

ANNI XLVII - 1978/79

NUOVA SERIE A - N. 31

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



MAGGIOLI EDITORE - RIMINI

STVDI VRBINATI

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

ANNI XLVII

1978-79

NUOVA SERIE A

N. 31

MAGGIOLI EDITORE - RIMINI 1981

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

© - Copyright 1981 by Maggioli Editore - Rimini

Direttore responsabile : prof. CARLO BO

Redattore : prof. GIOVANNI GUALANDI

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

Tipografia « Grafica 10 » - Città di Castello

Con il presente numero la rivista «Studi Urbinati» viene affidata alle cure editoriali della Maggioli Editore di Rimini che intende assicurare, assieme alla solidità dell'impegno, rinnovato slancio e più ampia diffusione.

Urbino, luglio 1981.

GABRIELE MOLteni MASTAI FERRETTI

LA CHIESA DI TOMMASO (*)

(*) ABBREVIAZIONI USATE NEL TESTO

S. th. = *Summa theologia*; il numero romano (I, I-II, II-II, III) indica la parte; i numeri arabi la *quaestio* (q.) e l'*articulus* (a.).

SCG = *Summa contra gentiles*. Il numero romano indica il Libro, il numero arabo il Capitolo.

Sent. = *Commentarium in IV Libros sententiarum magistri Petri Lombardi*; *distinctio* (= d.) *quaestio* (= q.) *articulus* (= a.) *Quaestiuacula* (= q.la) *Solutio* (= sol.). I numeri romani indicano il Libro; gli arabi le rispettive suddivisioni sopracitate.

Quod. = *Quaestiones quodlibetales*.

De Ver.; De Pot. = *Questiones disputates De veritate, De Potentia*.

In Rom, Cor, etc. = Commenti alle lettere di S. Paolo. I numeri (es. Im) indicano la lettera di riferimento.

In Ps. = Commenti ai Salmi.

PVS = Op. « *De perfectione vitae spiritualis* ».

CEG = Op. « *Contra errores Graecorum* ».

DS = Denzinger-Schönmetzer, *Enchiridion Symbolorum declarationum et definitionum*.

CJC = *Codex Juris Canonici*.

ASS = *Acta Sanctae Sedis*.

AAS = *Acta Apostolicae Sedis*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Chiesa sacramento e Chiesa istituzione. — 3. Il potere ecclesiastico. — 4. Il primato pontificio. — 5. L'esercizio del potere e la legge.

1. - Il momento ecclesiologico di quel pensiero di san Tommaso che « sembra riacquistare oggi attenzione e apprezzamento » ⁽¹⁾ non è affidato unitariamente a una apposita, penetrante e lucida radiografia culturale ed esplicativa *De Ecclesia*.

I problemi della Chiesa e sulla Chiesa non sono considerati, nelle opere del colosso d'Aquino, secondo l'ordine sistematico tipico delle « *Summae* », ma affiorano invece dispersi all'interno dei singoli trattati (nella « *Summa Theologica* » e nella « *Summa contra gentiles* »), nelle *Quaestiones disputatae*, nei *Quodlibeta*, nel ponderoso commento alle Sentenze di Pier Lombardo, nei commenti alle Sacre Scritture e in alcuni opuscoli fra i quali spiccano, ai fini del nostro discorso, il *Contra impugnantes Dei cultum et religionem*, il *De perfectione vitae spiritualis*, e il *Contra errores Graecorum*.

L'individuata carenza di un organico trattato, esausti-

(1) S. VANNI ROVIGHI, « Presentazione » a *Enciclica Aeterni Patris di Leone XIII*, Milano, 1980 p. VII. Sul valore perenne di Tommaso perché la restaurazione filosofica costituisca il rilancio di quella morale, politica, giuridica e sociale cfr. l'imprevedibile magistero pontificio che culmina nei discorsi di GIOVANNI PAOLO II nell'ottobre 1979 e che, nell'ultimo secolo ritrova i suoi cardini, oltre che nella citata enciclica di LEONE XIII, anche in PIO X, *Motu proprio Doctoris Angelici* del 29 giugno 1914 in *AAS*, 6, p. 336 ss.; PIO XI, *Enciclica Studiorum ducem*, del 29 giugno 1923, in *AAS*, 15, p. 309 ss.; PIO XII, *Enciclica Humani generis* del 12 agosto 1950, in *AAS*, 42, p. 571 ss.; IDEM, *Allocuzione ai partecipanti al IV Congresso Tomistico Internazionale*, del 14 settembre 1955, in *AAS*, 47, p. 681 ss.; PAOLO VI, *lettera al Maestro Generale dei Predicatori per il VII Centenario del transito di san Tommaso*, del 20 novembre 1974, in *AAS*, 66, p. 673 ss. Immaneabili riferimenti conciliari in CONCILIO VATICANO II, *Decreto Optatam Totius* e normativi del 1917 in C.J.C., *can 1366*.

vo nella sua unitaria sistematicità, dedicato alla Chiesa, non deve, in ogni caso, essere attribuita ad una singolare e imperdonabile negligenza dell'Aquinate, e neppure ad una sua inspiegabile e grave indifferenza per un tema così essenziale e suggestivo. Le motivazioni di questo vuoto sono infatti da ricercarsi nella particolare temperie storica, fattuale e spirituale, del secolo in cui visse questo maestro della speculazione, il secolo XIII, epoca aurea della civiltà cristiana occidentale. È invero il secolo che assiste alla ascesa della Chiesa fino all'apogeo nella società e nella cultura: la Chiesa appare incontestabile dominatrice di tutte le attività umane più emblematiche e fondanti e viene proposta e valutata come base indistruttibile della *christiana respublica*, nella sua duplice espressione spirituale e temporale.

I grandi scolastici non ritengono necessario stendere una trattazione intesa a giustificare, sul piano della scienza, una realtà viva, operante e i cui benefici immensi sono universalmente riconosciuti.

I temi ecclesiologici sono accolti quindi all'interno delle maggiori *quaestiones* antropologiche, e nella teologia sacramentale.

La dispersione della materia in frammenti piuttosto minuti non nuoce tuttavia alla possibilità di ricavare da queste sparse membra, un quadro ordinato e compiuto del pensiero ecclesiologico tomasiano ⁽²⁾. Il compito di ricostruzione del 'sistema' ecclesiologico tomasiano risulta infatti notevolmente semplificato dalla singolare struttura e dalla mirabile chiarezza di esposizione, tipiche dello stile dell'Aquinate. Sic-

(2) Quanto in termini di metodo si dice in questa sede vale anche per altri temi dell'Aquinate. A titolo esemplificativo si legga il rilievo di un esperto: « Nella *Summa contra gentiles* l'etica tomistica è esposta senza che vi sia una specifica trattazione sulla legge; nella stessa *Summa theologiae* il trattato sulla legge viene quando già i fondamentali concetti morali sono stati giustificati e li riassume mirabilmente, badiamo, ma non li fonda » (S. VANNI ROVIGHI, *Studi di filosofia medioevale*, II, Milano 1978, p. 149).

ché nonostante la diaspora e la separazione, le variate porzioni della granitica indagine medioevale preludono, nel felice accostamento e nella dolce plasmazione, al « sistema », poiché si amalgamano fino a consentire l'evidenziazione logica e puntuale di un tutto unitario in cui ogni elemento si trova collocato al giusto posto e svolge la funzione di sostenere gli elementi vicini. Così il concetto di Chiesa-sacramento funge da fondamento al concetto di Chiesa-istituzione e illumina il significato profondo di questa seconda dimensione, ponendo in risalto alcuni aspetti che diversamente sarebbero rimasti in ombra. Così la dottrina dei poteri ecclesiastici e del primato papale sono fermamente radicate nel dato scritturistico e autoritativo e, contemporaneamente, giustificate sotto il profilo della loro convenienza e della loro *rationabilitas*.

Infine, la filosofia giuridico-sociale dell'Aquinata si rivela come strumento adeguato a descrivere e ad interpretare — in modo sempre conforme all'ortodossia più rigorosa — i « topica » più scottanti della costituzione gerarchica della Chiesa, dal significato e dai limiti della *plenitudo potestatis* del Papa fino alle condizioni per il legittimo esercizio dei poteri ecclesiastici. Ed è consentito altresì affermare che i punti salienti dell'ecclesiologia giuridica tomasiana, qui brevemente delineati, testimoniano la indiscutibile attualità rappresentata dal pensiero di S. Tommaso ai fini di una corretta soluzione dei complessi problemi che scaturiscono dal grande dibattito sulla riforma del Codice di diritto canonico, e sulla futura incerta ma auspicata promulgazione di una *Lex Ecclesiae Fundamentalis* (3).

(3) Per questo argomento oltre i risultati di importanti convegni negli anni '70 e la bibliografia in G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna 1979, pp. 161 e 162 si vedano le recenti conclusioni sociologiche di G. ALBERICO, *Una costituzione per la restaurazione*, in *Concilium*, 1978, n. 9, p. 185 ss. e gli ultimi profili giuridici in J. HERVADA, *Legislación fundamental y leyes ordinarias*, in *Jus Canonicum*, 1976, n. 31, p. 168 ss. Sulla revisione della codificazione attuale cfr. ancora G. FELICIANI, *op. cit.*, p. 31 ss. e per la letteratura p. 160 ss.; mentre per una

L'avversione manifestata da alcuni teologi postconciliari contro le eccessive accentuazioni delle componenti strutturali socio-giuridiche della Chiesa presenti nell'ecclesiologia che precede il Vaticano II è un fatto ben noto (4).

La crisi del modo tradizionale di trattare i problemi ecclesiologici (definito con una punta di disprezzo, come 'co-stantiniano', 'bellarminiano' etc.) sembra anche aver indotto qualcuno (come ad esempio H. Küng) al rigetto radicale e incondizionato delle strutture sociali e giuridiche, precisamente esterne, della Chiesa, giudicate come inadeguate alla trasmissione del messaggio evangelico nell'epoca della secolarizzazione. Si può parlare, a buon diritto, di queste posizioni estreme come tentativi di 'protestantizzare' l'ecclesiologia cattolica: conati che vengono attuati proponendo la

sensozione d'assieme della canonistica post-conciliare sulla tematica ecclesiologica valgono i più generali testi manualistici di P. GISMONTI, *Il diritto della Chiesa dopo il Concilio*, rist., Milano 1973; M. PETRONCELLI, *Diritto Canonico*, 7° ed., Napoli 1976; G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, I, *Ius publicum ecclesiasticum*, Padova 1978, i cui più recenti riferimenti in chiave ecclesiasticistica vanno ravvisati in L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, Torino 1976 e in chiave socio-teologica in D. COMPOSTA, *La Chiesa visibile*, Roma 1976. Sull'ecclesiologia tomistica si possono utilmente consultare J. BAINVEL, *L'idée de l'Église au Moyen Age: St. Thomas*, in *Science Catholique*, X, 1899, p. 975 ss.; M. GRABMAN, *Die Lehre des hl. Thomas v. Aquino von der Kirche als Gotteswerk*, Regensburg 1903; A. MITTERER, *Geheimnisvoller Leib Christi nach. hl. Thomas v. Aquino nach Papst Pius XII*, Wien 1950; M. USEROS CARRETERO, « Statuta Ecclesiae » y « Sacramenta Ecclesiae » en la ecclesiologia de E. Tomés, Roma 1962; Y. CONGAR, *L'Église de Saint Augustin à l'époque moderne*, Paris 1970.

(4)Sull'offensiva « anti-giuridicistica » di alcuni teologi esiste una vasta letteratura. Fra i più virulenti critici possiamo citare, ad esempio, J. DAVID, *Il diritto naturale, Problemi e chiarimenti*, trad. it., Roma 1968, p. 46 ss.; C. E. CARRAN, *Law and conscience in the christian context*, in AA. VV., « Law for liberty », Baltimore 1968, pp. 163 ss. Anche lo stesso Y. CONGAR non è fra i più benevoli nella critica alla Chiesa « istituzionale ». Si veda ad esempio — sul nostro tema — *L'idée de l'Église chez Saint Thomas d'Aquin* nel suo libro *Esquisses du Mystère de l'Église*, Paris 1941, pp. 59 ss. e *L'Église de Saint Augustin à l'époque moderne*, cit., pp. 232-41. L'A. propende per una accentuazione dell'interpretazione « pneumatologica » dei testi di S. Tommaso e attribuisce a mero influsso storico-culturale i passi in cui l'Aquinante espone la dottrina tradizionale sui poteri della Chiesa e sul Primato papale.

classica immagine protestante della Chiesa dello 'spirito', o della 'carità', che si oppone alla Chiesa-istituzione, alla Chiesa 'giuridica', alla Chiesa strutturata secondo autorità visibili che rivendicano il diritto di governare il popolo cristiano e di decidere in ultima istanza in materia di fede e di morale ⁽⁵⁾.

Spesso si è invocato, a suffragio di queste posizioni, la recente assise ecumenica che avrebbe definito un 'nuovo' concetto della Chiesa, totalmente diverso da quello comune nella teologia precedente. Questa interpretazione del Concilio, comunque, è apparsa e appare, agli studiosi più equilibrati e fedeli all'ortodossia, come arbitraria e forzata.

Il giurista può soltanto rilevare l'incompatibilità della interpretazione neo-protestantica con la lettera e lo spirito della costituzione '*Lumen Gentium*' che si colloca entro il grande solco della continua tradizione del Magistero antico e recente ⁽⁶⁾. Il pensiero ecclesiologico di S. Tommaso offre, a mio modo di vedere, gli strumenti necessari per risolvere molti problemi che scaturiscono dalla apparente contrapposizione fra la dimensione pneumatologica e quella istituzionale della Chiesa.

2. - Negli scritti dell'Aquinate il termine *Ecclesia* rappresenta — a seconda del contesto in cui viene usato — realtà diverse. Si possono distinguere, con il Salaverri ⁽⁷⁾, almeno cinque significati del termine: (a) Chiesa in senso *latis-simo* come comunione degli uomini santi di tutti i tempi e degli angeli ⁽⁸⁾. (b) Chiesa in senso *lato* come comunione di

(5) Vedi su questo punto il giudizio dell'Enciclica di Pio XII *Mystici Corporis*, in AAS, 1943, 35, p. 200 ss.

(6) Cfr. Costituzione, *Lumen Gentium*, nn. 8-9.

(7) J. SALAVERRI, *De Ecclesia Christi*, in *Sacrae Theologiae Summa*, vol. I, Madrid 1962, pp. 542-43.

(8) *S. th.*, III q. 8 a. 4: *Unde corpus Ecclesiae mysticum non solum consistit ex hominibus, sed etiam ex angelis.*

tutti gli uomini fedeli dal principio fino alla fine del mondo⁽⁹⁾. (c) Chiesa in senso *meno lato*: come *congregatio fidelium* opposta alla *congregatio comprehendentium*. La prima rappresenta l'unione di tutti gli uomini *viatores* o Chiesa militante; la seconda l'insieme degli uomini che già godono della visione beatifica⁽¹⁰⁾. (d) Chiesa in senso *stretto*: insieme degli uomini che costituiscono come fedeli la Chiesa militante *hic et nunc*, in una situazione spaziale-temporale determinata⁽¹¹⁾. (e) Chiesa in senso *strettissimo*: la Chiesa visibile strutturata in modo gerarchico, e, più specificamente, la gerarchia⁽¹²⁾. Queste definizioni non sono il frutto di mero esercizio accademico. Al contrario esse sono essenziali sia per comprendere il rapporto che intercorre fra Chiesa trionfante e Chiesa militante⁽¹³⁾; sia per interpretare correttamente quei passi della sacra Scrittura in cui sembra negata la struttura gerarchica della comunità ecclesiale e il dogma del Primato papale⁽¹⁴⁾. San Tommaso opera una sintesi di tutte queste definizioni nella sua teoria del corpo mistico: tutte le grazie soprannaturali e tutti i poteri sociali nella Chiesa promanano da Cristo Capo del Corpo mistico⁽¹⁵⁾. È Cristo che comunica ai membri della Chiesa l'energia spirituale

(9) *Ibid.*, III q. 8 a. 3: ...*corpus Ecclesiae constituitur ex hominibus qui fuerunt a principio mundi usque ad finem ipsius.*

(10) *Ibid.*, III q. 8 a. 4 ad 2m: *Ecclesia secundum statum viae est congregatio fidelium; sed secundum statum patriae est congregatio comprehendentium.*

(11) *Ibid.*, II-II q. 4 a. 5 ad 4m; III q. 8 a. 3 ad 3m.

