufbau*, cit., 121; VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 443. Di recente si veda

gere quel difetto di socializzazione, per non aver cioè fatto proprie quelle conoscenze che sono patrimonio comune del gruppo di appartenenza. In tal modo le si verrebbe a far carico di essere diventata così come è. Ma, dal punto di vista etico, anche un simile rimprovero lascerebbe estremamente perplessi per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, perché occorrerebbe poter stabilire con un certo margine di attendibilità quali caratteristiche della personalità siano addebitabili all'individuo stesso e quali invece siano da attribuirsi ad influenze esterne ⁽²¹²⁾ — il che, come si sa, è impossibile, e non soltanto per precise ragioni processuali ⁽²¹³⁾. In secondo luogo, perché la necessaria indagine si tradurrebbe in una inaccettabile intromissione nella sfera più intima della personalità e della storia personale dell'individuo — insomma in una censura morale sulla sua vita e quindi nella negazione della sua autonomia come persona ⁽²¹⁴⁾.

Appunto queste considerazioni aiutano a comprendere nella loro complessità le ragioni per cui la misura oggettiva della colpa non possa trovar posto in una concezione etica della colpevolezza o, perlomeno, in una concezione che resti fedele al significato più autentico portato ad espressione dall'idea della colpevolezza morale come «colpevolezza materiale».

In essa non c'è soltanto l'aspirazione a fissare un concetto *pre-dato* rispetto ai criteri positivi di imputazione, di fronte ai quali si possa esplicare una funzione critica, extrasistemica co-

LOTHEISSEN, *Die strafrechtliche Erfassung des Verkehrsunfalles*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1968, 162.

⁽²¹²⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 190. Si vedano anche i precisi rilievi di BAUMANN, *Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens*, in *Estudios penales (Homenaje al P. Julian Pereda)*, 1965, 70 s.

⁽²¹³⁾ BAUMANN, *op. loc. cit.* Si vedano inoltre gli esatti rilievi di PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 845.

⁽²¹⁴⁾ GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1958, Bd. I, 270; BAUMANN, *op. cit.*, 70 s.

me intrasistemica ⁽²¹⁵⁾.

C'è, assai più, un'ulteriore esigenza garantistica corrispondente al nucleo più attuale e più vivo della eredità ideologica che ci proviene dalla filosofia penale del liberalismo: vale a dire l'affermazione dell'*esteriorità* del diritto, che si traduce nella preoccupazione di sottrarre al suo foro l'*interiorità* dell'individuo e il suo *modo di essere* ⁽²¹⁶⁾.

Si tratta di un aspetto che — potrebbe forse sembrare un paradosso ma non lo è — è strettamente connesso con l'ancoraggio etico della colpevolezza: infatti, solo qualificando da un punto di vista morale la riferibilità soggettiva del fatto al momento del fatto stesso, si realizza attraverso l'idea della colpevolezza una garanzia *sostanzialistica* e si evita contemporaneamente che l'affermazione della responsabilità penale si traduca in una censura sulla vita dell'individuo ⁽²¹⁷⁾. Di qui la duplice ispirazione garantistica che si manifesta nella idea della «colpevolezza per il singolo fatto» (*«Einzeltatschuld»*) ⁽²¹⁸⁾.

Oltre a contrastare già con la ispirazione etica della colpevolezza, la teoria oggettivistica non è in alcun modo conciliabile nemmeno con l'idea della *«Einzeltatschuld»* ⁽²¹⁹⁾: incondizionata, quindi, la 'condanna' dell'oggettivismo' da parte dei fautori del fondamento morale della responsabilità penale.

Tuttavia, le cose non sono così semplici come potrebbero

⁽²¹⁵⁾ Si cfr. in proposito ENCISCH, *Untersuchungen*, cit., 451 ss. Con particolare chiarezza anche ROXIN, *Kriminalpolitische Ueberlegungen zum Schuldprinzip im Strafrecht*, in *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1973, 316 s.

⁽²¹⁶⁾ Con grande chiarezza SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, 660. Più diffusamente BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 1. Teil, 1939, spec. 62 ss.

⁽²¹⁷⁾ GALLAS, *op. loc. cit.*

⁽²¹⁸⁾ Si veda la vigorosa riaffermazione di quest'idea in BAUMANN, *op. cit.*, 69 ss., che rileva anche l'impossibilità di astrarre *del tutto* dall'esame della personalità (sul punto si cfr. anche ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 187 ss.). Si veda inoltre STRATENWERTH, *Tatschuld und Strazumessung*, 1972, *passim*.

⁽²¹⁹⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 223 ss.

apparire a prima vista. Il problema della misura della colpa, infatti, si pone soltanto in tema di colpa inconsciente ⁽²²⁰⁾; ed appunto in tema di colpa inconsciente la concezione etica della colpevolezza deve fare i conti con un duplice ordine di difficoltà interne, evidenziate proprio dal suo esponente più autorevole, da Arthur Kaufmann.

La prima riguarda quel certo margine di generalizzazione di cui, come si è visto, nemmeno la misura soggettiva può fare a meno ⁽²²¹⁾. Nella colpa inconsciente, ammesso e non concesso che di colpevolezza si possa parlare — osserva Arthur Kaufmann ⁽²²²⁾ — questa può venire vista solo «nell'irreale più che perfetto» secondo cui l'autore avrebbe potuto prevedere ed evitare la realizzazione del fatto tipico». Ma una simile colpevolezza resta «estremamente discutibile, in quanto il *potere individuale* dell'agente non è, come tale, verificabile. Il soggetto, infatti, non può essere confrontato con se stesso, ma sempre e soltanto con un tipo-medio ricavato dall'esperienza comune. L'operazione mentale attraverso cui noi affermiamo il *potere* di un *individuo* sulla base del *potere* di un tale *tipo d'uomo* è in ogni caso problematica, anche quando questo tipo è marcatamente individualizzato. Il tipo-misura non può mai corrispondere perfettamente in tutte le caratteristiche, capacità e conoscenze all'individuo che deve essere misurato; pertanto è pur sempre il *potere* di un altro a diventare *dovere* per l'autore concreto». L'*effettiva* possibilità del soggetto di «agire altrimenti» resta comunque impregiudicata.

Ancor più inquietante è la seconda difficoltà, che s'innesta addirittura sul sempre ricorrente problema della colpevolezza *materiale* nella colpa inconsciente ⁽²²³⁾. Dal punto di vista etico,

⁽²²⁰⁾ Cfr. ad es. BURGSTALLER, *op. cit.*, 186.

⁽²²¹⁾ Cfr. *supra* i §§ 3 e 4.

⁽²²²⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 229.

⁽²²³⁾ ENGISCH, *op. cit.*, 451 ss. ed ivi i richiami bibliografici alla dottrina meno recente.

infatti, la colpevolezza va qualificata — secondo Arthur Kaufmann — come «colpevolezza del volere» («*Willensschuld*»), come «colpevole determinazione contro un obbligo morale» ⁽²²⁴⁾. Ma questa struttura ontologica — aggiunge Kaufmann — è adattabile alla colpa cosciente, non certo alla colpa incosciente, dove manca proprio la consapevolezza di violare una qualsiasi regola di comportamento ⁽²²⁵⁾.