(12) *Ibid.*, II-II q. 1 a. 10.

(13) *In Ps.*, XXVI.

(14) Le distinzioni tomasiane, perfezionate dal Turrecremata all'epoca delle grandi controversie contro i conciliaristi (XV secolo) si mostreranno utilissime per combattere certe esegesi fraudolente della Scrittura. (Cfr. JOHANNES A TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia*, Libro I, Cap. II, Venezia 1561, fol. 3 ss.). Gli eretici, giocando sul significato letterale del termine Chiesa, (= semplice insieme non gerarchicamente ordinato dei fedeli) pretendevano di avere dalla loro parte l'autorità della Scrittura, per negare il Primato del Papa.

(15) San Tommaso si occupa diffusamente del tema in molti luoghi, per esempio: *S. th.*, III q. 8 a. 6; *De Ver.*, q. 29 a 4; *In 1m Cor.*, II Lectio I.

necessaria per operare in vista della perfezione e conferisce alle componenti gerarchiche della Chiesa i poteri giuridici e le grazie di stato necessarie ad una corretta amministrazione dei sacramenti e all'insegnamento della dottrina salvifica.

Ponendosi la *quaestio* di quale legame unisca la Chiesa militante alla Chiesa trionfante si approda alla considerazione della seconda quale via e porta che conduce alla prima ⁽¹⁶⁾. L'uomo, prima di conseguire la beatitudine del regno dei cieli, che è il suo ultimo fine, deve operare concretamente in questa vita, nel secolo. Soltanto nella Chiesa è possibile trovare, su questa terra, una perfetta sufficienza di mezzi per alimentare la nostra vita spirituale ⁽¹⁷⁾.

Ma, perché questa Chiesa terrena è stata istituita come Chiesa visibile e dotata di strutture sociali e di un ordinamento giuridico? A questa domanda, vero punto cruciale per ogni ecclesiologia, il dottore angelico risponde con una serie di argomentazioni in cui si combinano e si intrecciano mirabilmente l'autorità delle sacre scritture e il genio filosofico.

San Tommaso esclude che la volontà divina possa, in qualche modo, contrariare la sapienza: sarebbe blasfemo supporre che la volontà di Dio non proceda dalla sua sapienza ⁽¹⁸⁾.

Le opere divine possono essere misteriose per l'intelletto umano indebolito dal peccato: tuttavia esse non sono mai irrazionali e contraddittorie. Se tutto questo è poi vero, allora non è possibile attribuire la fondazione della Chiesa visibile alla mera volontà di Dio. L'incarnazione e l'istituzione della Chiesa vanno percepite e valutate nella logica di una economia che

(16) In Ps., XXVI, « *Domus spiritualis Dei est Ecclesia militans ... Alia est Ecclesia triumphans ... De utraque ergo potest hoc intelligi quia haec domus via est ad illam et porta eius* ».

(17) In Ps., XLV, n. 3, « *Et haec sufficientia est in Ecclesia: quia quicquid necessarium est ad vitam spiritualem invenitur in ea* ».

(18) De Ver. q. 23 a. 6, « *Dicere autem quod ex simplici voluntate dependat iustitia est dicere quod divina voluntas non procedat secundum ordinem sapientiae, quod est blasphemus q.*

rivela la sapienza del disegno divino e la sua convenienza alla natura dell'uomo.

Ed è in siffatto contesto speculativo, che non vanifica i riferimenti storici e reali, che l'uomo, composto di anima e di corpo, perviene alla conoscenza delle verità più alte e immateriali, mediante la percezione delle cose sensibili. La via normale e ordinata esige che l'uomo apprenda la verità da altri uomini. La comunicazione esterna, sensibile, è una condizione necessaria della conoscenza: è infatti propria soltanto all'essenza divina una operazione puramente interiore. La conoscenza della parola divina — mediante la predicazione — è il mezzo conveniente alla natura umana, è il mezzo ordinario con cui viene trasmessa la dottrina salvifica ⁽¹⁹⁾.

La Chiesa visibile si presenta così quale mezzo necessario per comunicare la dottrina di Cristo e amministrare i sacramenti. I sacramenti infatti contengono la grazia che, *presuppone* la natura umana e la perfeziona senza distruggerla, oppure senza mutarla in altra natura. La grazia spirituale è trasmessa infatti sotto le apparenze sensibili, nei sacramenti. *Ogni azione è proporzionata all'agente*. Era dunque necessario che l'amministrazione dei sacramenti avvenisse per la mediazione di uomini visibili, ai quali era stato attribuito un potere spirituale ⁽²⁰⁾.

L'argomento di ragione portato da san Tommaso per provare la convenienza dell'istituzione di una Chiesa visibile si intreccia con l'argomento *ex auctoritate* tratto dalla Scrittura.

' In che modo invocheranno colui nel quale non hanno

(19) *In 1m Cor., 12 Lectio II, « Et ideo oportet earum distinctionem accipere secundum quod per unum potest aliorum salutem procurare. Quod quidem homo non potest facere interiori operando, hoc enim solius Dei est, sed solum exteriori persuadendo ».*

(20) *SCG, IV, 74, « Manifestum est autem ex praedictis quod in omnibus sacramentis confertur gratia sub sacramento visibilium rerum. Omnis autem causa debet esse proportionata agenti. Oportet igitur quod praedictorum dispensatio sacramentorum fiat per homines visibiles, spirituales virtutes habentes ».*

creduto? O in che modo crederanno a colui che non hanno ascoltato?' (Rom. 10, 14). L'invocazione del nome di Cristo non sarebbe sufficiente per la salvezza, senza una fede precedente. Ma questa fede è una *fides ex auditu*: presuppone cioè l'esistenza di qualcuno che abbia comunicato esternamente e con parole comprensibili la dottrina di salvezza.

La predicazione di questa dottrina è indispensabile alla salvezza almeno nella via ordinaria ⁽²¹⁾.

L'Aquinate distingue un *audius interior* e un *auditus exterior* ⁽²²⁾. Il primo è mezzo straordinario, è l'ispirazione interna con cui Dio intende rivelare un fatto o una verità ad un uomo particolare (per esempio a un profeta). Il secondo è lo strumento ordinario della comunicazione sensibile e come tale è conveniente alla natura umana e riguarda tutti.

Questa distinzione consente di capire come soltanto la predicazione esterna della fede divina sia mezzo idoneo a creare i presupposti della salvezza per tutti.

San Tommaso produce un ulteriore argomento, tratto dal mistero dell'Incarnazione.

Il carattere dominante della nuova legge è la grazia dello Spirito Santo. L'uomo può ottenere questa grazia per mediazione di Gesù Cristo, che, nella sua *natura umana*, per primo la ottenne. Il mezzo di trasmissione più adeguato della grazia è dunque un mezzo sensibile ed esteriore che procura la sottomissione della carne allo spirito ⁽²³⁾.

(21) In Rom., 8 Lectio II, « *Quomodo ergo invocabunt in quem non crediderunt? Aut quomodo credent ei quem non audierunt (Rom. 10,14) Sine dubio invocatio salutem facere non potest nisi fide praecedente. Pertinet enim invocatio ad confessionem oris, quae ex fide cordis procedit* ».

(22) Ibid., « *Est tamen duplex auditus: unus quidem interior quo quis audit a Deo revelante... Alius autem auditus est quo aliquis audit ab homine exterius loquente... Primus autem auditus non pertinet ad omnes sed proprie pertinet ad gratiam prophetiae quae est gratis data distincte aliquibus sed non omnibus... Sed quia nunc loquitur de eo quod indistincte ad omnes pertinere potest... ideo relinquatur quod hoc sit intelligendum de secundo auditu... ».*

(23) S. th., I-II q. 108 a. 1, « *Principalitatis legis novae est gratia Spiritus*

I sacramenti portano fino a noi, in una forma sensibile adeguata alla nostra natura, la virtù redentrice e vivificante di Cristo. Una conferma della posizione tomistica circa la necessità del corpo visibile della Chiesa si trova nell'enciclica *'Satis cognitum'* che ripropone essenzialmente e nelle linee principali la dottrina del maestro universale dell'occidente cristiano denunciando come fatale errore la dottrina di coloro che riducono la Chiesa alla sola dimensione pneumatologica ⁽²⁴⁾.

Se Scrittura e argomenti di ragione provano a sufficienza la dimensione esterna della Chiesa, gli elementi essenziali della filosofia politica e giuridica di san Tommaso costituiscono in sovrappiù un adeguato supporto per dimostrare la necessità delle strutture sociali e dell'ordinamento canonico.

L'uomo, come singolo, non può conseguire la propria perfezione: questa perfezione può essere infatti conseguita soltanto instaurando relazioni con altri uomini e una mutua cooperazione che renda possibile l'acquisizione di quei beni fisici e spirituali che l'uomo isolato non sarebbe mai capace di acquisire. La società è dunque lo stato naturale dell'uomo e come tale è voluto da Dio ⁽²⁵⁾.

Ma dovunque esistono forme associative, esiste anche una autorità di governo che ha come scopo il coordinamento delle attività svolte dai singoli in vista del fine: il bene comune ⁽²⁶⁾. L'ordinato svolgimento di queste attività e la loro

Sancti... Hanc autem gratiam consequuntur homines per Dei Filium hominem factum, cuius humanitatem primo replevit gratia... Et ideo convenit ut per aliqua exteriora sensibilia gratia a Verbo Incarnato profluens in nos deducatur; et ex hac interiori gratia, per quam caro spiritui subditur, exteriora quaedam opera sensibilia producantur ».

(24) Cfr. AAS, 1896-97, 28, p. 363 ss.

(25) Su questi punti cfr. in particolare il *Commento all'Etica nicomachea*, I, Lectio I, e il *De Regimine Principum*, I, 1, nonché l'ottima esposizione di G. DE LAGARDE sulla sociologia tomista, in *Naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, III, *Secteur social de la scolastique*, Paris 1942, pp. 92-115.

(26) *De Regimine Principum*, I, 1, « *neesse est in haminibus esse per quod*

unificazione esige altresì un ordinamento legale e la presenza stabile di persone investite di autorità che ne impongono il rispetto. Soltanto organizzazioni sociali di una certa dimensione possono conseguire, con sufficienza di mezzi, il bene comune. Tipica è la città che raccoglie nel suo seno le comunità inferiori (famiglie, villaggi, etc.).

Questo concetto di città, come comunità che possiede tutti i mezzi necessari per il *bene vivere*, è applicato analogicamente dall'Aquinate alla Chiesa, la quale, a motivo di tali note distintive, appare dunque come società perfetta che ha in sè sia il fine sia i mezzi necessari per raggiungerlo (27).

3: - Dopo aver visto la legittimità della Chiesa-istituzione e il censimento di argomenti *ex-ratione*, di argomenti scritturistici e di analogie fra società civile ed ecclesiale, è conveniente prendere in considerazione il problema del potere all'interno della Chiesa che tanto appassiona la più recente e valida canonistica (28).

La dottrina tomistica dei poteri ecclesiastici presenta aspetti problematici che richiedono, ai fini di una corretta esposizione del pensiero dell'Angelico, alcune precisazioni semantiche.

multitudo regatur . . . multitudo in diversa dispergeretur nisi etiam aliquis de eo quod ad bonum multitudinis pertinet curam habens; sicut et corpus hominis et cuiuslibet animalis deflueret nisi esset aliqua vis regitiva communis in corpore quae ad bonum commune omnium membrorum intenderet ».

(27) In Eph., IV, Lectio II. In Ps., XLV, n. 3.

(28) Cfr. da ultimo G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, cit., p. 73 ss. Agli autori attenti al giure canonico vanno comparativamente affiancati, per una serie di convergenze sull'esercizio dei poteri — in funzione della realizzazione delle persone e della libertà dei subordinati — gli ecclesiasticisti più aperti: tra i più vicini nel tempo S. LARICCIA, *Diritti civili e fattore religioso*, Bologna 1978, p. 9 ss., ricco anche di letteratura a p. 187 ss. Tra i più fondanti, oltre alla produzione laricciana, il lavoro di ieri di F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano 1959 e quello odierno di P. BELLINI, *Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei*, in AA. VV., *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna 1975, p. 103 ss.

I poteri della Chiesa sono denominati, negli scritti dell'Aquinate, ora con il termine *spiritualis potestas* ora con il termine *claves*. I due termini sono sinonimi: infatti le chiavi non sono altro che lo strumento idoneo ad aprire le porte del Regno, chiuse dopo il peccato originale ⁽²⁹⁾. Le chiavi hanno dunque il *potere* di rimuovere gli ostacoli che si oppongono alla apertura delle porte del Regno. Questo potere, in senso forte e primario, appartiene — come a legittimo proprietario — alla SS. Trinità e viene definito come *auctoritas* ⁽³⁰⁾. Il termine *auctoritas* è qui usato da Tommaso come sinonimo di *fontalitas*, che designa appunto la sorgente prima, il principio da cui promanano tutti i poteri ⁽³¹⁾.

Il sacrificio della Croce conferisce a Cristo-uomo il medesimo potere, che è detto *clavis excellentiae*, per significare appunto il fatto che è stato acquisito per i meriti della passione. Il potere conferito da Cristo alla Chiesa è detto invece *clavis ministerii* per significare che il ministro dei sacramenti è una persona che non agisce per capacità propria ma *in persona Christi*, come vicario e rappresentante del Capo che — solo — ha la capacità di conferire al sacramento amministrato la forza necessaria a rimuovere gli ostacoli del peccato ⁽³²⁾.

L'ordine sacerdotale che è titolare della *spiritualis potestas* assume quindi un ruolo di mediazione fra Dio e gli uomini ⁽³³⁾.

(29) *IV Sent.*, d. 18 q. 1 a. 1 Sol. I.

(30) *Ibidem*.

(31) *S. th.*, I q. 33 a. 4 ad 1m, « *nam fontalitas et auctoritas nihil aliud significant in divinis quam principium originis* ».

(32) *IV Sent.*, d. 18 q. 1 a. 1 Sol. I, « *Sed quia ex latere dormientis in cruce sacramenta fluxerunt, quibus Ecclesia fabricatur, ideo sacramentis Ecclesiae efficacia passionis manet et propter hoc etiam in ministris Ecclesiae, qui sunt dispensatores sacramentorum, potestas aliqua manet ad removendum obstaculum non propria virtute, sed virtute divina, et passionis Christi, et haec potestas metaphorice clavis Ecclesiae dicitur quae est clavis ministerii* ».

(33) *IV Sent.*, d. 7 q. 3 a. 1 Sol. I, « *Proprii dispensatores sacramentorum*

Il sacerdote è costituito in uno *status* particolare che lo separa, in virtù del sacramento dell'ordine ricevuto, dal resto del popolo cristiano. Questo sacramento è la radice della *potestas spiritualis* ⁽³⁴⁾.

La *potestas spiritualis* è una partecipazione del ministro alla divinità di Cristo ⁽³⁵⁾. Essa si identifica con tutti i poteri necessari per condurre alla salvezza il popolo cristiano.

San Tommaso distingue poi, seguendo la tradizione teologica del XIII Secolo, due aspetti fondamentali della potestà spirituale: il potere di consacrare il vero Corpo di Cristo (Eucaristia) e il potere sul Corpo mistico. Al primo potere è legata l'amministrazione dei sacramenti, dei sacramentali e degli atti di culto divino; il secondo potere coincide invece con gli atti di governo (o di giurisdizione) esercitati dalla gerarchia ecclesiastica sul popolo cristiano.

Questa distinzione fondamentale fa sorgere però qualche difficoltà, che è confermata dall'analisi dei testi tomistici in cui si tratta del rapporto fra potere di ordine e potere di giurisdizione, nodo di tutta la giuspubblicistica e canonistica e che tanta parte sarà destinata ad avere nell'ora fatale del concilio di Papa Mastai e nel Vaticano II.

È indubbio — innanzitutto — il fatto che, per san Tommaso, entrambi i poteri sono spirituali quanto alla loro origine al loro fine. È indubbio anche che le operazioni del ministro sul Corpo mistico che comportano una trasmissione di grazia derivano la loro efficacia dalle operazioni sacramentali sul

sunt ministri Ecclesiae per sacramentum Ordinis consecrati, ut sint medii inter Deum et plebem, divina populo tradentes ».

(34) *IV Sent.*, d. 7 q. 3 a. 1 Sol. III, « *Et quia gratia sacramentalis descendit in Corpus mysticum a Capite ideo omnis operatio in Corpus mysticum sacramentalis per quam gratia datur, dependet ab operationi sacramentali super Corpus Domini verum ».*

(35) *SCG IV*, 74, « *Oportet igitur et ministros Christi homines esse et aliquid eius participare secundum aliquam spiritualem potestatem: nam et instrumentum aliquid participat de virtute principalis agentis ».*

vero Corpo di Cristo. In questo caso il presupposto per le operazioni sul Corpo mistico è la capacità che viene conferita al ministro attraverso l'ordinazione sacerdotale.

Tuttavia sembra che nella mente dell'Aquinate, l'efficacia dei meri atti di governo (ivi incluso l'insegnamento magistrale della dottrina) sia sottoposta alla decisione umana ⁽³⁶⁾. In altri termini il sacramento produce i suoi effetti *ex opere operato*, senza intervento delle capacità umane, mentre l'atto di giurisdizione sembra dipendere *ex opere operantis*.

Questa contrapposizione dà luogo a perplessità di raccordo e sembra soprattutto spezzare l'unità della *potestas spiritualis* precedentemente definita.

L'argomento tuttavia che l'Aquinate porta a suffragio della sua tesi è robusto e appare confermato dall'atteggiamento stesso delle supreme gerarchie della Chiesa nella prassi delle investiture episcopali.

Il potere d'ordine conferito mediante consacrazione è *inamissibilis* non potendo mai essere perduto giacché permane fino alla morte.

Il potere di giurisdizione è invece attribuito *simpliciter in iunctione hominis*. Come tale può essere perduto: infatti il potere di giurisdizione non permane negli scismatici e negli eretici ⁽³⁷⁾.

L'argomento è forte perché l'ammissione del contrario comporterebbe conseguenze piuttosto pesanti: infatti se gli atti di giurisdizione del vescovo eretico fossero validi e leciti,

(36) *IV Sent.*, d. 20 q. 1 a. 3 Sol. II ad 2m, « *Clavis ... est duplex: scilicet ordinis et iurisdictionis. Clavis ordinis sacramentale quoddam est ... sed clavis iurisdictionis non est quid sacramentale et effectus eius arbitrio hominis subiacet* ».

(37) *S. th.*, II-II q. 39 a. 3, « ... *Duplex est spiritualis potestas: una quidem sacramentalis, alia iurisdictionalis. Sacramentalis quidem potestas est quae per aliquam consecrationem confertur. ... Et ideo talis potestas secundum suam essentiam remanet in homine qui per consecrationem eam est adeptus quandiu vivit ... Potestas autem iurisdictionalis est quae ex simplicitate in iunctione hominis confertur. Unde in schismaticis et haereticis non manet* ».

questo significherebbe un grave pericolo per la salvezza delle anime obbligate ad obbedire a colui che non ha più la vera fede.

Ma ciò sarebbe assurdo perché il potere ecclesiastico deriva tutta la sua efficacia spirituale e la sua forza obbligatoria dal fine che è la *salus animarum* e l'edificazione della Chiesa.

Se la conclusione necessaria rimane dunque quella proposta da san Tommaso — cui fa peraltro riscontro la pratica secolare della Chiesa — il nodo tuttavia non risulta sciolto. Come si può definire spirituale un potere conferito da una mera disposizione umana? Un testo di S. Tommaso sembra offrire la soluzione di questa apparente contraddizione. I poteri spirituali vengono conferiti con la consacrazione; in ogni caso l'esercizio di tali poteri è qualcosa che non dipende — o non dipende *soltanto* — dal conferimento dell'ordine sacro. L'attribuzione del governo di una particolare diocesi, non diversamente dalla giurisdizione in foro esterno o in foro interno rappresentano atti che promanano dalla libera scelta del superiore e che, come tali, sono da considerarsi meramente umani.

Questa attribuzione di poteri (o determinazione giuridica secondo il linguaggio dei teologi post-conciliari) a detta di Tommaso è ciò che propriamente fa passare la *Potestas spiritualis* da uno stato di mera potenza ad uno stato di attualità: è questo il motivo per cui, nella definizione della potestà spirituale, deve essere compreso un elemento di giurisdizione, inteso come atto puramente umano ⁽³⁸⁾.

Da quanto precede è possibile rilevare — una volta di

(38) *IV Sent.*, d. 18 q. 1 a. 1 q. 1 a. 3 ad 2m, « *Omnis potestas spiritualis datur cum aliqua consecratione; et ideo clavis cum ordine datur; sed executio clavis indiget materia debita, quae est plebs subiecta per iurisdictionem; et ideo antequam iurisdictionem habeat, habet claves, sed non habet actum clavium; et quia clavis per actum definitur, ideo in definitione clavis ponitur aliquid ad iurisdictionem pertinens* ».

più — la grande importanza che, nella ecclesiologia tomistica, riveste la dimensione esterna e giuridica della Chiesa con tutte le implicazioni che giustificano la grande attenzione riservata dai cultori del diritto canonico pubblico a certe facce del poliedro Chiesa nel mondo.

4. - Stabilita la natura del potere ecclesiastico in generale, Tommaso d'Aquino si accinge ad indagare lo specifico che costituisce il complesso delle prerogative papali.

La dottrina tomistica sui poteri del Papa presenta ancora, sotto il profilo metodologico, una armoniosa combinazione del dato rivelato (e degli argomenti *ex auctoritate*) con gli argomenti tratti dall'analisi scientifica e dalla storia della Chiesa.

Nell'opuscolo *'Contra errores Graecorum*, il dottore medioevale segue la via del dato rivelato basando la sua esposizione sulle testimonianze della Scrittura, dei Padri greci, dei Concilii.

I punti salienti di tale esposizione riguardando, principalmente, la secolare controversia fra la Sede romana e la Chiesa orientale sul problema del Primato papale. I testi citati da san Tommaso, tratti quasi esclusivamente dai Padri orientali, mostrano, senza ombra di dubbio — l'antichità della tradizionale dottrina cattolica del Primato e la sua universale diffusione in tutto l'orbe cristiano ⁽³⁹⁾.

Sono a questo proposito particolarmente significative e penetranti le espressioni usate: l'errore di coloro che negano il Primato universale del Papa è simile all'errore di coloro che negano la processione dello Spirito Santo dal Figlio ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Alcuni di questi testi tuttavia lasciano incerti sulla loro autenticità. Cfr. a questo proposito Y. CONGAR, *L'Eglise de S. Augustin*, etc., cit., p. 237.

⁽⁴⁰⁾ CEC, XXXII, « *Similis est error dicentium Christi Vicarium, Romanae Ecclesiae Pontificem, non habere universalis Ecclesiae primatum, errori dicentium Spiritum Sanctum a Filio non procedere. Ipse enim Christus Dei Filium suam Ec-*

Sottomettersi al Pontefice Romano è, per san Tommaso, ' *de necessitate salutis* ' (41). Questa affermazione, recepita *quae talis*, potrebbe sembrare esagerata e potrebbe quasi costituire un pretesto per legittimare una arbitraria estensione dei poteri papali in ambiti non spirituali. L'uso surrettizio dell'obbligo di sottomettersi alla *Prima Sedes* è abbastanza tipico in canonisti del XIII e XIV secolo e trova la sua massima espressione negli scritti di Egidio Colonna (42). Tuttavia questo non fu l'intenzione di san Tommaso che, in molti altri luoghi delle sue opere ha cura di precisare il significato della ' *plenitudo potestatis* ' papale, delimitandone rigorosamente l'ambito, e fissandone la condizione di legittimo esercizio (43).

Altri passi del ' *Contra errores Graecorum* ' definiscono brevemente ma incisivamente l'origine e la natura dei poteri del Pontefice romano, sempre sulla scorta basilare delle testimonianze autoritative (44).

Presupposti questi dati autoritativi della Rivelazione e della Tradizione, san Tommaso ne mostra la convenienza in rapporto all'obiettivo istituzionale della Chiesa, sotto una angolazione esclusivamente razionale.

Questa seconda via è, dal mio punto di vista, estremamente originale e degna della massima attenzione, poiché pone in evidenza l'impossibilità di una struttura costituzionale della Chiesa diversa da quella gerarchico-monarchica, così ricorrente nell'insegnamento giuridico e teologico degli uomini.

clesiam consecrat et sibi consignat Spiritu Sancto quasi suo caractere et sigillo, ut ex supra positis auctoritatibus manifeste habetur. Et similiter Christi Vicarius suo primatu et providentia tamquam fidelis minister subiectam conservat.

(41) *Ibidem.*

(42) Cfr. su questo punto A. DEMPF, *Sacrum Imperium*, trad. it., Messina 1933, pp. 90-91.

(43) Vedi *infra* più avanti.

(44) CEG XXXII, « *Ostenditur etiam quod praedictus Christi Vicarius in totam Ecclesiam Christi universalem praelationem oblineat ... Ostenditur etiam quod ad dictum Pontificem pertineat determinare quae sunt fidei* ».

ni di Chiesa non dimentichi della parola evangelica e della sua più classica interpretazione.

Il Capitolo 76 del Libro Quarto della *Summa* contro i gentili delinea, con chiarezza e precisione notevole, i successivi passaggi di cui l'Aquinate si avvale per costruire la sua teoria della monarchia papale.

La presenza stabile di uomini costituiti in autorità è necessaria per governare il popolo cristiano. I vescovi occupano la posizione più elevata nella struttura gerarchica della Chiesa: essi hanno la ' *summa regiminis* ' del popolo cristiano, in forza della loro ordinazione e dei poteri ricevuti sul Corpo mistico (45), così da originare un ceto di rango destinato ad esplicitare il ruolo portante in forme molteplici in cui i bisogni della Chiesa non sopraffanno la nettezza dei carismi e delle funzioni (46).

Questa struttura (la gerarchia episcopale) come tale è però finalizzata al governo delle singole diocesi: ma il popolo cristiano, per divina disposizione, deve essere *uno*: un solo gregge sotto un solo pastore. La necessità di un Capo supremo della Chiesa, vicario del Fondatore, si ricava dalla nozione di *unità* della Chiesa (47).

Fissato questo presupposto si mostra quali sarebbero le conseguenze negative, se non fosse stato costituito nella Chiesa un supremo Pastore e Maestro, investito dei poteri necessari all'adempimento della sua missione.

Le controversie in materia di fede sono inevitabili: l'unità della Chiesa andrebbe dissolta se non vi fosse qualcuno de-

(45) SCG IV, 76, « *Sic igitur manifestum est quod summa regiminis fidelis populi ad episcopalem pertinet dignitatem* ».

(46) Basti pensare a certi sviluppi storico-funzionali dei vescovi. Per tutti e molto bene cfr. G. FELICIANI, *Le conferenze episcopali*, Bologna 1976.

(47) SCG IV, 76, « *Sicut igitur in uno speciali populo unius ecclesiae requiritur unus episcopus, qui sit totius populi caput; ita in toto populo Christiano requiritur quod unus sit totius Ecclesiae caput. Item. Ad Unitatem Ecclesiae requiritur quod omnes fideles in fide conveniant* ».

signato a conservare l'unità dottrinale e a decidere in ultima istanza sui problemi essenziali della fede ⁽⁴⁸⁾.

È necessario soffermarsi su questo punto per chiarire come, secondo la visione di san Tommaso, l'unità di fede sia il fine principale dell'istituzione del Primato, e il fondamento di tutti gli altri poteri papali.

La vera fede è il presupposto di tutti i sacramenti e dei doni spirituali che vengono trasmessi dalla Chiesa: senza vera fede non esiste vera Chiesa; non esiste soprattutto adempimento del comandamento supremo, quello dell'amore di Dio. Chi non possiede la vera fede — infatti — non può amare Dio perché colui che ha un falso concetto di Dio, non ama Dio ⁽⁴⁹⁾.

Lo scopo della gerarchia è pertanto irrinunciabile, essenziale. Essa è chiamata a custodire nel tempo il deposito della fede ricevuta che non è affidabile né a estranee interpretazioni che suonano diaframma grave e periglioso né a sensazioni di terzi.

Soltanto attraverso il presidio e la difesa della dottrina è consentito trasmettere alla comunità del popolo di Dio una fede pura e incorrotta, base solidissima per l'adempimento del precetto divino ⁽⁵⁰⁾.

Ulteriore specificazione della alta e fondamentale funzione gerarchica appare conseguentemente quella di condurre i sudditi al fine ultimo che è la perfezione. Invero solamente colui che partecipa della perfezione può essere propulsione e stimolo per la perfezione altrui ⁽⁵¹⁾.

(48) *Ibid.*, « circa vero ea quae dei sunt contingit quaestiones moveri. Per diversitatem autem sententiarum divideretur Ecclesia, nisi in unitate per unius sententiae conservaretur. Exigitur igitur ad unitatem Ecclesiae conservandam quod sit unus qui totae Ecclesiae praesit ».

(49) *In 1m Tim.* l. Lectio II, « Qui enim non habent veram fidem non possunt Deum diligere; quia qui falso credit de Deo, iam non diligit Deum ».

(50) *Ibid.*, « Duo pertinent ad praelatum ut cohibeat docentes falsa et ideo dicat ne aliter doceant (Gal. I, 9) ... secundo ut si contingat quod aliqui falsa docerent prohibeat populum ne eis intendant ».

(51) *PVS* Cap. XVII, « Ordo Episcoporum est perfectivus... Manifestum

La conservazione e la trasmissione della autentica fede è il presupposto della vera e totale perfezione; da qui l'evidenza di concludere che tale compito deve appartenere alla persona che ha ricevuto, per privilegio dall'alto, il potere esaltante e il diritto preciso di « *determinare sententialiter quae sunt fidei* » (52).

E, ancora, il fine primario della Chiesa non potrebbe essere raggiunto se questo diritto fosse fondato su una autorità e su una scienza puramente umana. Da siffatta precisazione discende poi in stretta connessione l'infallibilità come prerogativa connessa con l'esercizio del supremo magistero dottrinale (53).

Questa è la positiva funzione del Papa in materia dottrinale: ad essa fa riscontro naturalmente la funzione negativa di condanna dell'errore e di denuncia pubblica degli eretici come persone pericolose al popolo cristiano. Tutti gli altri poteri del Pontefice, tra cui spicca, ad esempio, la convocazione del Concilio ecumenico, riposano sulla pietra del Primato dottrinale: il potere di governo è infatti giustificato soltanto dall'imperiosa necessità di conservare e trasmettere una fede salda e cristallina (54).

È soltanto alla luce di questa superiore funzione del ro-

est autem maiorem perfectionem requiri ad hoc quod aliquis perfectionem alius tribuat quam ad hoc quod aliquis in se perfectus sit; sicut maius est posse facere aliquem talem quam esse talem; et omnis causa est potior suo effectu ».

(52) *S. th.*, II-II q. 1 a. 10.

(53) *Quod.* IX, 16, « *Dico ergo quod iudicium eorum qui praesunt Ecclesiae potest errare in quibuslibet si persona eorum tantum respiciatur. Si vero consideretur divina Providentia quae Ecclesiam suam Spiritu Sancto dirigit ut non erret sicut ipse promisit (Io. 14) quod Spiritus Sanctus adveniens doceret omnem veritatem de necessariis scilicet ad salutem; certum est quod iudicium Ecclesiae universalis errare in his quae sunt ad fidem pertinent, impossibile est. Unde magis standum est sententiae Papae ad quem pertinet determinare de fide quam in iudicio profert quam quarumlibet sapientium hominum in Scripturis opinioni . . . ».*

(54) *S. th.*, II-II q. 1 a. 10; *De Pot.*, q. 10 a. 4 ad 13m; *Quod.*, IV, 13.

mano Pontefice che si può comprendere tutta la forza della similitudine contenuta nel *Contra errores Graecorum* ⁽⁵⁵⁾.

Proprio lo stretto legame di dipendenza dalla fede divina e soprannaturale conferisce una legittimazione e una forza superiori alle prerogative giuridiche del Pontefice che, come si avrà occasione di vedere più oltre, debbono essere esercitate nel rispetto della legge naturale e divina ed entro i limiti stabiliti dalla costituzione divina della Chiesa.

Questo rapporto di subordinazione del diritto, dell'intero ordinamento della Chiesa, alla conservazione della purezza e della integrità del *depositum fidei*, è fruttuosamente e sagacemente posto in evidenza nel commento al Vangelo di S. Matteo.

Il Primato è conferito a Pietro soltanto dopo la proclamazione della fede dell'Apostolo nella divinità di Gesù: *haec in terris fundat Ecclesiam!* commenta con forza S. Tommaso ⁽⁵⁶⁾.