Si tratta di un ragionamento del tutto in linea non solo con la sua premessa etica, ma anche con la tradizionale ispirazione garantistica della colpevolezza, portata ad espressione dall'idea della «*Einzeltatschuld*». Di quest'ultima, l'idea della «*Willensschuld*» viene considerata l'espressione tradizionalmente più autentica e coerente ⁽²²⁶⁾. La colpa incosciente — si dice — è caratterizzata per lo più da stati soggettivi — incapacità, distrazione, superficialità, trascuratezza — relativamente ai quali il soggetto assai spesso «nulla può» al momento del fatto ⁽²²⁷⁾. Il rimprovero deve quindi risalire nel tempo, per appuntarsi sulle cause di tali stati soggettivi: per segnare, insomma, una difettosa educazione del carattere o più in generale della personalità ⁽²²⁸⁾, ricadendo quindi in pieno nel concetto della «*Lebensführungsschuld*» ⁽²²⁹⁾.

Come armonizzare, allora, queste difficoltà con la realtà del diritto positivo? Secondo Arthur Kaufmann non vi sarebbe che una via: riconoscere francamente che con l'incriminazione della colpa incosciente il principio di colpevolezza non viene realizzato fino in fondo. E ciò sia perché la individualizzazione del-

⁽²²⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 149 ss.

⁽²²⁵⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 156 ss. È appena il caso di avvertire, quindi, che il concetto di colpa cosciente come inteso da ARTH. KAUFMANN non coincide con la «previsione dell'evento» di cui parla il nostro codice penale.

⁽²²⁶⁾ Cfr. MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, 1967, 52.

⁽²²⁷⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²²⁸⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 161.

⁽²²⁹⁾ Si cfr. la nota n. 211.

la misura di giudizio non può andare tanto oltre da accertare l'effettivo potere individuale dell'agente, sia, più in radice, perché sarebbe assolutamente problematico riconoscere già nella colpa incosciente una colpevolezza in senso materiale ⁽²³⁰⁾.

Dal fautore per eccellenza del fondamento etico della responsabilità penale ci si attenderebbe che, su simili premesse, condannasse incondizionatamente ogni sistema normativo che assoggetti alla sanzione criminale i fatti commessi con colpa incosciente. È un'altra, invece, la sorprendente conclusione di Arthur Kaufmann: facendo propria una «prudente» opinione già espressa da Kohlrausch ⁽²³¹⁾, egli osserva anzi come la «problematicità» della colpevolezza nella colpa incosciente non basti a consigliare la eliminazione di un siffatto criterio di imputazione dall'ambito del diritto penale. Ogni tendenza in tal senso, infatti, si baserebbe sulla convinzione che nel «diritto penale sia possibile realizzare pienamente e fino in fondo il principio di colpevolezza». Ma ciò rappresenta — continua Arthur Kaufmann — una pura e semplice utopia: «un diritto penale e, soprattutto, una prassi giuridico-penale ispirati fino in fondo al principio di colpevolezza non potranno mai esservi, allo stesso modo in cui non potrà mai esservi un diritto assolutamente giusto. La realizzazione del principio di colpevolezza è legata a condizioni storiche che non sono creabili a piacimento. Se la società civile raggiungerà un giorno una situazione tale in cui sarà possibile reagire con semplici sanzioni di polizia ai fatti commessi con colpa incosciente, anche quando ne derivino gravi eventi dannosi, è un interrogativo cui oggi non è dato rispondere. Sicuro è invece che una tale situazione, almeno fino ad oggi, non è stata raggiunta. Rinunciare a punire il casellante che dimentichi di abbassare le sbarre di un passaggio a livello e provochi così la morte di venti persone, per sottoporlo ad una semplice sanzione amministrati-

⁽²³⁰⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 162 s.; 229 s.

⁽²³¹⁾ KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, cit., 199.

va, è cosa sulla quale non è il caso nemmeno di discutere: per i più sarebbe un fatto incomprensibile, dal quale si trarrebbero addirittura conclusioni errate» ⁽²³²⁾.

Non c'è nemmeno bisogno di dire che non tutti sembrano disposti a sottoscrivere le affermazioni di Arthur Kaufmann. Anzi, proprio prendendo spunto dalle due difficoltà interne della concezione etica, gli oggettivisti hanno a disposizione ulteriori argomenti per avvalorare il loro punto di vista.

8. Il primo argomento si articola più o meno nel modo seguente ⁽²³³⁾. La capacità dell'uomo di autodeterminarsi è empiricamente indimostrata e indimostrabile ⁽²³⁴⁾; ma anche per chi vi creda, resta la impossibilità concreta di verificare se una tale libertà esista per *questo singolo autore* nel momento in cui commette *questo singolo fatto* ⁽²³⁵⁾, come del resto ammettono gli stessi soggettivisti quando rilevano che neppure applicando il loro punto di vista si verrebbe a verificare l'effettivo 'potere' del soggetto di agire altrimenti ⁽²³⁶⁾. Ebbene, ciò posto, bisognerebbe concludere che le istanze di giustizia morale portate ad espressione attraverso il criterio soggettivo poggiano sulla pretesa utopistica di dare attuazione ad un principio di colpevolezza in realtà irrealizzabile nell'esperienza giuridica ⁽²³⁷⁾.

L'attendibilità del rilievo va tuttavia vagliata con maggiore attenzione. È certamente vero che i fautori del carattere etico

⁽²³²⁾ *Schuldprinzip*, cit., 164.

⁽²³³⁾ Per quest'argomentazione cfr. SALM, *Das vollendete Verbrechen. Erster Halbband*, cit., 92 ss., 110 ss.

⁽²³⁴⁾ SALM, *op. loc. ult. cit.* Si vedano in proposito i precisi rilievi di LEFERENZ, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4 Juli 1969*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd 88, 1976, 40.

⁽²³⁵⁾ SALM, *op. loc. ult. cit.* Sul punto si veda anche ROXIN, *op. loc. cit.*

⁽²³⁶⁾ Si cfr. *supra* il § 7.

⁽²³⁷⁾ Sul punto, oltre SALM, *op. loc. ult. cit.*, si cfr., per analoghe argomentazioni, WIMMER, *Ueber unzulässige Vertiefung*, cit., 1757 s.; *Id.*, *Vereinfachungen*, cit., 248.

della colpevolezza fanno atto di fede nella 'libertà' dell'uomo. Ciononostante — come si è visto — quanto alla sua *verificabilità concreta* il loro atteggiamento è notevolmente più pragmatico. L'accertamento della colpevolezza — essi osservano — ha sempre «carattere analogico», implica sempre una «generalizzazione», non può mai spingersi fino a mettere a nudo l'«individualità» dell'agente, dovendosi piuttosto accontentare di confrontarlo con un modello d'uomo costruito sulla base dell'«esperienza comune» ⁽²³⁸⁾. Ed una tale operazione «analogica» è indispensabile per formulare *qualsiasi* giudizio di colpevolezza, non soltanto per accertare la responsabilità in ordine ad un fatto colposo ⁽²³⁹⁾. Anche quando occorre accertare l'imputabilità o, comunque, la normale motivazione dell'autore di un fatto doloso, non è mai possibile portare fino in fondo il processo di individualizzazione: l'agente non viene mai confrontato con se stesso, ma soltanto con un uomo normale costruito sulla base della esperienza comune, per quanto individualizzato questo possa essere ⁽²⁴⁰⁾. «Tale *uomo medio*, che viene assunto come misura di giudizio, non è qualcosa di astratto né qualcosa di concreto, è anzi una figura intermedia tra l'astratto e il concreto — un '*Typus*' — e sta come tale con un piede nel mondo del sensibile e con l'altro nel mondo dell'intelligibile». Proprio per questo, ogni giudizio di colpevolezza resterà sempre «un giudizio problematico, aporetico, senza mai assumere il carattere di un giudizio apodittico» ⁽²⁴¹⁾. Si riferisca, insomma, ad un fatto doloso o ad un fatto colposo, ogni giudizio sulla colpevolezza di un'altra persona contiene un momento di «generalizzazione», in quanto il presupposto stesso della colpevolezza — la possibilità

⁽²³⁸⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *Festschrift für R. Lange*, 1976, 29 s.

⁽²³⁹⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1976, 42 s.

⁽²⁴⁰⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁴¹⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 30.

di agire altrimenti, la 'libertà' dell'uomo nel caso concreto — rappresenta comunque una «supposizione» ⁽²⁴²⁾.

In questa prospettiva, ci si accorge che l'argomento degli oggettivisti si rivela oltremodo debole, giacché o dimostra troppo o dimostra troppo poco.

Dimostra troppo: perché, a voler essere coerenti fino in fondo con le premesse, essi dovrebbero mettere in discussione l'idea stessa di un diritto penale della colpevolezza, dato che, si tratti di giudicare un fatto doloso o un fatto colposo, sarebbe in ogni caso 'arbitrario' un giudizio del genere: il soggetto ha 'certamente' meritato il rimprovero che gli si muove.

Ma per chi non voglia andare tanto oltre, l'argomento dimostra troppo poco: posto che l'indagine sulle personali capacità intellettive dell'agente viene soltanto 'limitata' e non 'impedita' dal carattere *analogico* del giudizio di colpevolezza — posto insomma che la scelta tra le due soluzioni corrisponde a diversi livelli di generalizzazione del giudizio — non viene ancora spiegato per quale ragione non si dovrebbe scegliere la soluzione meno generalizzante e quindi in grado di avvicinarsi con 'maggiore approssimazione' ad un principio di giustizia ⁽²⁴³⁾.

9. Gli oggettivisti, tuttavia, hanno a disposizione un'ultima replica: non è certamente compito del diritto penale quello di realizzare a tutti i costi la giustizia morale; anzi, nella scelta dei principi su cui imputare le conseguenze di un fatto lesivo, esso se ne può benissimo discostare, se ciò si rende necessario per il perseguimento dei suoi scopi — la incriminazione della colpa inconsciente ne sarebbe la prova più tangibile ⁽²⁴⁴⁾.

Questo punto di vista è stato esposto nella maniera più chia-

⁽²⁴²⁾ STRATENWERTH, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁴³⁾ Si veda sul punto NOWAKOWSKY, *Zur Theorie der Fahrlässigkeit*, in *Juristische Blätter*, 1953, 506 ss., 509.

⁽²⁴⁴⁾ Come osservava già MANNHEIM, *op. cit.*, 25 ss., seppure riferendosi a tutto il settore della colpa.

ra da von Ferneck già agli inizi del secolo. «Se la colpevolezza giuridica coincidesse con quella (etico-) individuale» si dovrebbe parlare, a proposito della colpa, di una «colpevolezza incosciente [...]», il che sarebbe una contraddizione in termini: nessuno può violare colpevolmente (in senso etico-individuale) una norma di cui non è a conoscenza»: «la colpevolezza etica presuppone la conoscenza della norma violata»⁽²⁴⁵⁾. È impossibile dunque «prendere, come tanto spesso accade, il concetto della colpevolezza giuridico-penale dalla morale, parlare cioè di colpevolezza come se si trattasse di un concetto già predeterminato»⁽²⁴⁶⁾. L'intero trattamento normativo della colpa, del resto, «ha assai poco a che fare con la morale. Il metodo che in proposito le legislazioni seguono da secoli, e con ogni probabilità seguiranno anche in futuro, rappresenta un fenomeno eminentemente amoriale, per non dire contrario alla morale»⁽²⁴⁷⁾: come dimenticare — continua von Ferneck — che la punizione dell'agente dipende dal caso, dal verificarsi o meno dell'evento lesivo!⁽²⁴⁸⁾. Se ciò avviene — se insomma l'incriminazione «della colpa è e rimane una forma di responsabilità per l'evento» che «richiama gli stadi più primitivi della civiltà giuridica» — vi sono delle ottime ragioni: «non ci si deve nascondere, infatti, che punendo la causazione involontaria di eventi vietati il legislatore non si pone affatto in contraddizione con le forme di coscienza sociale. Perché la maggior parte degli uomini avverte ed esprime, persino rispetto a chi provoca inconsapevolmente un risultato lesivo, un bisogno di soddisfazione, di vendetta. Pure il distratto e persino lo stupido non vengono soltanto compatiti, ma anche rimproverati»⁽²⁴⁹⁾. Ed è appunto sulla base di queste considerazioni che andrebbe risolto anche il problema della misura della colpa:

⁽²⁴⁵⁾ *Die Idee der Schuld*, cit., 55.

⁽²⁴⁶⁾ *Die Schuld im Rechte und in der Moral*, cit., 258.

⁽²⁴⁷⁾ *Op. ult. cit.*, 256.

⁽²⁴⁸⁾ *Op. ult. cit.*, 256 s.

⁽²⁴⁹⁾ *Die Idee der Schuld*, cit., 34.

«se vuole tenere a freno le masse», se «vuole assicurare l'effetto inibitorio connesso alla minaccia della pena» ⁽²⁵⁰⁾, «il legislatore deve riferire la norma non al singolo individuo, ma proprio alle masse». «Anche se sa benissimo che le norme da lui poste non si adattano ad ogni singolo caso ma solo alla maggior parte dei casi», «egli presume, e deve presumere, che eventi di regola prevedibili vengano previsti in ogni singolo caso». «Prevedibile deve dunque significare non già prevedibile per il singolo autore, bensì astrattamente, in generale prevedibile»; e «colpevolezza in senso giuridico non già 'relazione soggettiva' ma generale prevedibilità», perché solo in tal senso, prescindendo dalla prevedibilità individuale del singolo evento, è possibile conformarsi al «carattere generale del diritto» ⁽²⁵¹⁾.

Queste, dunque, le ragioni che secondo von Ferneck giustificerebbero l'immoralità presente nell'intero trattamento normativo della colpa: l'opportunità di appagare «il bisogno di soddisfazione delle masse», la «necessità di assicurare l'effetto inibitorio connesso alla minaccia della pena», l'esigenza di «tenere a freno» i destinatari delle norme — tutti compiti che la legge penale non sarebbe in grado di svolgere efficacemente, e qui il discorso tocca più da vicino l'argomento della misura della colpa, se venisse intaccata la fiducia dei cittadini nel carattere «generale» del diritto e delle sue regole di condotta ⁽²⁵²⁾.