Le considerazioni svolte contribuiscono a focalizzare il senso di alcune affermazioni che — avulse dal contesto generale della dottrina sul Primato — potrebbero sembrare eccessive. In alcuni luoghi del *Commento alle Sentenze di Pier Lombardo*, san Tommaso sostiene che ogni potere spirituale della Chiesa deriva dal Papa poiché, con il conferimento del Primato, Cristo volle che tale potere fosse comunicato agli altri tramite Pietro ⁽⁵⁷⁾. Tesi questa che, — giusta l'avvertimento dello stesso Tommaso — siccome è svolta con riguardo alla radice sacramentale del potere ecclesiastico, potrebbe apparire certamente estrema e non giustificata, se non viene esattamente inquadrata. Tanto è vero che, nelle polemiche

(55) Vedi *infra*, nota n. 40.

(56) *Epistula dedicatoria ad Urbanum IV in Catenam Auream sup. Matthaeum*, cfr. anche *Expositio in Matt. Evangelium XVI* N° 2.

(57) Cfr. *IV Sent.*, d. 18 q. 2 a. 2 q. la 2 Sol. I; *ibid.*, d. 19 q. 1 a. 3 q. la 2 ad 1m; *ibid.*, d. 24 q. 3 a. 2 q. la 3 ad 1m.

contro i conciliaristi essa sarà infatti ripresa dal Gaetano ⁽⁵⁸⁾ con accenti, secondo alcuni critici moderni, poco felici e soddisfaenti ⁽⁵⁹⁾.

Tuttavia, leggendo attentamente i testi incriminati, e tenendo presente il quadro generale della teoria tomistica del Primato e con essa l'assoluta preminenza dell'elemento dottrinale, è possibile rilevare una notevole mitigazione delle proposizioni del Santo. San Tommaso parte da questo paragone: « Il potere inferiore può derivare interamente la propria forza da un potere superiore dal quale emana. Questo è il tipo di relazione esistente fra il potere divino e ogni potere creato... La relazione fra il potere del Papa e gli altri poteri spirituali è di questa natura: il Papa dispone e ordina tutti i diversi gradi di potere esistenti nella Chiesa ⁽⁶⁰⁾. Ora una guardinga interpretazione del passo comporta il richiamo al fine per cui questo potere superiore è stato concesso al Papa e il modo corretto di esercizio. Nella *Somma* contro i gentili espressioni analoghe sono mediate ed edulcorate infatti dalla considerazione del fine: il potere delle chiavi è concesso, in sommo grado, al Papa e da lui deriva agli altri ministri *ad conservandam Ecclesiae unitatem* ⁽⁶¹⁾. Questo non vuol dire che si possa derogare alla legge comune senza una *iusta causa* ed anzi per l'Aquinate rimane sempre vietata la deroga al di-

⁽⁵⁸⁾ TOMMASO DE VIO (Card. Gaetano), *De comparatione auctoritatis Papae et Concilii*, Cap. III, nn. 32-33, in *Scripta Theologica*, I, Roma 1936 [ed. Pollet], pp. 26-27.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. per esempio la posizione di T. URBANOZ in una delle introduzioni: *Obras de Francisco de Vitoria*, Madrid 1960, p. 344.

⁽⁶⁰⁾ *II Sent.*, d. 44 q. 2 a. 3, « *Potestas superior et inferior dupliciter possunt se habere: aut ita quod inferior potestas ex toto oriatur a superiori... sic etiam se habet potestas Papae ad omnem spiritualem potestatem in Ecclesia, quia ab ipso Papa gradus dignitatum diversi in Ecclesia et disponitur et ordinatur* ».

⁽⁶¹⁾ *SCG*, IV, 76, « *Hinc est quod Petro dixit ante ascensionem: "Pasce oves meas" Io. ult. et ante passionem: "Tu iterum conversus, confirma fratres tous" Lc. 22, 32, et ei soli promisit: Tibi dabo claves regni caelorum ut ostenderetur potestas clavium per eum ad alios derivanda ad conservandam Ecclesiae unitatem* ».

ritto divino e naturale ⁽⁶²⁾ non solo, come è scontato, da parte del ceto episcopale comunque costituito e operante, ma altresì da parte del vertice ecclesiale, cioè il Papa.

In ultima analisi è mia opinione che questi passi, il cui tono sembra essere analogo a quello esasperato di certi canonisti contemporanei dell'Aquinate, vogliano soltanto significare il ruolo della Sede romana, come autorità che decide in via definitiva su tutte le cause ecclesiastiche. Il Pontefice appare — coerentemente alle teorie medioevali del potere limitato — come un supremo custode della fede e dei costumi che interviene in modo radicale con tutto il peso della sua autorità « soltanto » quando ciò è necessario. Diversamente il suo intervento non sarebbe legittimo ma arbitrario.

Del resto dinnanzi, all'esercizio abusivo del potere è infatti sempre possibile, nei casi più gravi, la disobbedienza, come insegna l'atteggiamento paradigmatico di Paolo che denuncia pubblicamente l'errore di Pietro, nella nota questione dei guidaizzanti ⁽⁶³⁾.

5. - L'esercizio dei massimi poteri della Chiesa è sottoposto ad una serie di limitazioni fondamentali e di condizioni di legittimità che san Tommaso pone in chiara luce. Il Dottore angelico esclude rigorosamente l'idea che la legge positiva derivi la sua forza obbligatoria (in foro interno ed esterno) soltanto dalla mera manifestazione di volontà del legislatore.

La legge infatti è *ordinatio rationis*, non mero atto di volontà ⁽⁶⁴⁾; questo significa che il legislatore deve confor-

(62) Vedi sviluppi più avanti.

(63) Sul diritto di resistenza dei fedeli contro l'abuso del potere ecclesiastico sono essenziali i seguenti passi: *S. th.*, II-II q. 33 a. 3; a4 ad 2m; *In Gal.*, 2 Lectio, II-III.

(64) Cfr. *S. th.*, I-II q. 90 a. 4, « (*lex*) nihil aliud est quam quaedam rationis *ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata* ». Più avanti (*S. th.*, I-II q. 96 a. 4), S. Tommaso esprime le sue valutazioni in ordine al comportamento che bisogna tenere di fronte ad una legge ingiusta. In certi casi, per

mare la propria condotta ai canoni generali della giustizia, perché il fine concreto della legge è il bene comune, non l'interesse privato dei governanti.

Commentando il noto passo del Digesto « *Quod placuit principii legis habet vigorem* », san Tommaso pone in evidenza il fatto che la volontà del sovrano deve tendere al conseguimento del fine. Ma per raggiungere il fine è necessario studiare e predisporre mezzi proporzionati al suo conseguimento. Lo studio dei mezzi è opera tipica della ragione: per questo motivo la volontà del legislatore deve essere regolata dalla ragione, altrimenti quella sarebbe iniquità piuttosto che legge ⁽⁶⁵⁾.

La conclusione, *prima facie*, potrebbe sembrare inconsistente. Se regola della legge è la ragione privata del legislatore, che valuta i mezzi secondo canoni particolari o mutevoli, di fatto, per il suddito, la legge apparirà comunque come atto arbitrario, cioè come mera espressione di volontà.

Per sciogliere questo nodo occorre rifarsi all'architettura generale del trattato sulle leggi. La legge positiva deriva la sua forza cogente e la sua legittimazione razionale dalla legge naturale, così come questa la deriva dalla legge eterna ⁽⁶⁶⁾. Questa duplice subordinazione della legge positiva al-

timore di scandalo, si può obbedire alla legge ingiusta; è obbligatorio tuttavia dis-sentire e resistere quando è in gioco il bene soprannaturale delle anime. « *Alio modo leges possunt esse iniustae per contrarietatem ad bonum divinum; sicut leges tyrannorum inducentes ad idolatriam vel ad quodcumque aliud quod sit contra legem divinam. Et tales leges nullo modo licet observare . . .* ».

(65) S. th., I-II q. 90 a. 1 ad 3m, « *ratio habet vim movendi a voluntate ut supra (q. 17 a. 1) dictum est: ex hoc enim quod aliquis vult finem, ratio imperat de his quae sunt ad finem. Sed voluntas de his quae imperantur ad hoc quod legis rationem habet oportet quod sit aliqua ratione regulata. Et hoc modo intelligitur quod voluntas principis habet vigorem legis: alioquin voluntas principis magis esset iniquitas quam lex* ».

(66) Cfr. S. th., I-II q. 91 aa. 1-3; q. 94 a. 2; q. 95 a. 2. A questo cardine tomasiano fanno riferimento le elaborazioni dei massimi canonisti a cominciare da D. Soto, *De iustitia et iure*, Venetiis 1608, l. II, q. III, p. 117; BELLARMINO, *Disputa-*

la legge naturale e alla legge eterna esclude l'identificazione della *ratio* del legislatore con la sua ragione privata.

La legge naturale impone infatti l'osservanza della giustizia nei rapporti interumani: ciò significa che il governante è obbligato a riconoscere, nel legiferare, i diritti soggettivi fondamentali che spettano a tutti i sudditi ⁽⁶⁷⁾. Questa osservanza della giustizia deve riflettersi nel contenuto della legge e costituisce la prova che la legge non è né *irrationalis* né *iniusta*. Come si avrà occasione di annotare anche più avanti, per san Tommaso, questi principi generali sono perfettamente e certamente validi non solo nell'ambito della legislazione ecclesiastica, ma definiscono le condizioni di legittimità della nomogenesi, i limiti invalicabili per i supremi poteri della Chiesa e l'alveo di interpretazione e movimento della dottrina canonistica ortodossa ⁽⁶⁸⁾.

Dopo questa prima caratteristica che stabilisce la subordinazione del legislatore positivo ad una legge superiore ed esclude il volontarismo giuridico, si può passare alla seconda e cioè alla teoria della doppia personalità del governante. Il principio della sovranità della legge colloca il legislatore e, in genere, chiunque esercita nella Chiesa un potere di supre-

tiones de controversiis christianae fidei, II, p. 289; F. SUAREZ, *De legibus*, Lugduni 1619, l. I, c. IV, p. 142, per giungere a MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, Parisiis 1949, p. 208 ss.; F. M. CAPELLO, *Summa iuris ecclesiastici*, Romae 1945, p. 23 ss.

(67) *S. th.*, II-II q. 57 a. 3, « *ius sive iustum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri* »; q. 122 a. 1, « *manifestissime... ratio debiti quae requiritur ad praecceptum apparent in iustitia quae est ad alterum... in his quae sunt ad alterum manifeste apparent quod homo est alteri obligatus ad reddendum ei quod debet* »; *SCG*, III, 34: « *operationes iustitiae ad servandam pacem inter homines ordinantur per hoc quod unusquisque quod suum est possidet* ».

(68) Disquisendo sul fondamento e sui fini della legge nella Chiesa G. FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milano 1968, pp. 43-44, proprio citando san Tommaso, afferma che « *se ci si limita a definire la ratio come causa della volontà del legislatore, non si mette in luce il rapporto tra la ratio e quella rationabilitas che i canonisti, confortati dall'insegnamento di s. Tommaso, riconoscono come qualità necessaria alla legge* ».

mazia, in uno *status* particolarissimo. Il governante è un ministro, un servitore del popolo che gli è stato affidato.

Son Tommaso intende il potere ecclesiastico come servizio che alcuni membri della Chiesa — legittimamente costituiti in autorità — debbono obbligatoriamente rendere agli altri componenti della comunità ecclesiale, in proporzione al grado di potere e al tipo di funzione.

Infatti il fine del potere è il bene (spirituale dei governati; ciò comporta che tale potere deve essere esercitato in edificazione e non in distruzione della Chiesa ⁽⁶⁹⁾). Il concetto di potere-servizio è ripetutamente espresso da san Tommaso con termini tipici del linguaggio giuridico medioevale, per sottolineare con forza la subordinazione del Papa, dei vescovi e dei sacerdoti ad una legge superiore e al vero capo della Chiesa, Gesù Cristo: i *praelati*, qualunque sia il loro grado, non sono *domini*, cioè detentori a pieno titolo privatistico, dei loro poteri ma sono *dispensatores, vicarii, vicegerentes* ⁽⁷⁰⁾.

Il significato profondo del rapporto fra potere conferito e uomo concreto che diviene titolare di questo potere è sinteticamente espresso dal maestro della cristianità con il termine *persona publica*. Il ministro è *persona publica* poiché, assumendo funzioni di governo, si è come spogliato della propria volontà, e di tutto ciò che lo connota come persona privata, per rivestire una *dignitas* che è propria dell'ufficio che deve svolgere in seno alla Chiesa ⁽⁷¹⁾.

Questa *dignitas* è di natura spirituale, partecipa — in proporzione al grado — delle qualità soprannaturali del Capo invisibile della Chiesa: il ministro agisce *in persona Christi*. La distinzione, nello stesso uomo concreto, di una persona

⁽⁶⁹⁾ *S. th.*, II-II q. 88 a. 12 ad 2m, « *potestas praelati spiritualis qui non est dominus sed dispensator... in uedificationem data, non in destructionem, ut patet II ad Cor. 10, 8* ».

⁽⁷⁰⁾ Si veda, ad esempio il passo citato nella nota precedente e *S. th.*, II-II q. 100 a. 1 ad 7m; *ibid.*, III q. 8 a. 6.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *Quod*, VIII, 2; *Quod*. IX, 16.

privata e di una persona pubblica è essenziale ai fini della valutazione degli atti compiuti dal ministro.

La persona pubblica si identifica infatti con le funzioni permanenti del potere ecclesiastico: gli atti di questa persona pubblica sono sempre conformi al bene comune e quindi sono sempre legittimi. Gli atti meramente privati e gli atti pubblici illeciti compiuti dal ministro non vengono invece attribuiti alla sua persona pubblica, ma alla sua persona privata ⁽⁷²⁾.

Se, per esempio, la deroga alla legge positiva viene concessa dalla gerarchia a singoli senza *iusta causa*, è chiaro che l'atto di deroga è illecito e come tale la sua illegittimità ricade sulla persona privata di chi l'ha concessa ⁽⁷³⁾. Un altro esempio del doppio confluire delle personalità nel singolo detentore del potere è dato dal privilegio dell'infallibilità: il Papa come persona privata non ha il privilegio dell'infallibilità; tale privilegio è connesso con la sua persona pubblica ⁽⁷⁴⁾.

Queste ultime osservazioni confortano appieno i risultati cui ritengo di approdare dopo le ispezioni analitiche svolte nelle pieghe della ecclesiologia del maestro medioevale.

Come si è detto in esordio, pur mancando, nell'opera dell'Aquinate, uno specifico trattato 'De Ecclesia', esso è tuttavia ricostruibile nella sua interezza a partire da una serie di testi che lo presentano con grande evidenza. Un elemento centrale è costituito, nel discorso ecclesiologico tomasiano,

(72) Ancora *Quod.*, VIII, 2.

(73) *S. th.*, I-II q. 97 a. 4; in *loc. cit.*, ad 1m e ad 3 m; sempre in *S. th.*, II-II q. 88 a. 10; q. 89 a. 9, mentre in *SCG*, III, 125.

(74) Non è un fuor d'opera rilevare che le recenti critiche, formulate d'oltreAlpe e *in primis* da H. KÜNC, contro l'apparato romano e la gestione del potere e del giudizio da parte del Pontefice tendono ad accusare il Papa di muoversi come parlasse sempre *ex cathedra* ma in realtà non scardinano il distinguo tra la persona privata certamente fallibile e quella pubblica cui fa esclusivo riferimento il pensiero di quanti accettano il dogma sancito dal Concilio di Pio IX.

dalla costante composizione, al suo interno, dei due aspetti della comunità di fede, l'aspetto visibile-giuridico da una parte e l'aspetto invisibile-soprannaturale dall'altro.

San Tommaso si sforza costantemente di superare la presunta contrapposizione fra il dato pneumatologico o carismatico e il dato socio-giuridico. In luogo della spaccatura o del distinguo sterile il *Doctor Communis* propugna la congiunzione che assurge pertanto a realtà filosofica e teologica ed anche a metodo di movenza sociale e di interpretazione giuridica.

La dorsale del discorso sulla natura della Chiesa si esplica, poi, in una precisa valutazione della natura e degli scopi del diritto canonico. L'ordinamento giuridico ecclesiale non costituisce fine in sè stesso, ma è mezzo subordinato al fine primario della Chiesa: la gloria di Dio, la *salus animarum*. Ma la natura di mezzo dell'ordinamento canonico non toglie che — come tale esso sia costitutivo ed ineliminabile per l'esistenza storica della Chiesa ⁽⁷⁵⁾.

(75) L'essere il diritto uno strumento per il raggiungimento di un superiore fine è conseguente alla ordinazione di vari elementi, nell'ambito della Chiesa comunità mondana e itinerante, alle proiezioni perenni che vanno oltre l'aspetto del visibile e del terreno. In altre parole il giuridico, non confondibile con l'extragiuridico, è tuttavia per un verso ispirato da principi di matrice divina e di caratterizzazione teologica e per un altro verso subordinato a più essenziali valori che sono connessi all'intima natura della Chiesa stessa. Sulla scorta di siffatte convinzioni che attingono anche ad altri classici del cristianesimo, un vivace assertore di questo pensiero, non dimenticando che la Chiesa « è nel mondo ma non è di questo mondo ». (O. GIACCHI, *Sostanza e forma del diritto della Chiesa*, in *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1968, p. 5), non si limita a raccomandare il superamento del conflitto possibile tra la sostanza e la forma nel generale ambito del diritto canonico, ma propone concrete soluzioni di specifici problemi giuridici componendo in unità la *ordinatio ad finem* con la realtà delle cose, proprio in settori delicati ove forse più vicino è il rapporto tra l'umano e il divino (cfr. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., *passim*) e ove meglio si esplica quella specificità che assurge a « spirito » (cfr. P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962; IDEM, *Introduzione allo studio del diritto canonico*, Padova 1963; nonché il mio MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Lo studio del diritto canonico dopo il Vaticano II*, in *Apollinaris* 1967, p. 129 ss.

È in questo quadro allora che si comprende il valore singolare delle prerogative attribuite — per disposizione divina — alla suprema autorità della Chiesa. Se il diritto è mezzo per l'esistenza storica della Chiesa, il Primato e, in genere, la gerarchia ecclesiastica sono i luoghi in cui questo mezzo può essere usato legittimamente per l'organizzazione responsabile e lo sviluppo esaltante della comunità credente.

Naturalmente poiché ciò che comanda l'intera struttura del trattato ' *De Ecclesia* ' è ancora una volta la fede e, in ultima analisi, l'oggetto della fede, cioè Dio, va da sè che lo stesso esercizio dei poteri papali e, a maggior ragione, di quelli della gerarchia ecclesiastica, non è incontestabile. Il limite, dunque all'esercizio di tali poteri è dato dalla conformità, in progressione di importanza, a criteri di razionalità interna, alla legge naturale, alla legge divina.

FRANCESCO ONIDA

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SULLA DISTINZIONE
DEGLI ORDINI SPIRITUALE E TEMPORALE, E SUI
RIFLESSI NELL'ORDINAMENTO CANONICO DEL MUTA-
MENTO DEL SISTEMA DI RELAZIONI TRA CHIESA E
STATO (*).

(*) Testo della comunicazione presentata al « III Congresso internazionale di diritto canonico », tenutosi nell'ottobre 1976 presso l'Università di Navarra a Pamplona (Spagna).

SOMMARIO: 1. Opportunità di valutare le conseguenze giuridiche canoniche del mutamento del sistema di relazione con gli Stati. Necessità di affrontare il problema del valore della distinzione tra ordine della Chiesa e ordine dello Stato. — 2. Insufficienza della teoria che interpreta la diversità degli ordini come distinzione di materie oggetto della rispettiva competenza. — 3. La distinzione non è di materie regolate ma di finalità perseguite, ispiranti di volta in volta il contenuto della rispettiva regolamentazione. Normale concorrenza delle due regolamentazioni, e problemi d'interferenza. — 4. Negazione così della *potestas indirecta* come di qualsiasi tipo di supremazia dell'un ente rispetto all'altro. — 5. Funzione che svolgono nell'ordinamento canonico le norme concordatarie che assicurano alla Chiesa una riserva di regolamentazione e l'efficacia civile di sue leggi o di suoi atti. — 6. La reazione dell'ordinamento canonico al venir meno delle norme concordatarie del tipo sopra indicato.

1. - Di fronte al dato di fatto di un sempre maggior numero di Stati dell'area occidentale che abbandonano il confessionismo per affermare la propria laicità, e progressivamente manifestano la tendenza ad attenuare la regolamentazione speciale del fenomeno religioso assumendo un atteggiamento in varia misura orientato verso il separatismo, sembra particolarmente opportuno dedicare un momento di riflessione al problema degli effetti che tale evoluzione può comportare all'interno dell'ordinamento canonico. Consapevole di questa tendenza storica, la Chiesa conciliare ha saputo prenderne atto tempestivamente, mostrando di poter accettare in via di principio tale realtà (*Gaudium et Spes*, n. 76). Tuttavia la concreta attuazione di quell'indirizzo politico suscita ancora gravi preoccupazioni e perplessità, a chiarire — non già fugare — le quali può contribuire un ripensamento attento e puntuale sia delle conseguenze che i mutamenti del diritto statale producono nell'ordinamento canonico e sia delle possibilità di quest'ultimo di provvedere altrimenti alla tutela di quegli interessi che possono risultare più gravemente turbati dal venir meno della speciale normativa concordataria.

D'altra parte, come ci si accinge, per esigenze di chiarezza sistematica, al necessario inquadramento del problema in oggetto nel contesto generale della posizione che il diritto civile riceve all'interno dell'ordinamento canonico, subito ci si vede costretti ad affrontare ancora, preliminarmente, il problema di fondo dei criteri e dei limiti di distinzione tra ordinamento della Chiesa e ordinamento dello Stato: giacché la stessa interpretazione dei diversi tipi di richiamo che il diritto canonico fa alle norme civili — e la relativa corretta utilizzabilità per essi dei concetti di *canonizatio*, rinvio formale, rinvio ricettizio, presupposizione — appare dipendere strettamente dalla preventiva determinazione della legittimità o meno delle stesse norme civili richiamate, alla luce dei limiti di competenza che la dottrina canonistica riconosce al potere civile. E comunque, una riflessione sui diversi effetti giuridici che i due sistemi di relazione Stato-Chiesa (concordatario o separatista) possono produrre nell'ordinamento canonico non potrebbe prescindere dal fare riferimento ad alcuni punti fermi in merito ai principi canonistici circa la distinzione tra le due potestà e la regolamentazione dei loro rapporti in caso di legislazione concorrente e conflittante.

2. - Non serve in questa sede entrare nel merito delle dotte tesi e acute distinzioni avanzate dalla dottrina canonistica nell'interpretazione dei diversi tipi di richiamo operati dal diritto canonico nei confronti delle norme civili. Basta qui ricordare come tutti gli autori che si sono occupati del problema ⁽¹⁾ abbiano posto a base essenziale della soluzione

(1) Si vedano DEL GIUDICE V., *Il diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, « Archivio giuridico » (1924), pp. 3 s.; D'ANGELO S., *De canonizatione in Codice Iuris Canonici*, « Apollinaris » (1929), pp. 291 s.; FALCO M., *Introduzione allo studio del C.I.C.*, (Torino, 1925), p. 91; CIPROTTI P., *Contributo alla teoria della canonizzazione delle leggi civili* (Roma, 1941); FUENMAYOR (DE) A., *La recepción del derecho de obligaciones y contratos operada por el C.I.C.*, « Revista española de derecho canónico » (1949), pp. 295 s.; LOMBARDIA P., *El canon 1529: problemas que en torno a él se plantean*, « Revista española de derecho canónico » (1952),

di volta in volta sostenuta, la distinzione di competenze tra potere civile ed ecclesiastico quale è tradizionalmente intesa come differenza di materie — temporale e spirituale — oggetto di legittima regolamentazione da parte di ciascun ordinamento.

Senonché sono notevoli le incertezze e le difficoltà che nascono dal porre a fondamento del sistema la teoria classica dei rapporti tra società civile e società religiosa concepita nei ben noti termini tradizionali: e le maggiori perplessità nascono proprio quando si cerca di coordinare con gli schemi generali dei tipi di richiamo delle norme civili da parte del diritto canonico la materia e il diritto concordatario. Sorge infatti l'esigenza di sciogliere una contraddizione di principio giacché, a differenza degli accordi particolari che possono venir stipulati come meri « *modus vivendi* », i concordati si pongono come soluzione tendenzialmente organica e sistematica dell'intero rapporto Stato-Chiesa relativamente alle cosiddette *res mixtae*, cosicché parrebbero implicare per tutto il resto come valida e legittima la rispettiva regolamentazione unilaterale in quanto emanata nei rispettivi ambiti di competenza esclusiva. Senonché, da un lato ciò risulta inesatto e restano ampi spazi nei quali il diritto canonico ha ancora necessità, in vario modo, di richiamare la legge civile o di interferire con quella, e d'altra parte la stessa considerazione della materia regolata dai concordati quale « materia mista » appare spesso troppo storicamente contingente e transeunte se raffrontata con precedenti valutazioni ecclesiastiche della regolamentazione civile nella stessa materia come invalida perché usurpatrice della competenza esclusiva della Chiesa. La capacità della Chiesa di adattarsi e superare le difficoltà che

pp. 103 s.; BELLINI P., *Per una sistemazione canonistica delle relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, « Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi » (1954), pp. 190 s.; CASSOLA O., *La recezione del Diritto Civile nel Diritto Canonico*, (Roma, 1969).

la pratica pone alla teoria, mediante l'elaborazione di concetti politici cui viene conferito un valore giuridico — si pensi particolarmente ai concetti, trasformati in istituti giuridici, della *dissimulatio* e della *tolerantia* — può soddisfare le necessità pastorali e quelle politiche ma non soddisfa le esigenze di chiarezza e di sistematica giuridica.

Il fatto è che mentre per l'ordinamento civile il problema del richiamo delle norme canoniche può ben essere un problema strettamente tecnico, limitato a quelle specifiche norme canoniche che trovano applicazione in un concordato nonché a poche altre eventualmente dallo Stato stesso presupposte, per l'ordinamento canonico viceversa il problema è sempre globale e di portata politica e costituzionale, poiché esso, a differenza dello Stato, non si pone, né lo potrebbe, come « compiuto », ed ha sempre necessità di tener presente che gl'individui, cui in definitiva anch'esso si dirige, possono magari ignorare il problema della loro realizzazione spirituale ma non possono fare a meno della realizzazione materiale, solo all'interno della quale anche lo spirito stesso, in quanto incarnato, si svolge. Se dunque è teoricamente possibile porre allo Stato come invalicabile il confine della « materia spirituale », non altrettanto può dirsi per la Chiesa il confine rappresentato dalla « materia temporale ».

La teoria classica sulla distinzione degli ordini rispettivamente soggetti alla competenza della Chiesa e dello Stato mostra oggi maggiormente la propria insufficienza, apparendo sempre più evidente che le materie cosiddette miste, lungi dall'essere una ben limitata eccezione, sono indefinite e in continua espansione; ed è chiaro che se da eccezione esse divengono regola, la distinzione stessa scompare o non serve più. [In questa sede congressuale il dato dell'inevitabilità e dell'intensità delle interferenze è stato ben evidenziato anche nella relazione di Bellini; e Corral, affrontando ex-professo il problema, ha posto al centro del suo interesse l'indicata

difficoltà, che appare insolubile se non si esce dallo schema tradizionale].

Invero tutti i rilievi di tal genere valgono solo a meglio evidenziare l'odierna gravità del problema, la cui esistenza però la stessa dottrina classica sulle *societates iuridice perfectae* ha sempre, fin dall'inizio, riconosciuto: direi anzi che, a ben guardare, la questione delle *res mixtae* lungi dal rappresentare un elemento di debolezza costituiva all'inizio il vero elemento fondamentale, punto di forza di quella dottrina. È stato ben evidenziato dal d'Avack ⁽²⁾ come non già sia nata la teoria della supremazia, e quindi della *potestas indirecta Ecclesiae in temporalibus*, per l'esigenza di riempire la lacuna lasciata aperta dalla questione delle materie miste nella dottrina relativa all'autonomia e competenza delle *societates iuridice perfectae* bensì al contrario proprio quest'ultima sia stata elaborata successivamente, in funzione e in modo tale da giustificare teoricamente la supremazia della Chiesa sullo Stato e quindi gl'interventi di questa *in temporalibus*. Ciò che oggi è entrato in crisi, dunque, non è tanto il concetto teorico in sé, quanto il fatto che la mutata realtà politica rende inattuale la possibilità che la Chiesa riesca a far valere efficacemente la propria affermata supremazia sugli Stati e la rivendicata competenza delle competenze. Non più utile politicamente, la lacuna teorica mostra oggi in pieno la sua debolezza e la non rispondenza alla realtà delle cose, mentre sempre di più la Chiesa è costretta a far ricorso al principio della « tolleranza » nei confronti di leggi statali che alla stregua di quella teoria dovrebbe respingere e dichiarare invalide per incompetenza, ma che essa ben sa che resterebbero pienamente vigenti ed applicate, avendo netta coscienza che lo Stato moderno non può esimersi dal regolare numerosi aspetti che prima la Chiesa rivendicava per sé sola.

(2) D'AVACK A., *Corso di diritto canonico*, (Milano, 1956), pp. 245-290.

Se quella impostazione non risponde più alle esigenze odierne, forse è maturo il tempo per tentare di riadeguare la teoria alla realtà. Sebbene fondata su principi costituzionali immutabili (diritto divino), la Chiesa non ignora la mutevolezza della realtà storica ed ha quindi sempre evitato di dare precisa ed esplicita sanzione ufficiale alle astratte teorie, pur ad essa favorevoli. E così anche per quanto riguarda la teoria classica delle *societates iuridice perfectae* e della *potestas indirecta in temporalibus* è agevole rinvenire nelle parole dei Pontefici e in quelle del Concilio Vaticano II sia la rivendicazione del diritto-dovere della Chiesa di portare il proprio giudizio sulle cose temporali, sia l'affermazione dell'autonomia dei due poteri: ma mai è dato cogliere una esplicita dichiarazione di accoglimento della teoria in questione né alcuna elaborazione a carattere dottrinale che dica come le suindicate affermazioni siano concettualmente conciliabili. Purché sia salvo il principio fondamentale dell'indipendenza dei due poteri e al tempo stesso sia rispettata l'esigenza di non impedire alla Chiesa qualunque intervento appaia necessario nell'ordine temporale, essa è disponibile e direi preferisce che sia la libera elaborazione dottrinarica a dare ordine organico a quei principi nel modo più rispondente all'evoluzione storica.

3. - Rilevavo in un lavoro del 1964 ⁽³⁾ che la teoria della *potestas indirecta* solo apparentemente fa salva l'indipendenza di entrambi gli ordinamenti, dal momento che poi essa giustifica il diritto ad intervenire anche nelle materie *mere temporales* purché ciò sia motivato dalla *ratio peccati* o dall'interesse superiore della Chiesa. La distinzione delle « materie » insomma regge fin che non serve, non essendoci con-

⁽³⁾ ONIDA F., *Giurisdizione dello Stato e rapporti con la Chiesa*, (Milano, 1964), pp.63-87.

flitto per mancanza d'interesse di uno dei due a regolare la materia, ma risulta inutile e superata ogni volta che, essendoci conflitto tra i due poteri, servirebbe sapere a quale dei due compete la materia in oggetto: in tal caso infatti la teoria della *potestas indirecta* afferma comunque la supremazia della Chiesa e la spettanza a quest'ultima della competenza delle competenze, negando in pratica allo Stato l'indipendenza teoricamente affermata. Osservavo in quello studio che la stessa analisi della teoria della *potestas indirecta* consentirebbe di ripensare il tema apportandovi quelle precisazioni che renderebbero la teoria stessa più aderente alla realtà. Ciò può avvenire accettando il dato storico — che a me pare anche principio logico — che mostra indefinibile il confine tra spirituale e temporale in quanto la legge civile è fatta per l'uomo e tutto dell'uomo ha o può avere un significato spirituale e quindi interessare la Chiesa, e rinunciando a concepire i due ordini come distinti « per materia », valorizzando invece il concetto del « fine » — essenziale anche nella teoria classica, che però lo utilizzava solo al momento di giustificare la supremazia della Chiesa nel suo rapporto con lo Stato — per riconoscere che i due ordinamenti sono distinti non per « ciò » che regolano ma per il « punto di vista » da cui lo regolano, in considerazione del diverso « fine » che si pongono (⁴).