Non c'è chi non veda come una simile posizione presenti precise affinità con le motivazioni con cui Arthur Kaufmann, a distanza di circa mezzo secolo, avalla l'eccezione che il principio di colpevolezza subirebbe attraverso l'incriminazione della colpa incosciente ⁽²⁵³⁾: «la problematicità [sotto il profilo etico] del punire non esclude la sua necessità [sociale]» ⁽²⁵⁴⁾ — soprat-

⁽²⁵⁰⁾ *Op. ult. cit.*, 33 ss.

⁽²⁵¹⁾ *Op. ult. cit.*, 53 ss.

⁽²⁵²⁾ Si cfr. anche MANNHEIM, *op. cit.*, 17 ss.

⁽²⁵³⁾ Cfr. *supra* il § 7.

⁽²⁵⁴⁾ *Das Schuldprinzip*, cit., 164.

tutto quando si considera, aggiunge prammaticamente Arthur Kaufmann, che «i soli delitti colposi relativi alla circolazione stradale coprono circa un terzo del numero complessivo delle condanne penali» ⁽²⁵⁵⁾.

Tale concessione al prammatismo, sottoscritta proprio dal più convinto sostenitore del fondamento etico della colpevolezza, rimette ovviamente fin dall'inizio in discussione il nucleo centrale della tesi soggettivistica, basata proprio, come si è visto, su una coerente applicazione del principio di colpevolezza morale ⁽²⁵⁶⁾. Non è forse necessario — come si sostiene da alcuni — operare con un concetto «sociale» di colpevolezza, un concetto «secolarizzato» spoglio del rimprovero etico-individuale ed orientato a quelle esigenze prammatiche — in parole povere di prevenzione generale — ⁽²⁵⁷⁾ messe così chiaramente in risalto da von Ferneck appunto in rapporto ai problemi della colpa? Che senso ha affermare che la «tesi oggettivistica nega proprio il carattere etico della colpevolezza» ⁽²⁵⁸⁾, quando un'analogia 'negazione' appare agli stessi soggettivisti pienamente accettabile già in ordine all'incriminazione della colpa incosciente, seppure in nome di un'amara necessità sociale? ⁽²⁵⁹⁾. Non è forse possibile, come sostengono a tutt'oggi alcuni oggettivisti, che un'identica ed altrettanto amara necessità sociale consigli la scelta in favore della tesi oggettivistica? ⁽²⁶⁰⁾.

Il problema della misura della colpa si traduce dunque in un conflitto tra due posizioni destinate in apparenza a non trova-

⁽²⁵⁵⁾ *Schuldprinzip*, cit., 174.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. *supra* il § 7.

⁽²⁵⁷⁾ Così ad es. KRÜPFELMANN, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4 Juli 1969*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 88, 1976, 6 ss., 30 ss.

⁽²⁵⁸⁾ Così ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 226.

⁽²⁵⁹⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 164.

⁽²⁶⁰⁾ Così, ad es., FREY, *Die Reobjektivierung des Strafrechts*, cit., 310, 326; HÖRBURGER, *Zum Problem*, cit., 99; LOTHEISEN, *Die strafrechtliche Erfassung*, cit., 163; MEYER-JAKOBI, *Typische Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr, Veröffentlichung des Kuratoriums «Wir und die Strasse»*, 1959, 186.

re alcun punto di incontro.

Da un lato, si fa infatti valere un intuitivo principio di giustizia morale, che indica nella riferibilità soggettiva — meglio: individuale — il requisito minimo per l'affermazione della responsabilità penale.

Dall'altro, il criterio della riferibilità soggettiva viene invece comisurato sulla base di un «uomo medio», giacché le esigenze di difesa sociale vengono considerate prevalenti rispetto ad un criterio di giustizia morale che in fondo appare utopistico — negato in radice dalla incriminazione della colpa incosciente — già a chi lo propugna. Il diritto penale dovrebbe anzitutto preoccuparsi della salvaguardia indiscriminata di regole di condotta corrispondenti alle attese dei gruppi sociali interessati, di soddisfare il bisogno di appagamento avvertito dalla coscienza collettiva ove l'aspettativa venga tradita, di evitare che la sua mancata reazione provochi un abbassamento generalizzato dagli standard di comportamento.

Ma quale legittimazione possono vantare le due contrapposte tesi alla luce dell'odierna problematica della colpevolezza?

10. a) A sfavore della tesi soggettiva vi è anzitutto il processo di 'secolarizzazione' del diritto penale ⁽²⁶¹⁾, in buona parte avallato da quegli stessi settori dottrinali tradizionalmente fedeli al carattere etico della colpevolezza ⁽²⁶²⁾: il diritto penale non deve mirare alla realizzazione della giustizia morale; la sua funzione deve consistere nella tutela di beni giuridici; la pena non

⁽²⁶¹⁾ Dovuto soprattutto al notevole impulso culturale esercitato da quella parte della dottrina tedesca che ha elaborato il c.d. *Alternativentwurf*. Una particolare menzione merita BAUMANN di cui si ricorderà, oltre al lavoro già citato (*Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens*) *Schuld und Sühne — ein Scheinproblem*, in *Strafrecht im Umbruch*, 1977, 13 ss.; *Schuld und Sühne als Grundprobleme heutiger Strafrechtspflege*, in *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969, 8 ss.

⁽²⁶²⁾ Significativa, in proposito, è la posizione di STRATENWERTH: si cfr. *Schuld und Rechtfertigung*, in *Misslingt die Strafrechtsreform?*, cit., 31 ss.; *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, cit., *passim*.

deve tendere alla retribuzione della colpevolezza, per orientarsi piuttosto alle finalità preventive connesse alla tutela dei beni⁽²⁶³⁾.

E vi è, inoltre, la progressiva presa di coscienza di un'insanabile contraddizione con la realtà dell'esperienza giuridica. Se infatti la concezione etica non vuole perdere la sua ultima legittimazione, deve, oggi più che mai, restare saldamente ancorata alla sua tradizionale connotazione liberale e garantistica: deve, insomma, preoccuparsi essenzialmente di fornire l'ancoraggio sostanzialistico per la determinazione dei presupposti su cui va affermata e commisurata la responsabilità penale, garantendo inoltre l'individuo dal rischio che l'intervento penale si traduca in una censura morale sulla sua vita e sul suo modo di essere⁽²⁶⁴⁾. E questa strada, come si è visto, sembra passare necessariamente per quella della «*Einzeltatschuld*», se non addirittura per quella della «*Willensschuld*»⁽²⁶⁵⁾. Senonché, anche al di là della colpa, resta da fare i conti con una serie di realtà profondamente radicate nell'esperienza giuridica a livello normativo, interpretativo, applicativo, le quali — e proprio qui sta la contraddizione — non solo appaiono tuttora ispirate al concetto della «*Lebensführungsschuld*», ma nascondono sotto questa etichetta precisi calcoli preventivi difficilmente armonizzabili con l'idea della colpevolezza per il singolo fatto.

Numerosi sono gli esempi che si potrebbero addurre a questo proposito; basterà ricordare brevemente quelli che presentano le maggiori analogie con la colpa incosciente.