Se si ammette che i due ordinamenti si diversificano non già per la materia rispettivamente regolata bensì per il diverso scopo cui tendono con la propria regolamentazione, allora la distinzione riesce al tempo stesso a rispettare l'indipendenza

(⁴) Scrive JUAN CALVO, *Teoría General del Derecho Público Eclesiástico*, (Santiago de Compostela, 1968), p. 181, a proposito della concezione conciliare dell'autonomi e del rapporto tra comunità politica e Chiesa: « Este último podría dar base, indudablemente, a una distinción de materias; però es también concebible una distinción de fines. Y así me parece más coherente una moderna presentación de este tema ».

dello Stato e a garantire il più ampio diritto d'intervento della Chiesa. Infatti, da un lato lo Stato potrà regolare qualunque comportamento umano, con la sola esclusione che nel far ciò esso assuma in proprio finalità religiose — il che significa soprattutto che nel « modo » della regolamentazione di quel comportamento non dovrà esser presa in considerazione come elemento di specialità, giustificante un trattamento diverso da quello di diritto comune, l'eventuale interiore motivazione religiosa —; dall'altro anche la Chiesa potrà assoggettare al suo giudizio e alle sue leggi qualunque comportamento umano, purché nel far ciò essa si proponga come scopo la realizzazione spirituale, non quella materiale, dell'uomo.

In questo quadro la concorrenza delle due regolamentazioni non è più vista come eccezionale e turbatrice dell'altrui sovranità ma anzi come normale. L'una e l'altra possono coesistere come legittime entrambe sebbene diverse. Occasionale sarà la loro coincidenza; normale il loro vertere ciascuna su aspetti della vita privi d'interesse per l'altro ordinamento; non raro sarà ch'esse regolino in modo diverso gli stessi comportamenti senza tuttavia che ciò comporti alcun problema di reciproche interferenze; infine potrà continuare a darsi il caso che l'un ordinamento consideri illecito ciò che l'altro considera non soltanto meramente lecito ma anzi con una facoltatività creata apposta dalla legge (si pensi al matrimonio civile dei battezzati, al divorzio, all'aborto libero e assistito); e addirittura, più raramente, che l'uno prescriva ciò che l'altro vieta (si pensi al caso del segreto confessionale in un ordinamento civile che non consenta in questa ipotesi di sottrarsi al dovere generale di rendere testimonianza).

I casi problematici sono evidentemente gli ultimi due, per i quali è da vedere come reagisca la concezione qui proposta dell'autonomia delle due *societates*. E a me pare che rappresenti già un elemento di novità apportatore di chiarezza il riconoscere che entrambi gli ordinamenti hanno agito

nell'ambito della propria competenza, cosicch  il contrasto appare ora con tutta evidenza relativo al modo, al contenuto sostanziale della regolamentazione, e non pi  a pretesa carenza di competenza dell'altro ente a regolare quell'oggetto. Nel primo caso la Chiesa manterr  il diritto di manifestare il suo giudizio negativo sulla legge civile e di vietare ai fedeli di farvi ricorso, ma non potr  contestare la validit  della legge nel foro civile altro che per contrasto del suo contenuto con il diritto divino (caso dell'aborto, ma non del matrimonio civile per tutti). Fino a questo punto il rapporto pu  svolgersi su di un piano di assoluta libert  e al tempo stesso reciproca separazione. Solo nel caso in cui l'un ordinamento imponga come obbligatorio ci  che l'altro viceversa vieta, risulta necessario per la Chiesa stabilire con lo Stato un accordo particolare, un *modus vivendi* che assicuri ad essa la necessaria libert . In mancanza di ci , comunque, essa non potr  che comandare di violare la legge civile.

4. - Venendo a considerare le reazioni che possono risultare indotte nell'ordinamento canonico da un mutamento del sistema di relazioni tra Chiesa e Stato — e particolarmente da una evoluzione in direzione separatista di un rapporto gi  concordatario — l'indagine muover  ora dal nuovo presupposto fin qui svolto, secondo cui la distinzione fra i due ordinamenti non si rinviene nella diversit  delle « materie » bens  in quella dei « fini », il che comporta che i contrasti possono essere solo relativi al modo concreto della regolamentazione rispettivamente adottata, non gi  alla competenza teorica a regolare la materia.

Dal mutamento di quel presupposto discendono due conseguenze soprattutto. In primo luogo infatti la distinzione per materie comportava l'ammissione che nella zona per cos  dire di confine, esistevano materie soggette a competenza concorrente: la distinzione ci  non poteva essere assoluta. Da

ciò seguiva a sua volta l'imprescindibilità di un rapporto tra Chiesa e Stato, e quindi ancora la necessità d'indicare un principio e una autorità superiori cui fare riferimento per la soluzione dell'eventuale controversia *finium regundorum* nel caso in cui il rapporto Stato-Chiesa non riuscisse a svolgersi « *in statu concordiae* » (e possibilmente con un vero e proprio concordato organico per tale « materia mista »). Adesso entrambe queste conseguenze non discendono più dalla concezione qui proposta. Non esiste infatti più materia di competenza mista, per il fatto stesso che tutto è tale però secondo punti di vista diversi. La distinzione secondo il « fine », a differenza di quella « per materia », sposta l'accento del problema dal momento della competenza astratta a quello della regolamentazione concreta, il cui contenuto dovrà risultare indirizzato al conseguimento delle finalità proprie dell'ordinamento che la emana. Questo tipo di distinzione, a differenza dell'altro, ben può essere assoluto ed anzi normalmente lo è: dal che segue che un rapporto giuridico — specie concordatario — tra Chiesa e Stato, non risulta più necessario per principio teorico (pur potendo restare, per altri motivi, concretamente opportuno e conveniente); né, quindi, risulta più necessario indicare una autorità superiore cui competa la risoluzione dei casi di conflitto, ricorrendo alla poco convincente affermazione che delle due società parimenti perfette una è superiore e l'altra è subordinata alla prima.

5. - Sgombrato dunque il campo dalle impostazioni teoriche concettualmente condizionanti, la valutazione del rapporto concordatario o separatista può ora procedere con la individuazione della risposta che i due sistemi sono in grado di dare agli interessi e alle esigenze concrete dell'ordinamento canonico.

Mediante i concordati stipulati con Stati che già garantiscono a tutti, o comunque al culto cattolico, piena libertà

religiosa, la Chiesa, potendo, cerca anche di ottenere — in cambio della concessione da parte sua di vantaggi e garanzie d'interesse prevalentemente politico — agevolazioni e privilegi di vario genere sia sul piano del prestigio che su quello normativo e soprattutto economico; però ciò che essenzialmente fonda, specie sul piano giuridico, l'interesse alla stipulazione di un concordato è l'ottenimento della rinuncia statale ad assoggettare i cittadini cattolici, in determinate materie — tipica quella matrimoniale —, alla propria regolamentazione comune, nonché l'estensione dell'efficacia della regolamentazione canonica delle stesse e di altre materie all'ordinamento civile.

Non interessa in questa sede considerare in quali modi tecnici diversi ed entro quali differenti limiti trovino attuazione nei vari concordati quella assicurazione alla Chiesa di competenza esclusiva e quella efficacia civile di norme o di atti canonici. Importa invece rendersi chiaramente conto della reale natura delle esigenze canoniche cui tali accordi sono chiamati ad assolvere, al fine di poter valutare quali altre possibilità vi siano nell'ordinamento canonico di corrispondere ad esse con i propri mezzi qualora la stipulazione, o il mantenimento, di un concordato risulti impossibile o inopportuna.

Sebbene talvolta sussistano separatamente, i due momenti della riserva di competenza e dell'efficacia civile degli atti canonici sono normalmente collegati; anzi si può dire che quando in un concordato l'uno sussiste senza l'altro, ciò dipende probabilmente dal fatto che non è stato possibile alla Chiesa ottenere entrambi. Ma mentre l'efficacia civile degli atti canonici ha valore e funzione autonomi, e può quindi sussistere da sola (il caso tipico è l'efficacia civile dei matrimoni canonici) sebbene risulti potenziata quando vi si aggiunge una riserva di competenza (come nel caso della riserva di giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale), viceversa quest'ultima non può sussistere da sola, senza l'efficacia civile



degli atti riservati (a parte rari aspetti particolari, nei quali la riserva ecclesiastica non significa mancanza di regolamentazione da parte dello Stato ma semplicemente regolamentazione diversa, più favorevole: tale, ad esempio, la rinuncia dello Stato ad esercitare nei confronti degli enti ecclesiastici i suoi normali poteri di controllo e di vigilanza, sancita dall'art. 30 del Concordato italiano del 1929). In realtà quando insieme all'efficacia civile della normativa o degli atti canonici troviamo sancita una riserva di competenza alla Chiesa, cioè la rinuncia dello Stato a lasciare vigente in materia anche la propria regolamentazione comune, la funzione della seconda è soprattutto di rafforzare gli effetti della prima ampliandone quantitativamente la sfera di applicazione: ma è essenzialmente con questa che la Chiesa realizza il fine perseguito con la stipulazione dell'accordo, ed è dunque principalmente in base ad essa che tale scopo deve essere colto.

Per meglio comprendere quale sia nel sistema l'apporto dell'efficacia civile della regolamentazione canonica, conviene considerare in che cosa tale situazione sostanziale differisca da quella nella quale l'efficacia stessa manchi (è evidente che il raffronto può solo riguardare quelle materie nelle quali le autonome regolamentazioni dello Stato e della Chiesa non siano radicalmente contrastanti poiché in quel caso, ovviamente, non sarebbe comunque possibile giungere a un accordo per l'estensione dell'efficacia dell'una nell'ambito dell'altro). Ora, se ciascuna normativa è efficace soltanto all'interno del proprio ordinamento, il cittadino-fedele si trova soggetto a due diverse leggi indipendenti e potrà utilizzare gli strumenti giuridici dell'uno o dell'altro o di entrambi gli ordinamenti. Sarà suo problema e sua cura armonizzarli nel proprio comportamento; mentre ciascun ordinamento potrà mettere in opera tutti e soltanto i propri mezzi nel tentativo di orientare le scelte del proprio suddito: in quest'opera ciascuno dei due ordinamenti si pone come autosufficiente (e la sufficienza

dei mezzi per realizzare le proprie finalità è notoriamente considerata il tipico elemento caratterizzante le *societates iuridice perfectae*). Quando, viceversa, la regolamentazione dell'un ordinamento è assunta come efficace all'interno dell'altro, il cittadino il quale sia anche fedele non è semplicemente soggetto a due leggi e a due autorità distinte in relazione ai diversi ambiti nei quali di volta in volta si trova ad operare, sibbene egli è soggetto ogni volta contemporaneamente ad ambedue quelle leggi e quelle autorità, le quali si sovrappongono ed assommano i loro poteri nei suoi confronti, prestandosi reciproco appoggio. In realtà il sistema concordatario dei rinvii dall'uno all'altro diritto attraverso il preordinato riconoscimento di valore delle decisioni dell'una autorità all'interno dell'altro ordinamento risolve il problema dei possibili contrasti tra i due diritti non già predeterminando una rigorosa distinzione di competenze ma anzi perfezionando al livello di vertice il sistema stesso dell'unione. L'essenziale effetto dell'efficacia civile degli atti canonici è insomma quello di realizzare una sorta di parziale « braccio secolare », per il quale la stabilità nell'adesione del fedele all'imperativo basilare della regola canonica viene garantita, oltre che dai mezzi spirituali dell'ordinamento canonico, anche da quelli temporali propri dell'ordinamento statale (facendo sì che col matrimonio canonico il cittadino-fedele perda lo stato libero in entrambi gli ordinamenti; che la devoluzione dei beni del religioso all'ordine sia definitiva anche di fronte allo Stato; che le sanzioni canoniche a carico di ecclesiastici e religiosi estendano il loro peso anche ai settori d'interesse civile; che la mancata o negativa valutazione della S. Sede impedisca agli enti di culto cattolico anche l'acquisto della personalità giuridica quali enti ecclesiastici nell'ambito dello Stato; ecc. ...). Se poi a tale efficacia si aggiunge altresì una riserva di competenza, la situazione di soggezione del fedele alla normativa canonica diviene assoluta, data la totale mancanza

di strumenti giuridici alternativi nell'ordinamento civile (caso tipico, la giurisdizione ecclesiastica esclusiva sulla validità dei matrimoni canonici civilmente efficaci).

Certo, il classico braccio secolare eseguiva decisioni ecclesiastiche — e infatti trova il suo corrispondente, e logico fondamento, nell'appello *ab abusu* — mentre ora si realizza, e solo parzialmente, la sostanza ma non la forma di esso, in quanto il sistema di collegamento richiede la mediazione della giurisdizione dello Stato, la quale applica il diritto interno. Ne consegue che il sistema ammette dei massimi e dei minimi di esattezza nella giustapposizione dei due diritti, a seconda dello strumento tecnico usato (è evidente che il rinvio formale dall'ordinamento statale al diritto canonico realizza un'unione più perfetta di quella che si ha con il riconoscimento dell'efficacia civile dei singoli atti canonici) ed a seconda della maggiore o minore coincidenza delle rispettive autonome normative sulla materia (si pensi all'enorme differenza che passa tra l'efficacia civile del matrimonio canonico in un ordinamento che escluda ed in uno che ammetta il divorzio).

6. - Torniamo ora a domandarci in qual modo, e con quale uso degli strumenti normativi canonici, la Chiesa possa reagire a una modifica da concordatario a separatista del sistema di relazioni con uno Stato, al fine di ovviare agli inconvenienti che da quel mutamento potrebbero derivare e cercando di garantire in altro modo le proprie esigenze.

Si può, anzitutto, ritenere ben compensata la perdita di privilegi sul piano del « prestigio », dal corrispondente venir meno della compromissione della Chiesa col regime dello Stato stipulante.

È invece difficile pensare che la Chiesa conserverebbe intatte le molteplici agevolazioni di carattere economico in generale e fiscale in particolare: sebbene queste assai spesso non

trovino la loro fonte direttamente in un concordato, certo è che ne presuppongono lo spirito e il clima politico.

Nel campo dell'istruzione è pensabile — a fronte del venir meno dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche — da parte della Chiesa un incremento delle scuole cattoliche, ma anche, dalla parte dello Stato, il permanere di qualche agevolazione indiretta tramite la scuola pubblica, sul modello di quanto attuato nel sistema separatista statunitense (« *released time* ») (5).

Certamente non sarebbe rispettato il privilegio del foro ecclesiastico, ma è questo un privilegio cui la Chiesa da tempo è preparata a rinunciare anche quando stipula concordati a lei assai favorevoli.

Sul punto fondamentale della libertà religiosa ed ecclesiastica un accordo sostanziale con lo Stato appare indispensabile con riferimento a quegli aspetti che non resterebbero compresi nei diritti di libertà e di uguaglianza già tutelati a livello generale: l'esempio forse più chiaro è quello del segreto confessionale, che necessita di essere considerato alla stregua del segreto professionale. Accordi particolari per aspetti così limitati non sembrano comunque difficili da raggiungere pur con uno Stato prevalentemente separatista, ed anzi si può ritenere che spesso tali diritti discenderebbero senz'altro come logica conseguenza dal riconoscimento generale, a livello costituzionale, del principio di libertà religiosa. Lo stesso può dirsi della libertà di magistero, che nell'ambito statale dovrebbe essere ricompresa nel principio fondamentale della libertà di manifestazione del pensiero.

Quanto al problema dell'emanazione, da parte dello Stato, di leggi permissive di comportamenti vietati dalla morale cattolica (uso di contraccettivi, divorzio, aborto), nulla cam-

(5) Cfr. ONIDA F., *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, (Milano, 1970), pp. 74 s., e 97 s.

bia a seconda del tipo di relazione intrattenuta tra i due ordinamenti: nell'un caso e nell'altro la Chiesa potrà soltanto mettere in opera i suoi mezzi legittimi e incontestabili affinché la legge non sia emanata, mentre poi continuerà a vietare quei comportamenti ai cittadini suoi fedeli. Si può semmai osservare di passaggio che gli interventi della Chiesa nella politica degli Stati — sebbene pienamente legittimi, così come lo sono o dovrebbero esserlo tutte le manifestazioni di pensiero, anche se espresse in forma di imperativo religioso — suscitano spesso diffuso malumore proprio negli Stati concordatari perché non pare corretto che da una parte la Chiesa goda di quel prestigio particolare che i concordati le conferiscono nella società civile, e dall'altro proprio di quel prestigio essa si avvalga nello svolgimento di quell'attività politica che invece le sarebbe vietata da altre norme concordatarie, il-liberali e perciò giustamente disapplicate da uno Stato rispettoso dei principi di libertà. In tal senso è da ritenere che in regime separatista la Chiesa, da questo punto di vista, sarebbe effettivamente più libera e più credibile, e i suoi interventi non più appannati dallo sfondo di una perdurante compromissione con le forze politiche con le quali era stato stipulato il concordato.

Gli aspetti sopra accennati concernono essenzialmente conseguenze, reazioni, aggiustamenti, rilevanti soprattutto sul piano politico. Ma sul piano normativo le modifiche che si verificherebbero riguardano fondamentalmente il venir meno di ogni riserva di competenza e la mancata estensione nell'ambito civile dell'efficacia delle regole e degli atti canonici. Se si accoglie la tesi proposta, secondo la quale la distinzione degli ordini spirituale e temporale non significa differenziazione di competenze per materia bensì di finalità perseguibili nella rispettiva regolamentazione di qualunque materia, viene meno sia l'obiezione di principio ad ammettere il concorso della normativa statale accanto a quella canonica sia la corrispon-

dente pretesa alla civile efficacia di quest'ultima. Resta tuttavia, al livello del comportamento individuale, l'esigenza pratica di un coordinamento nell'uso degli strumenti giuridici dei due ordinamenti, corrispondente a una necessaria coerenza morale ma essenzialmente finalizzato a superare, utilizzando il braccio dello Stato, la carenza ecclesiastica di mezzi efficaci per costringere al rispetto della volontà della Chiesa chi non voglia più seguirla. A questa esigenza l'ordinamento canonico è in grado di rispondere in modo sufficientemente efficace provvedendo attraverso il proprio autonomo comando al fedele di operare nel modo corrispondentemente necessario secondo le regole civili, affinché la sua situazione giuridica nei due ordinamenti sia omogenea: verrà così a risultare, grazie all'attività del soggetto anziché automaticamente per forza di legge, una situazione giuridica sostanzialmente analoga a quella prodotta dal riconoscimento di efficacia civile agli atti canonici. Una volta che il soggetto avesse ottemperato, la stabilità della sua situazione, sancita ora da norme civili oltre che dalla norma canonica, sarebbe nuovamente garantita oltre che dai mezzi spirituali dell'ordinamento canonico anche da quelli materiali dell'ordinamento statale. La vera differenza sarebbe data dal fatto che tale collegamento, attuato mediante la messa in opera degli strumenti giuridici necessari per l'ordinamento statale, dipenderebbe agli effetti civilistici dalla libera volontà del cittadino, anche se si tratterebbe di un comportamento « dovuto » agli effetti e dal punto di vista del diritto canonico. Una volta posto il collegamento, dunque, la garanzia per la Chiesa diviene analoga e duratura come quella ch'essa ottiene con l'efficacia civile dei propri atti, mentre il fatto che il fedele ponga in essere come cittadino il comportamento giuridico a tal fine necessario, dipende ora totalmente dalla capacità dell'ordinamento canonico di influenzare in tal senso « una prima volta » la volontà del fedele. In definitiva, il venir meno del diritto

speciale concordatario è subito colmato dall'automatica ripresa di vigore della normativa canonica comune, che appunto presenta a diversi livelli (*Codex, Instructiones* particolari) il suddetto comando di operare in modo analogo e corrispondente nell'ambito dell'ordinamento civile.

MICHELE CASCAVILLA

HENRI LEFEBVRE: DIALETTICA E STATO

SOMMARIO: 1. Il marxismo di fronte al problema dello Stato. — 2. H. Lefebvre nella problematica del marxismo francese contemporaneo. — 3. L'incontro con il marxismo. — 4. Il marxismo come materialismo dialettico. — 5. La dialettica nella critica dell'esistenzialismo. — 6. Dialettica e vita quotidiana. — 7. La polemica con il marxismo « ortodosso ». — 8. Totalità dialettica e « metafisica ». — 9. Scopo e metodo nell'analisi dello Stato. — 10. Conoscenza e misconoscenza della realtà statale. — 11. Il marxismo teorico e lo Stato. — 12. Il modo di produzione statale (MPS). — 13. Lo Stato tra logica e dialettica. La « nuova via ». — 14. Nota conclusiva.

1. - Fino a un decennio fa circa, l'attenzione prestata dai teorici del marxismo al fenomeno dello Stato moderno non è stata proporzionata alla gravità dei problemi e alla drammaticità degli interrogativi che esso ha sollevato negli ultimi tempi e che attendono tuttora pronte soluzioni e adeguate risposte.

Alcuni anni orsono, Norberto Bobbio ha messo in evidenza questa discrepanza e ha espresso un severo monito a ricomporla. In un saggio scritto nel 1973 si esprimeva in questi termini: « Se si pensa alla quantità di osservazioni, d'idee, di tesi, di teorizzazioni, sulla formazione dello stato moderno, e più specificamente sulle sue istituzioni, accumulate da scrittori politici e da studiosi non marxisti, bisogna pur riconoscere che il materiale desumibile da scrittori marxisti sugli stessi argomenti, è al paragone piuttosto povero. Chi voglia approfondire alcuni concetti fondamentali senza i quali non si può affrontare alcun problema di scienza politica, primo fra tutti il concetto di potere, per non parlare di 'partecipazione', 'rappresentanza', 'classe politica', 'sistema politico', 'sviluppo politico', e via discorrendo, troverà ben scarso aiuto negli scritti di politica che si richiamano al marxismo » (1).

(1) N. BOBBIO, *Democrazia socialista?*, in *Quale socialismo?*, *Discussione di un'alternativa*, IV ed., Torino, Einaudi, 1976, p. 5.

Le ragioni addotte da Bobbio per spiegare tale deficienza sono tre: l'interesse prioritario dei teorici del socialismo per il problema del partito piuttosto che dello Stato; la persistente convinzione o illusione della transitorietà dello Stato; infine l'abuso del principio di autorità (2).

Fatti nuovi, intervenuti nella storia mondiale di data più recente, hanno prepotentemente imposto, in campo marxista, la necessità di una riflessione più rigorosa sul funzionamento, sulle istituzioni, sulle possibilità di trasformazione dello Stato.

Il moltiplicarsi nel mondo degli Stati socialisti, il divergere dei loro interessi che dà origine spesso a invasioni territoriali o a confronti bellici interni agli stessi paesi comunisti, le difficoltà e i fallimenti conosciuti nel processo di instaurazione di autentiche e sostanziali democrazie popolari; la non meno grave crisi del « sistema americano » degli Stati che accusa segni di « cedimenti, scricchiolii »; la fluida instabilità degli Stati del terzo mondo, e infine la contestazione anti-statale del '68, sono, secondo M. Spinella, le ragioni fondamentali che hanno determinato, negli ultimi anni, una ripresa di interesse nei confronti dello Stato da parte marxista (3).

In questa direzione si è mosso H. Lefebvre; la sua tetralogia sullo Stato, finita di pubblicare nel 1978 a Parigi e già interamente tradotta in italiano, opera decisiva per la scienza politica marxista, non solo copre molte lacune segnalate da Bobbio e attenua notevolmente lo scarto esistente tra l'urgenza dei problemi riguardanti lo Stato e la poca attenzione che è stata data loro rivolta dagli studiosi marxisti, ma si pone come pietra miliare nel cammino verso una conoscenza criti-

(2) N. BOBBIO, *Democrazia socialista?*, cit., pp. 7-12; inoltre *Esiste una dottrina marxista dello stato?*, in *Quale socialismo?*, cit., pp. 25-27.

(3) Cfr. la *Nota finale* di M. SPINELLA all'opera in quattro volumi, esaminata nel presente saggio, di H. LEFEBVRE, *Lo Stato*, Bari, Dedalo, 1978, IV, pp. 293-295.

ea dei meccanismi, dei segreti, delle ideologie dietro cui si copre l'orribile « mostro » dello Stato.

Per orientarci meglio nella lettura e nella delineazione dei tratti più significativi di tale opera e per capirne meglio le premesse, i risvolti, gli esiti, abbiamo ritenuto importante interrogarci prima sulla identità del suo autore, sulla tipicità della sua professione marxista e sulla originalità del suo contributo al dibattito filosofico contemporaneo.

2. - La riflessione filosofica di Lefebvre si colloca nell'ambito del marxismo francese anteriore e posteriore all'ultima guerra. Il complesso dibattito in atto in tale contesto culturale è stato ricostruito, in un recente libro, da P. Nepi ⁽⁴⁾, che, servendosi di efficaci criteri di lettura, quali l'alternativa tra epistemologia e dialettica, il ripensamento del rapporto teoria-prassi, la questione circa la continuità o discontinuità tra Hegel e Marx, ha individuato in seno al marxismo francese due filoni principali contrapposti: l'uno privilegia il lato logico-epistemologico del marxismo, l'altro ne evidenzia l'aspetto dialettico-rivoluzionario. Il primo, che trova in Althusser e Godelier gli esponenti più ragguardevoli, attribuisce alla teoria un primato sulla prassi, nel senso che la prassi è dedotta direttamente dalla critica teorica della società senza alcuna mediazione, e concepisce la discontinuità nel rapporto Hegel-Marx come « emergenza di principi scientifici all'interno di una filosofia speculativa e quindi ideologica ». Il secondo, che si riconosce nell'opera e nella riflessione di Sartre e di Merleau-Ponty, vede nella prassi la categoria privilegiata, in cui l'esistenza umana trova la condizione essenziale per definirsi come libero progetto ed estende la portata della discontinuità tra Hegel e Marx all'intero campo di una nuova filosofia e di una nuova concezione dell'uomo ⁽⁵⁾.

(4) P. NEPI, *L'avventura del marxismo francese*, Roma, AVE, 1978.

(5) Cfr. P. NEPI, *L'avventura...*, cit., pp. 7-19.

H. Lefebvre è coinvolto in prima persona in questa problematica: i temi della scientificità del marxismo, della sua novità rispetto ai risultati della filosofia hegeliana, del nesso che intercorre tra teoria e prassi, della dialettica e della sua funzione, non gli sono estranei (6).

L'argomento circoscritto del nostro saggio non ci consente però di spaziare nel vasto campo del marxismo francese, magari per confrontare le posizioni di Lefebvre con l'una o con l'altra delle suddette impostazioni; ci obbliga, invece, a ripercorrere nei tratti essenziali il suo itinerario filosofico per indicare il ruolo di primo piano assunto dal metodo dialettico nel pensiero lefebvriano e per mostrare come, dopo essere stato utilizzato nell'analisi e nell'esposizione di alcuni contenuti concreti dell'attività umana, esso viene applicato in ultimo alla comprensione del fenomeno statale nel mondo moderno.

3. - Lefebvre non è stato marxista fin dall'inizio della sua attività filosofica. Il suo debutto nell'area culturale francese del primo dopoguerra è di marca esistenzialista; infatti,

(6) Notizie sul pensiero di Lefebvre e sulla sua collocazione nell'area culturale francese si possono trovare in: L. LAVELLE, *La filosofia francese tra le due guerre*, Brescia, Morcelliana, 1949; G. VALENTINI, *La filosofia francese contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 1958; R. GARAUDY, *Perspectives de l'homme*, Paris, P. U. F., 1959, pp. 328-332; L. SÈVE, *La différence*, Paris, Editions Sociales, 1960, pp. 133-220; C. VASOLI, *Tra cultura e ideologia*, Milano, Lerici, 1961; L. SÈVE, *La philosophie française contemporaine*, Paris, Editions Sociale, 1962; J. WAHL, *Tableau de la philosophie française*, Paris, Gallimard, 1962, trad. it. *Il pensiero moderno in Francia*, Firenze, La Nuova Italia, 1965; G. DELEDDALE-D. HUISMAN, *Les philosophes français d'aujourd'hui*, Paris, 1965, pp. 282-299; L. SOUBISE, *Le marxisme après Marx*, Paris, Aubier, 1967; CH. DELBO, *La théorie et la pratique, dialogue imaginaire mais non tout à fait pocryphe entre H. Marcuse et H. Lefebvre*, Paris, Ed. Anthropos, 1969; R. GOMBIN, *Les origines du gauchisme*, Paris, Editions du Seuil, 1971, trad. it. *Le origini del « gauchisme »*, Milano, Jaca Book, 1973; O. POMPEO-FARACOVÌ, *Il marxismo francese contemporaneo tra dialettica e struttura*, Milano, Feltrinelli, 1972; M. LANFANT, *Les théories du loisir*, Paris, P. U. F., 1972; trad. it. *Teorie del tempo libero*, Firenze, Sansoni, 1974; H. J. KRAHL, *Costituzione e lotta di classe*, Milano, Jaca Book, 1973, pp. 97-112.

prima di aderire al marxismo, incentra la sua ricerca sulla categoria della coscienza creatrice.

Fondatore assieme ad altri giovani filosofi, quali G. Politzer e N. Guterman, di un circolo filosofico-letterario (7) che si esprimeva nella rivista « *Philosophies* » e poi in « *L'esprit* », in polemica con le concezioni vitalistico-razionaliste di Bergson, Blondel e Brunschvicg, di cui non accetta gli esiti soggettivistici e interioristici, H. Lefebvre, animato fin dagli anni giovanili da inesauribile spirito critico, si avventura nella elaborazione di un « nuovo misticismo » opposto al vecchio, che tenga nel debito conto la realtà extra-soggettiva (8). Nel tentativo di « *retrouver l'objet* », concepisce un nuovo modo di intendere la coscienza, integrato da una peculiare concezione dell'essere e da una originale teoria della percezione. Per salvaguardarne il carattere creativo, la coscienza è intesa come atto positivo e costitutivo e come rapporto verso il mondo esterno.

Dalla nuova filosofia della coscienza derivano alcune dimensioni dell'esistenza, vista come autentico esodo verso l'essere che ci trascende e come libera auto-creatività, che consentono di considerare la riflessione filosofica del giovane Lefebvre una delle prime manifestazioni di un esistenzialismo francese autonomo (9).

Deluso dalla filosofia dell'« esistenza », che finiva per sfociare in un ingiustificato fideismo, incapace di rispondere alle istanze etico-sociali emergenti progressivamente all'interno del circolo, e convintosi che il cambiamento della vita poteva essere conseguito non al livello mistico dell'azione cono-

(7) Un accenno all'esperienza politica e filosofica del gruppo si trova in D. LINDENBERG; *Le marxisme introuvable*, Paris, Colmann-Levy, 1975, trad. it. *Il marxismo introuvabile, Filosofia e ideologia in Francia dal 1880 a oggi*, Torino, Einaudi, 1978, pp. 186-193.

(8) A questo compito sono consacrati gli scritti giovanili *Esquisse d'une philosophie de la conscience* pubblicato in « *Philosophies* », 1925 (5-6), pp. 471-506, e *La pensée et l'esprit* uscito in « *L'esprit* », 1926 (I), pp. 21-69.

scitiva, ma solo sul piano della prassi fondata sull'analisi delle condizioni oggettive e storiche dell'esistenza ⁽¹⁰⁾, H. Lefebvre nel 1928 abbraccia la dottrina marxista iscrivendosi al Partito Comunista Francese. Inizia da questa data per il filosofo francese un lungo periodo di studio e di interpretazione dei testi marxiani con particolare attenzione alle opere giovanili riscoperte proprio in quegli anni (la *Critica della filosofia del diritto pubblico di Hegel* del 1843 è edita per la prima volta nel 1927, mentre la pubblicazione dei *Manoscritti economico-filosofici* del 1844 e dell'*Ideologia tedesca* del 1845 avviene soltanto nel 1932). Da quest'ultime Lefebvre ricava una versione filosofica e umanistica del marxismo tutt'altro che indifferente a interessi pratici e scientifici, ma ostile a ogni astrattezza speculativa, in modo da evitare sia il pericolo di un volgare scientismo meccanicistico, sia quello di un miticismo filosofico ⁽¹¹⁾.

4. - Il materialismo dialettico, secondo l'interpretazione lefebvriana, definisce l'essenza del marxismo e rappresenta

(9) Per una trattazione esauriente e per una valutazione critica della fase esistenzialista del pensiero di Lefebvre vedi M. D'ALCONZO, *L'esistenzialismo di Henri Lefebvre*, in « Rivista di Filosofia neo-scolastica », 1959, pp. 496-528.

(10) Sui motivi che determinarono in Lefebvre la svolta verso il marxismo si consulti ancora M. D'ALCONZO, *L'esistenzialismo...*, cit., p. 525; si veda anche G. CANTONI, *Il pensiero marxista contemporaneo*, in « Studi Filosofici », 1949 (2), pp. 106-107; inoltre O. POMPEO-FARACONI, *Il marxismo francese contemporaneo...*, cit., p. 98.