Primo fra tutti il tema dell'errore su legge penale. Che norme come l'art. 5 del nostro codice facciano a pugno con l'idea della colpevolezza, non è nemmeno il caso di sottolinearlo. Ci preme piuttosto segnalare che l'antinomia con il principio di

⁽²⁶³⁾ Così, ad es., BAUMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. STRATENWERTH, *Schuld und Rechtfertigung*, cit., 31 ss.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. *supra* il § 7; nonché STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, cit., *passim*.

colpevolezza nelle sue accezioni 'garantistiche' di «*Willensschuld*» o anche solo di «*Einzeltschuld*», appare per alcuni versi non completamente superata nemmeno attraverso la soluzione differenziata che distingue tra errore evitabile ed errore inevitabile — soluzione dominante nell'ordinamento tedesco ed in sostanza recepita da taluni tentativi di offrire un'interpretazione 'evolutiva' del nostro articolo 5 ⁽²⁶⁶⁾.

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui il soggetto non viene nemmeno sfiorato dal dubbio circa la illiceità del suo comportamento: qui vi sono notevolissime analogie con la problematica della colpa incosciente e non a caso è stato sostenuto che il sostrato minimo per la rimproverabilità 'etica' dell'errore dovrebbe essere costituito da «un dubbio anche lieve sull'illiceità del fatto» ⁽²⁶⁷⁾.

D'altra parte, per ricondurre ad un criterio di colpevolezza la maggior parte delle ipotesi di errore inescusabile — è stato osservato — bisogna discostarsi dall'idea della «*Einzeltschuld*», per far capo a quella della «*Lebensführungsschuld*» in una delle sue numerose versioni («*Persönlichkeitsschuld*», «*Charakterschuld*» e così via) ⁽²⁶⁸⁾. Ed in tal modo — sostiene STRATENWERTH — si tradisce in primo luogo la tradizionale funzione garantistica della colpevolezza, e si finisce inoltre per 'camuffare' precise considerazioni preventive ⁽²⁶⁹⁾. Ad esempio, quando si afferma un obbligo di conoscenza di alcune norme riguardanti la specifica attività professionale esercitata dall'agente, il rimprovero viene a segnare la «mancanza colpevole» di informazione

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. in proposito il recente approfondito studio di PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, 1976, *passim*, spec. 427 ss. ed ivi i riferimenti bibliografici.

⁽²⁶⁷⁾ Così HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundanalyse der Schuldtheorie*, 1969, 150. Sul punto si veda anche STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 19.

⁽²⁶⁸⁾ STRATENWERTH, *op. ult. cit.*, 44 (anche in nota).

⁽²⁶⁹⁾ STRATENWERTH, *Tatschuld*, cit., 6 ss., 18 ss. (con particolare riguardo alla commisurazione della pena), 30 (in più ampia prospettiva).

dell'agente stesso in merito ai suoi obblighi⁽²⁷⁰⁾. Ebbene, il giudizio — se ne conclude — non colpisce qui certamente il singolo fatto: esso risale piuttosto nel tempo, per appuntarsi sull'evitabilità dell'«omessa informazione» ed assicurare così al meglio l'efficacia preventiva del sistema⁽²⁷¹⁾.

Un discorso simile andrebbe ripetuto per quanto riguarda gli stati emotivi e passionali. Recenti ricerche hanno dimostrato che moltissime situazioni affettive sono senz'altro in grado di escludere nel soggetto ogni capacità di autocontrollo⁽²⁷²⁾. È stato tuttavia messo in rilievo che una conseguente applicazione del principio di colpevolezza avrebbe implicazioni politico-criminali assolutamente inaccettabili: i soli delitti di omicidio sono dovuti almeno per un quarto a stati affettivi riconducibili al quadro descritto⁽²⁷³⁾. E sul piano della prevenzione generale è semplicemente impossibile — si afferma — assolvere un quarto degli omicidi⁽²⁷⁴⁾. Se la società non può esigere che l'autore ometta l'azione criminosa, data la sua incapacità di motivarsi al momento del fatto, può tuttavia pretendere che egli faccia ricorso alle proprie risorse inibitorie *prima* che subentri la fase esplosiva⁽²⁷⁵⁾. Con questa considerazione deve ovviamente fare i conti qualsiasi tentativo di far leva sul concetto di infermità dell'art. 88 del nostro codice penale per interpretare restrittivamente l'art. 90 che esclude la rilevanza scusante degli stati emotivi e passionali⁽²⁷⁶⁾.

⁽²⁷⁰⁾ Così ad es. RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, 253 ss.

⁽²⁷¹⁾ STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 18 ss.

⁽²⁷²⁾ KRÜPELMANN, *Motivation und Handlung im Affekt*, in *Festschrift für H. Welzel*, 1974, 327 ss.

⁽²⁷³⁾ KRÜPELMANN, *Die Neugestaltung*, cit., 26 s.

⁽²⁷⁴⁾ KRÜPELMANN, *op. ult. cit.*, 35.

⁽²⁷⁵⁾ Il che, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche, sembra in molti casi possibile: si cfr. KRÜPELMANN, *op. ult. cit.*, 27, 35.

⁽²⁷⁶⁾ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*⁹, P. G., 1976, 415 ss. Si veda anche BONIFACIO, *L'infermità di mente nel diritto penale italiano*, 1959, 58. Noto è l'atteggiamento invece rigoristico della giurisprudenza: cfr. ad es. Cass. 19 gennaio 1971, *Giust. pen.*, 1972, II, 115, 52.

Gli esempi potrebbero continuare. Ma già quanto fin qui osservato dovrebbe dimostrare che da una conclusione non c'è modo di sfuggire: ricostruire i presupposti della responsabilità penale facendo capo all'unica accezione possibile — quella della «*Einzeltatschuld*», per non parlare della «*Willensschuld*» — del concetto etico di colpevolezza, appare un tentativo destinato a rimanere, oltre che infruttuoso, addirittura controproducente sotto il profilo garantistico. In tal modo si verrebbe infatti ad urtare ad ogni istante con la realtà di esigenze preventive o positivizzate in espresse disposizioni di legge o così acutamente avvertite a livello interpretativo e applicativo, che sarebbe semplicemente illusoria la pretesa di sradicarle in nome di un principio superiore di giustizia morale. Di modo che il criterio *materiale* della colpevolezza fornirebbe continuamente soluzioni applicative o inequivocabilmente *contra legem* oppure fatalmente destinate a restare per i più inaccettabili sul piano operativo, smarrendo così qualsiasi funzione di orientamento nella fase di interpretazione della legge.

In questa prospettiva non sorprende affatto che i fautori del criterio oggettivo della colpa continuino a mostrarsi del tutto insensibili all'argomento 'morale' secondo cui la misura generalizzante sarebbe la più lontana dall'idea della giustizia etica. Il criterio della giustizia etica dovrebbe delimitare l'ambito della punibilità escludendovi quei fatti lesivi ritenuti 'inevitabili' alla stregua delle personali capacità intellettive dell'agente: eppure, questo stesso criterio si vede costretto nell'esperienza giuridica ad una serie di 'concessioni' alla prevenzione generale, senza dire che, in tema di colpa, esso sembra aver abdicato già dall'inizio di fronte all'incriminazione della colpa incosciente. Con quale diritto e autorità può dunque contrapporsi all'argomento degli oggettivisti secondo cui la misura generalizzante sarebbe la più adatta a generare il comune rispetto di determinati standard di comportamento?

b) Per la verità, tra gli attuali fautori della concezione

oggettivistica della colpa nessuno appare in grado di legittimare la propria opinione nel quadro armonico di una compiuta elaborazione della colpevolezza, paragonabile, ad esempio, alla costruzione operata per il passato da von Ferneck.

La legittimità della tesi può essere quindi vagliata solo per assimilazione, sulla scorta di quelle concezioni della colpevolezza 'secolarizzate' e aperte a recepire al loro interno istanze di prevenzione generale ⁽²⁷⁷⁾.

Nel panorama odierno della dottrina, risale a Krümpelmann l'approccio teorico su cui, meglio che su ogni altro, potrebbe poggiare la concezione oggettiva della colpa.

Il concetto della «colpevolezza sociale» non soltanto sarebbe privo «del rimprovero etico-individuale», ma opererebbe altresì, nella fase applicativa, con una «misura semplificata e generalizzante», condizionata in sostanza, nella sua determinazione, da considerazioni di prevenzione generale. Il rimprovero presupporrebbe semplicemente che l'individuo «non abbia corrisposto all'aspettativa sociale di comportamento quale viene rivolta alla persona media», non già che egli si «sia comportato diversamente da come poteva». La punizione acquisterebbe spesso, così, «il carattere di un sacrificio individuale, mezzo rispetto allo scopo di rivolgere appelli di responsabilità alla coscienza sociale» ⁽²⁷⁸⁾.

Elaborato con particolare riguardo ai problemi dell'imputabilità, un simile modello non è tuttavia trasferibile sul terreno della colpa senza un più attento controllo. In tema di imputabilità, infatti, il momento della prevenzione generale assume caratteristiche del tutto peculiari ⁽²⁷⁹⁾.

Esistono alcune anomalie psichiche, dovute ad insufficiente

⁽²⁷⁷⁾ In questa prospettiva va ricordato il fondamentale lavoro di ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*², 1973, spec. 33 ss.

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. soprattutto *Die Neugestaltung*, cit., 30 ss.

⁽²⁷⁹⁾ Così ad es., ROXIN *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, 1978, 279 ss., 292 s.

sviluppo mentale, a carenze nella sfera volitiva o a disturbi da disadattamento sociale, le quali — a rigore — consentono fondatamente di escludere che il soggetto abbia la capacità di autode-terminarsi alla stregua del 'senso possibile' della legge (tanto del § 20 *StGB*, quanto degli artt. 85 ss. c.p.)⁽²⁸⁰⁾. E se si volesse qui ammettere in linea di principio l'assoluzione per infermità mentale, la colpevolezza resterebbe condizionata — molto, anzi troppo di frequente — da «strutture determinanti» connesse a carenze (senza alcun riscontro organico!) o di origine costituzionale o sorte nella prima infanzia o addirittura causate da puri e semplici disadattamenti sociali. L'allargamento della sfera della non punibilità comporterebbe conseguenze inaccettabili sotto il profilo della prevenzione generale, conseguenze che a loro volta si ripercuoterebbero sullo stesso principio di colpevolezza. Si innesterebbe cioè uno sviluppo dinamico, che alla lunga proprio il principio di colpevolezza metterebbe in discussione: il fenomeno del plurirecidivismo «porterebbe il sistema penale a convergere verso un sistema di misure»^(280bis).

Il limite 'preventivo' cui viene così assoggettato il criterio sostanzialistico della colpevolezza attraverso la generalizzazione della misura di giudizio trova la sua legittimazione nella finalità di mantenere fermo il criterio stesso ed il suo significato garantistico. Il modello, quindi, potrebbe trovare applicazione al problema della misura della colpa solo a condizione di verificare una legittimazione dello stesso o di analogo genere.

In effetti, pure nel quadro delle concezioni 'secolarizzate' della colpevolezza, il discorso sulla 'legittimità' della prevenzione generale viene visto come un punto obbligato di passaggio⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁸⁰⁾ Così KRÜMPELMANN, *op. loc. ult. cit.*, con ampi richiami alla letteratura psichiatrica e psicologica.

^(280bis) KRÜMPELMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁸¹⁾ Con particolare vigore HOERSTER, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1970, 272 ss. E si vedano anche i contributi di HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, 15

L'ancoraggio ad un principio di colpevolezza materiale, alla cui funzione critica quasi nessuno sembra disposto a rinunciare, ne riflette il contenuto morale ⁽²⁸²⁾. Così ad esempio Krümpelmann descrive l'interazione tra principio di colpevolezza e prevenzione generale, riallacciandosi alla ormai classica impostazione di Roxin: «tramite l'orientamento alle aspettative sociali di comportamento, il principio di colpevolezza recepisce senz'altro considerazioni politico-criminali, tuttavia plasmandole a sua volta sulla base di limiti da esso stesso tracciati» ⁽²⁸³⁾.

Ci sarebbe forse da chiedersi quanto efficacemente possa esplicitarsi il momento garantistico a seguito di una simile ambiguità funzionale della colpevolezza ⁽²⁸⁴⁾. Il rischio più evidente, comune a tutte le formulazioni descrittive, è in ogni caso che esse ci restituiscano meri concetti sistematici — quindi suscettibili di ogni manipolazione — senza dare il giusto risalto alla sostanza dei fenomeni valutativi, quale risulta per l'appunto dall'esaminato problema della imputabilità: il momento garantistico e quello preventivo corrispondono a linee di tendenza convergenti, che muovono, rispettivamente, da un criterio di giustizia e dall'esigenza di assicurare la funzionalità e la praticabilità del sistema.

Per coglierne il punto di incontro occorre perciò risalire di volta in volta alla radice delle cose, rompendo il circolo dei concetti descrittivi. Ogni problema interpretativo richiede insomma un approfondimento critico del tutto peculiare. Ed a questa

(del dattiloscritto) e di NAUCKE, *Generalprävention und Grundrechte der Person*, spec. 35 ss. (del dattiloscritto), al Convegno su «Teoria e prassi della prevenzione 'generale' dei reati», tenutosi a Milano presso l'Università Cattolica nel marzo 1979. Si cfr., inoltre, ROXIN, *op. ult. cit.*, 232 ss.; nonché HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976, 82.

⁽²⁸²⁾ Si veda la vigorosa riaffermazione di questo concetto ad opera di ROXIN, *op. loc. ult. cit.*; nonché HAFFKE, *op. loc. cit.*. Un discorso a parte meriterebbe la posizione di JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, spec. 32.

⁽²⁸³⁾ KRÜMPELMANN, *op. ult. cit.*, 34.

⁽²⁸⁴⁾ Al riguardo non mancano prese di posizione notevolmente scettiche: si cfr. ad es. STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 30 s. Si veda però anche la risposta di ROXIN, *op. ult. cit.*, 286 s.

logica non può sfuggire nemmeno una presa di posizione circa la tematica della misura della colpa: in altre parole, bisogna vedere se il punto di equilibrio vada calibrato nel criterio oggettivo o in quello soggettivo.

11. La strada più realistica da seguire è, ci sembra, quella indicata da qualche tempo da Stratenwerth ⁽²⁸⁵⁾: da un lato, restare fermi alla tradizionale ispirazione etica dell'idea di colpevolezza, rivendicandone a chiare lettere l'autonomia concettuale rispetto alle necessità di difesa sociale, di funzionalità e praticabilità del sistema; dall'altro, ammettere francamente che un principio così inteso è soggetto a non poche 'limitazioni' e 'compressioni' in favore delle istanze di prevenzione (soprattutto generale). Si tratta insomma di 'portare allo scoperto' le considerazioni prammatiche, 'smascherandone' il frequente 'camuffamento' all'interno di un concetto soltanto formale-descrittivo della colpevolezza.

L'ancoraggio etico serve, in primo luogo, a non dimenticare la *problematicità* di ogni giudizio che coinvolga la dignità morale dell'uomo ⁽²⁸⁶⁾. E proprio la consapevolezza di una tale problematicità consente di individuare le zone — non ultima quella della colpa incosciente — in cui essa è maggiore, al di là di rinnovate tentazioni giuspositivistiche ⁽²⁸⁷⁾. Ciò vale soprattutto quando si consideri il tipo di risposta su cui tutt'ora fa perno il sistema penale: una risposta che incide così profondamente nella sfera di autonomia dell'individuo ⁽²⁸⁸⁾.

Si ottiene così un importante strumento di controllo del ricorso alla prevenzione generale da parte del diritto penale: la sua legittimità diminuisce infatti in maniera direttamente propor-

⁽²⁸⁵⁾ Si cfr. *Schuld und Rechtfertigung*, cit., spec. 44 ss.; nonché *Die Zukunft*, cit., 42 ss., e *Tatschuld und Strafzumessung*, cit., spec. 19.

⁽²⁸⁶⁾ STRATENWERTH, *Schuld und Rechtfertigung*, loc. ult. cit.; *Die Zukunft*, cit., 46. E si veda anche HOERSTER, *op. cit.*, 272.

⁽²⁸⁷⁾ STRATENWERTH, *op. ult. cit.*, 46 s.

⁽²⁸⁸⁾ Quest'aspetto è sottolineato efficacemente da PULITANO, *op. cit.*, 104.

zionale al crescere della problematicità della colpevolezza ⁽²⁸⁹⁾.

La prospettiva è maggiormente densa di implicazioni in vista di radicali interventi legislativi sul diritto penale vigente. L'atteggiamento di un cospicuo settore dottrinale che propugna una drastica riduzione dell'ambito di rilevanza penale della colpa incosciente, se non addirittura la depenalizzazione di tutti i fatti riconducibili a tale tipo di coefficiente soggettivo, ne costituisce una tra le testimonianze più significative ⁽²⁹⁰⁾.

Non è detto però che essa non possa risultare fruttuosa anche sotto il profilo interpretativo. Ad esempio, prendendo piena coscienza della problematicità della colpevolezza in tema di colpa incosciente, si dovrà riflettere attentamente se non sia opportuno restringere l'ambito della punibilità già nei limiti del senso possibile della legge: tra l'altro, facendo appunto ricorso alla misura soggettiva.

D'altra parte, la messa a nudo delle zone più problematiche, in cui le istanze preventive acquistano una posizione preminente, serve a razionalizzare l'intervento penale.

In prospettiva, dando impulso alle ricerche empiriche. Non si deve infatti trascurare un'ulteriore ed imprescindibile condizione di legittimità della prevenzione generale: la sua conformità allo scopo ⁽²⁹¹⁾. Ebbene, assumendo un atteggiamento critico verso la loro tradizionale collocazione 'all'ombra' di un principio di colpevolezza 'sistematico', le considerazioni preventive acquisite-

⁽²⁸⁹⁾ Così, in sostanza, NAUCKE, *op. cit.*, 36.

⁽²⁹⁰⁾ Cfr. ad es. HALL, *Negligent Behaviour should be excluded from penal Liability*, in *Columbia Law Review*, 1963, 632 ss.; SCHULTZ, *Die moralische Schuld*, cit., 14 ss. A tale proposito, si fa di solito riferimento ad un concetto di colpa incosciente la cui caratteristica non sta solo nella mancata previsione dell'evento lesivo, ma anche nella mancata consapevolezza del soggetto di agire in contrasto con una regola di condotta (si cfr. la nota n. 225). Per altri riferimenti dottrinali, si cfr. JESCHECK, *Aufbau*, cit., 26 in nota; ulteriori richiami in chiave comparatistica, con particolare riguardo alla circolazione stradale, in STRIANI, *L'omicidio colposo derivante da incidente stradale. Orientamenti e riflessioni per una possibile armonizzazione delle norme relative*, in *Arch. pen.*, 1976, I, 31 ss.

⁽²⁹¹⁾ Con particolare vigore, HASSEMER, *op. cit.*, 15.

ranno lo stato di asserzioni verificabili criticamente dal punto di vista empirico ⁽²⁹²⁾. Per ora, esse poggiano prevalentemente su luoghi comuni, che non danno congrue garanzie sotto il profilo della conformità agli scopi ⁽²⁹³⁾.

Con riguardo ai problemi della criminalità stradale, il settore più preoccupante nel quadro della tipologia della colpa, è stato osservato con ragione che lasciar libero spazio alla prevenzione generale applicando la misura oggettiva equivale ad una terapia sintomatica invece che eziologica del fenomeno ⁽²⁹⁴⁾. Si trascurano insomma i più sottili meccanismi su cui, almeno alla stregua delle attuali conoscenze, dovrebbe poggiare una prevenzione generale davvero efficace: quei meccanismi, cioè, che portano alla stabilizzazione di standard elevati di comportamento attraverso un diffuso «riconoscimento interno» delle norme di condotta ⁽²⁹⁵⁾.

Anche per il momento, tuttavia, non sarà infruttuoso prendere coscienza di una situazione inaccettabile. In primo luogo, perché si darà risalto a quel che davvero si cela dietro alcune soluzioni interpretative — ad esempio in tema di misura della colpa — motivate prevalentemente dalla preoccupazione di assicurare la funzionalità del sistema ⁽²⁹⁶⁾. In tal modo gli stessi operatori del diritto saranno posti di fronte ai significati ideologici delle loro scelte.

Ciò vuol dire realizzare a tutti i livelli un'esigenza di chiarezza, di cui beneficerà lo stesso bilanciamento ⁽²⁹⁷⁾ — troppo spesso inavvertito nella fase interpretativa ed applicativa — tra

⁽²⁹²⁾ STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 45.

⁽²⁹³⁾ HASSEMER, *op. cit.*, 20 ss.

⁽²⁹⁴⁾ LUFF, *Das Verkehrsstrafrecht aus ärztlicher Sicht*, in *Deutsches Autorecht*, 1960, 326 ss., 328.

⁽²⁹⁵⁾ GUNZERT, *Soziologische Probleme bei der Beurteilung von Verkehrsdelikten*, in *Deutsches Autorecht*, 1960, 315 ss., 323. Si cfr. KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, 1970, 361 ss. E si veda anche HAFKE, *op. cit.*, 87 ss.

⁽²⁹⁶⁾ STRATENWERTH, *op. ult. cit.*, 43 s.

⁽²⁹⁷⁾ Su cui richiama efficacemente l'attenzione GUNZERT, *op. loc. cit.*

il momento 'garantistico' e quello 'prammatico'. Riconoscendone le 'compressioni' normative ed operative, il principio 'sostanziale' di colpevolezza acquista un più pregnante significato garantistico, un ruolo forse meno ampio sul piano dell'utopia, certamente più incisivo su quello pratico.

Si pensi ad uno qualsiasi dei nostri esempi: un automobilista inesperto che ha da poco conseguito la patente (o che, in possesso di foglio rosa, si esercita alla guida) procede con tutte le cautele imposte dalla sua scarsa perizia; ciononostante viene a trovarsi senza sua colpa in una situazione di emergenza e per la sua imperizia non riesce ad effettuare la necessaria manovra di fortuna — che un esperto automobilista sarebbe stato certamente in grado di compiere — perdendo così il controllo della vettura e provocando la morte di più persone.

Troppo fragili sono a tutt'oggi le conoscenze empiriche su cui poggia la prevenzione generale ⁽²⁹⁸⁾, tanto più fragili in materia di delitti colposi ⁽²⁹⁹⁾. Peraltro, non si è in condizioni di escludere — anche se vi sarebbero da avanzare molte perplessità ⁽³⁰⁰⁾ — che, in casi simili, un'eventuale punizione contribuisca a stabilizzare o addirittura a rafforzare il rispetto generalizzato degli standard di comportamento all'interno del gruppo degli automobilisti ⁽³⁰¹⁾. Soprattutto se l'episodio si verificasse in un periodo di notevole incremento degli incidenti stradali, già la coscienza collettiva potrebbe magari reagire con una richiesta di pena ⁽³⁰²⁾ alla discrepanza tra il singolo comportamento e l'attesa so-

⁽²⁹⁸⁾ Cfr. ANDENAES, *Theorie and Practice of general prevention through threatening, unforcement and execution of punishment* (relazione presentata al ricordato convegno su «Teoria e prassi della prevenzione 'generale' dei reati»), 11 ss. (del dattiloscritto).

⁽²⁹⁹⁾ Cfr. KAISER, *op. cit.*, 339 ss. con particolare riguardo ai problemi della circolazione stradale.

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. KAISER, *op. cit.*, 362 ss.

⁽³⁰¹⁾ Come prospetta in via d'ipotesi HART, *Legal Responsibility and Excuses*, in *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophie of Law*, 1968, 40 ss.

⁽³⁰²⁾ Quell'aspetto della prevenzione generale che consiste nell'appagamento

ziale commisurata alle capacità dell'esperto automobilista.

D'altro canto, è certo che il soggetto da nessun punto di vista avrebbe personalmente 'meritato' la punizione. Questa assumerebbe piuttosto il carattere di un sacrificio individuale, per di più imposto all'agente in nome di un'esigenza di stabilizzazione assolutamente discutibile sotto l'aspetto del supporto empirico.

La stessa eventuale richiesta di pena da parte della collettività poggierebbe su un criterio primitivo di imputazione, riconducibile a meccanismi del tutto irrazionali, spiegati dalla psicologia sociale attraverso «la teoria dell'attribuzione». «L'idea che incidenti o catastrofi vengano causati da variazioni casuali o circostanze situazionali agisce di solito sull'osservatore in maniera inquietante — come una minaccia — in quanto viene collegata al timore che eventi del genere possano accadere a chiunque e quindi anche all'osservatore stesso». Si tratta insomma di una «minaccia» per la «convinzione irrazionale in un mondo ordinato, dunque prevedibile e controllabile»: di qui la necessità «di attribuire la responsabilità ad uno degli attori» stessi invece che a «fattori esterni e casuali, anche se il primo non aveva personalmente alcuna possibilità di controllare i secondi» ⁽³⁰³⁾.

Sotto questo profilo il soggetto verrebbe, attraverso la punizione, puramente e semplicemente 'strumentalizzato' in favore di fattori assolutamente irrazionali: la condanna avrebbe il sapore di un rito sacrificale all'irrazionalità.

Su tali presupposti appare davvero inaccettabile l'opinione secondo cui, in casi simili, le garanzie *sostanziali* dell'individuo dovrebbero cedere il passo alla necessità di tutela indiscriminata

della coscienza sociale» viene denominato da ROXIN (*op. ult. cit.*, 304 ss.) «prevenzione integratrice» (ma con particolare riferimento alla commisurazione della pena).

⁽³⁰³⁾ Questo fenomeno psicologico viene denominato «ipotesi del mondo giusto»: cfr. BIERBRAUER, *Die Zuschreibung zur Verantwortlichkeit. Eine attributionstheoretische Analyse*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. III, *Strafrecht* (a cura di HASSEMER e LÜDERSSEN), 1978, 130 ss., 144 ss.

dei beni ⁽³⁰⁴⁾. A paragone del prezzo da pagare in termini di 'giustizia', troppo tenue si rivela infatti il nesso tra punizione e funzionalità del sistema. Il ricorso alla prevenzione generale perde così ogni 'legittimità': il punto d'incontro tra le due linee convergenti — colpevolezza individuale e funzionalità del sistema — coincide quasi con il punto di partenza.

(³⁰⁴) MEYER-JAKOBI, *Typische Unfallursachen*, cit., 86.

I N D I C E

	<i>Pag.</i>
SERGIO ANTONELLI, <i>Profili giuridici della crisi dello Stato moderno</i>	5
SERGIO ANTONELLI, <i>Sulla costituzionalità degli atti di clemenza atipici non previsti nella Costituzione</i>	29
ARNALDO BISCARDI, <i>La Chiesa e le origini del diritto canonico</i>	49
ANNA MARIA GIOMARO, <i>GAL. IV, 57. Riflessioni e spunti critici</i>	75
PIERO GUALTIERI, <i>Prove illegittime e sanzioni processuali</i>	121
GUIDO GUIDI, <i>Comuni e Unità Sanitarie Locali</i>	145
GUIDO GUIDI, <i>Passaggio di funzioni, personale e beni delle I.P.A.B. ai Comuni e legge di riforma sull'assistenza pubblica</i>	155
VITTORIO PARLATO, <i>La politica di accentramento effettuata dal patriarcato di Costantinopoli e conseguente lesione dell'autonomia degli altri patriarcati orientali, nel IX secolo</i>	175
MARIA ANNA SALVADORI, <i>Considerazioni sulla funzione e sul funzionamento della Commissione Comunale per il Commercio di cui all'art. 16 della legge 11 giugno 1971 n. 426</i>	187
GIAN GALEAZZO STENDARDI, <i>Considerazioni sul diritto di proprietà immobiliare privata</i>	209
RICCARDO TANTURRI, <i>Giuseppe Santonastaso e la religione della libertà</i> . . .	245
VITTORIO DE FRANCESCO, <i>Sulla misura soggettiva della colpa</i>	273