(11) Sulla interpretazione lefebvriana della filosofia del giovane Marx non sono mancati dibattiti, discussioni e studi critici. In campo italiano si può far riferimento a L. COLLETTI-H. LEFEBVRE, *Dibattito sul giovane Marx*, in « Il Contemporaneo », 1954, n. 23-33-34, e C. LUPORINI, *Il dibattito sul giovane Marx*, in « Rinascita », 1955, n. 1; in campo francese spiccano gli studi di J. KANAPA, *H. Lefebvre ou la philosophie vivante*, in « La Pensée », 1947, n. 15, e *La 'logique' d'H. Lefebvre*, in « La Pensée », 1948, n. 8, e quello di M. CAVEING, *Le philosophe et le politique (Critique des positions de H. Lefebvre)*, in « La nouvelle critique », 1955 (7), n. 69, pp. 95-105; in campo tedesco si segnala A. SCHMIDT, *H. Lefebvre und die gegenwärtige Marxinterpretation*, poscritto a H. LEFEBVRE, *Die dialektische Materialismus, heute*, Frankfurt am Maine, Suhrkamp, 1966.

una vera e propria concezione globale dell'uomo e del mondo in cui le realtà naturali, pratiche, sociali e storiche sono fatte oggetto di una attenta disamina che ne illumina gli aspetti contraddittori. Infatti, in *Le marxisme* (del 1948) Lefebvre afferma: « Il marxismo ha scoperto la realtà naturale, storica, logica delle contraddizioni. Con ciò esso perviene ad una presa di coscienza del mondo attuale in cui le contraddizioni sono evidenti » (12). E più avanti aggiunge: « Il marxismo come concezione del mondo è preso in tutta la sua ampiezza, si chiama *materialismo dialettico*. In realtà esso sintetizza ed unifica due elementi che Marx trovò separati nella scienza e nella filosofia del suo tempo: il materialismo filosofico, scienza già avanzata della natura, e la scienza appena sbazzata della realtà, la dialettica di Hegel come teoria delle *contraddizioni* » (13). E ancora: « Il materialismo dialettico mostra così come esso unisce la *dialettica* (studio dei conflitti e delle contraddizioni nel rapporto interno dei termini in presenza) ed il *materialismo*. Esso li unisce indissolubilmente, ritrovandoli nei fatti, nello sviluppo dell'uomo, sviluppo il cui carattere ad un tempo materiale (condizioni organiche, tecniche, economiche) e dialettico (conflitti multipli) si rivela ad ogni ricerca che eviti metodicamente di isolare i fatti gli uni dagli altri come dalla totalità del processo » (14).

Questa interpretazione del marxismo si trova formulata già in *Le matérialisme dialectique* (del 1939), una delle prime significative opere filosofiche di Lefebvre. Risulta evidente in essa l'attenzione prestata al metodo dialettico, considerato sia da un punto di vista genetico-filosofico, sia come strumento della filosofia della prassi. Infatti Lefebvre in un primo mo-

(12) H. LEFEBVRE, *Il marxismo*, IV ed., Milano, Garzanti, 1963, p. 10.

(13) *Ibidem*, p. 19.

(14) *Ibidem*, p. 95.

mento cerca di dimostrare come tale concetto, di matrice hegeliana, viene reso utilizzabile, per l'analisi e la comprensione della realtà, da Marx che lo recupera epurandolo dall'astrattismo in cui Hegel l'aveva relegato, e seguito si adopera per applicarlo ai processi di superamento dell'alienazione e di appropriazione della realtà naturale da parte dell'uomo.

L'intento generale di *Le matérialisme dialectique* è quello di dare una sistemazione organica alla dottrina di Marx, rimasta ancora frammentaria e approssimativa, facendo riferimento soprattutto alla *Ideologia tedesca* e ai *Manoscritti economico-filosofici*. In questo scritto Lefebvre non intende apportare innovazioni sostanziali alla dottrina marxista, come fa giustamente notare E. Caruso, bensì precisare la connessione esistente tra l'aspetto umanistico e dialettico con quello economicistico e materialistico⁽¹⁵⁾. Lefebvre stesso afferma nella premessa all'edizione italiana del 1975: « Il libro è imperniato sui movimenti dialettici interni alla realtà umana e sociale e mette al primo posto il concetto di alienazione (...) e non la dialettica nella natura, tralasciando la filosofia sistematizzata della cosa materiale »⁽¹⁶⁾.

La esposizione delle fasi del pensiero marxiano, che dal materialismo storico perviene, attraverso un tormentato approfondimento critico, al materialismo dialettico e del processo attraverso cui si modella la filosofia della prassi, sono i punti-chiave del libro. La tesi in esso sostenuta è che Marx, mosso da un'istanza di concretezza e dando rilievo soprattutto ai valori economici colti empiricamente, respinge in un primo momento la *Logica* hegeliana, descrizione della pura forma mentale astratta da ogni contenuto materiale; ma in seguito, ponendosi il problema del metodo del sapere, è co-

(15) Cfr. E. CARUSO, *H. Lefebvre, « Il materialismo dialettico »*, in « Rivista Critica di Storia della Filosofia », 1949, n. 4, p. 301.

(16) H. LEFEBVRE, *Il materialismo dialettico*, Torino, Reprints Einaudi, 1975, p. XII.

stretto a ravvicinarsi a Hegel, e a tirar fuori quanto di buono vi era nella filosofia idealista, cioè il metodo razionale dialettico: « La dialettica, dopo essere stata negata da Marx, si ricongiunge con il materialismo approfondito, ma è ormai liberata dalla sua forma provvisoria e cristallizzata, l'hegelismo. Ha cessato di essere il metodo assoluto, indipendente dall'oggetto, per diventare il metodo scientifico di ricerca e di esposizione dell'oggetto stesso. La dialettica si inverte al suo contenuto reale » (17).

Lefebvre ha cura di sottolineare il carattere aperto e provvisorio dei risultati cui il materialismo dialettico può pervenire. Esso non può avere la pretesa di esaurire una volta per tutte la conoscenza della realtà, non può chiudersi in un sistema fisso e immutabile: « sotto la forma di teoria generale del divenire e delle sue leggi — o di teoria generale della conoscenza — o di logica concreta, il materialismo dialettico non può essere altro che uno strumento di ricerca e di azione, mai un dogma (. . .). Nessuna formulazione del materialismo dialettico può essere definitiva, ma, invece di essere incompatibili e di escludersi, queste formulazioni potranno forse integrarsi in una totalità aperta, in via di continuo superamento » (18).

Questo metodo dialettico, applicato non più allo sviluppo formale dell'Idea, ma alla concretezza della vita sociale data dalla produttività, permette di conoscere i dinamismi della realtà con i suoi ritmi di opposizioni e riunificazioni. Afferma infatti Lefebvre: « Il pensiero farà propri i conflitti e le contraddizioni del contenuto, determinerà i superamenti e le soluzioni secondo il processo di questo contenuto, senza imporgli forme *a priori* e sistematiche. A poco a poco il divenire verrà colto in tutta la sua profondità, nella ricchezza

(17) *Ibidem*, p. 71.

(18) *Ibidem*, pp. 77-78.

prodigiosa dei suoi momenti, dei suoi aspetti, dei suoi elementi. Il superamento dell'hegelismo integrerà ed elaborerà la logica dialettica secondo la stessa natura del processo dialettico: del divenire inteso genuinamente come esperienza assoluta » (19).

Se dalla *Logica* di Hegel, Marx recupera il concetto di dialettica, dalla *Fenomenologia dello Spirito* recupera quello di alienazione. L'alienazione è l'opposizione, la scissione fra soggetto e oggetto. Feuerbach aveva circoscritto l'applicazione di questa categoria al fenomeno religioso, Marx la estende al complesso della vita sociale. Il prodotto dell'uomo si esteriorizza, acquista forza autonoma e, « feticizzato », finisce con il soggiogarlo: « Miti e feticci appaiono come forniti di una potenza reale: quella che gli uomini han conferita loro e che altro non è se non la loro propria potenza ritorta contro loro stessi » (20). Questa contraddizione reclama il superamento, vale a dire la riassunzione dell'oggetto da parte del soggetto.

In questa ricostruzione del marxismo l'aspetto umanistico prevale su quello economicistico; la coscienza non determinata passivamente dalla realtà socio-economica conserva la libertà rispetto al mondo oggettivo e la prassi è frutto di una continua conversione dell'azione nel pensiero e viceversa (21). Nel materialismo dialettico il rapporto tra pensiero ed essere è posto nella giusta luce: non riducibilità dell'essere a puro pensiero, non impenetrabilità della materia da parte del pensiero e dell'azione, ma interazione dialettica, compenetrazione reciproca tra le due componenti (22).

Il dominio progressivo di ciò che ancora sfugge al con-

(19) *Ibidem*, p. 35.

(20) *Ibidem*, p. 113.

(21) Vedi O. POMPEO-FARACONI, *Il marxismo francese contemporaneo...*, cit., pp. 96-104.

(22) Cfr. E. CARUSO, H. Lefebvre, « *Il materialismo dialettico* », cit., p. 301.

trollo della prassi, cioè del « settore non — dominato del mondo » che « comprende ancora purtroppo quasi tutta la vita naturale e biologica, quasi tutta la vita psichica e sociale dell'uomo » (23), porterà alla conquista dell'uomo totale (*totaler Mensch*), ossia dell'uomo « affracato dall'alienazione »: « l'uomo totale — afferma Lefebvre — è il soggetto-oggetto vivente dapprima scisso, dissociato e avvinto alla necessità e all'astrazione; attraverso questa dilacerazione egli va verso la libertà, diventa natura, ma natura libera; diventa totalità, come la natura, ma dominandola » (24).

La compenetrazione del pensiero e della natura che si realizza in un processo dinamico inesauribile darà luogo a ciò che Marx chiamò « il naturalismo compiuto dell'uomo e l'umanismo compiuto della natura » (25). Infatti Lefebvre, quasi parafrasando la formula marxiana, asserisce che « la natura diventa umana: intorno all'uomo e nell'uomo, essa diventa un mondo, un'esperienza organizzata. E l'uomo diventa natura, esistenza concreta e potenza » (26).

Il fine di questa complessa dialettica, come ben sottolinea G. Cantoni, è « il superamento della contraddizione uomo-natura all'interno dell'uomo stesso, il superamento cioè dell'alienazione dell'umano nell'inumano » (27).

Il materialismo dialettico, a giudizio di Lefebvre, non riduce il marxismo né a pura scienza né a pura filosofia, ma lo valorizza come presa di coscienza, insieme scientifica e filosofica, del mondo dato e come volontà di trasformarlo (28).

5. - *L'existentialisme* (del 1946) è uno scritto in parte autobiografico, in parte diretto contro la filosofia degli esi-

(23) H. LEFEBVRE, *Il materialismo dialettico*, cit., pp. 100-101.

(24) *Ibidem*, p. 120.

(25) K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, a cura di N. BOBBIO, Torino, Einaudi, 1970, p. 113.

(26) H. LEFEBVRE, *Il materialismo dialettico*, cit., p. 110.

(27) Cfr. G. CANTONI, *Il pensiero marxista contemporaneo*, cit., p. 114.

(28) H. LEFEBVRE, *Il materialismo dialettico*, cit., p. 72.

stenzialisti, criticati aspramente da Lefebvre per la mancanza di una visione dialettica dello svolgimento della vita reale.

In esso è narrata la vicenda della esperienza culturale giovanile vissuta da Lefebvre e sono spiegati i motivi, già esposti brevemente, che lo spinsero, assieme agli altri membri del circolo filosofico, ad aderire al marxismo abbandonando « l'avventurismo mistico » di stampo esistenzialista, che altro non era che una forma inconcludente di ribellione giovanile contro i valori offerti dalla società borghese del primo dopoguerra.

Il giudizio sull'esistenzialismo contemporaneo, contrapposto a quello di prima maniera, « avant la lettre » come lo definisce D'Alconzo ⁽²⁹⁾, meno ricco di motivi, ma aperto a un senso più positivo della vita, è estremamente negativo. Esso è considerato da Lefebvre come una scolastica moderna, come filosofia « noiosa, sottile, astratta, esoterica ». Disancorato dalla realtà, lontano dai problemi concreti della vita, l'esistenzialismo moderno rappresenta un regresso rispetto ai risultati conseguiti dalla coscienza razionale.

L'elemento irrazionale, superficiale, immediato, non inserito in un processo dialettico di continuo superamento delle contraddizioni, viene assolutizzato e l'esperienza parziale viene scambiata con la totalità del reale. Ci si preclude così la possibilità di una conoscenza completa del mondo e dell'esistenza, rendendo inevitabile l'approdo a esiti nichilistici. Il nulla e la morte sono l'ultima parola dell'esistenzialismo, « la sua dialettica è puramente negativa, la sua filosofia, rifiutando i problemi concreti della vita, diventa una perenne ' meditatio mortis ' » ⁽³⁰⁾.

Il suo irrazionalismo, spiega Lefebvre, è una forma di rea-

⁽²⁹⁾ Cfr. M. D'ALCONZO, *L'esistenzialismo di Henri Lefebvre*, cit., p. 528.

⁽³⁰⁾ Così G. Cantoni sintetizza il giudizio di Lefebvre sull'esistenzialismo. Cfr. *Il pensiero marxista contemporaneo*, cit., p. 109.

zione all'astrattezza della ragione della moderna filosofia da Cartesio a Hegel, che aveva scavato un abisso tra pensiero e vita concreta, ma va combattuto perché è una minaccia verso la nuova ragione dialettica della scienza e della prassi rivoluzionaria (31).

Gli autori presi di mira, a parte Kierkegaard e Nietzsche, sono Husserl, Heidegger, e infine Sartre, bersaglio di attacchi polemici particolarmente duri (32).

6. - La decisa volontà di applicare la dialettica rivoluzionaria ai concreti contenuti dell'esperienza umana porta Lefebvre a occuparsi dei problemi della vita quotidiana. Ne è testimonianza la *Critique de la vie quotidienne* (vol. I, del 1946), opera rivolta all'analisi delle condizioni concrete dell'uomo sociale; la complessità e la varietà dei temi affrontati senza particolari premure di sistematicità, rendono quest'opera interessante e originale. Lo scopo che essa persegue è la riabilitazione della vita quotidiana che la letteratura e la filosofia contemporanea avevano svalutato e disprezzato, cercando nel magico, nel meraviglioso, nel surreale, il significato autentico della vita (33).

L'analisi applicata ai problemi della vita concreta dell'uomo, smascherando progressivamente le contraddizioni, le alienazioni, le mistificazioni, i pregiudizi che si annidano in essa, mortificandola e ricoprendola sotto una coltre di banalità, può restituire alla quotidianità una dimensione di ricchezza, di varietà di manifestazioni e di pienezza dei momenti vissuti.

(31) *Ibidem*.

(32) Un'aspra critica a *L'existentialisme* viene sviluppata nell'articolo di R. LÉVY, *De la 'conscience mystifiée' à la mystification: « L'existentialisme » d'Henri Lefebvre*, in « Les Temps Modernes », 1947, pp. 1336-39. Fra le altre cose si legge: « Il faudrait des volumes pour relever toutes les erreurs, les contradictions, les malversations dont est fait l'ouvrage de M. Lefebvre » (p. 1338).

(33) Cfr. G. CANTONI, *Il pensiero marxista contemporaneo*, cit., p. 115.

La filosofia marxista, intesa appunto come « critica della vita quotidiana, può portare un enorme contributo all'arte del vivere, perché rivela per la prima volta all'uomo la sua vita e gli insegna a non lasciarsi ingannare dalle mistificazioni più sottili e nascoste, a ricondurre i miti alla realtà che li ha originati (. . .). Nella *Critique de la vie quotidienne* il marxismo umanista del Lefebvre ci dà, assai di più che in *Matérialisme dialectique*, la misura della sua fecondità » (34).

Che l'interesse di Lefebvre alla vita quotidiana sia stato non occasionale ed effimero, ma pressoché costante in tutto l'arco della sua attività filosofica, lo dimostra il fatto che egli abbia sentito l'esigenza di tornare più volte sull'argomento per aggiornare i risultati delle sue ricerche alle mutate circostanze storiche. Infatti nel 1961, a distanza di quindici anni dalla pubblicazione del primo volume, esce il secondo volume della *Critique de la vie quotidienne*, con il sottotitolo *Fondaments d'une sociologie de la quotidienneté*, e nel 1968 viene pubblicata *La vie quotidienne dans le monde moderne* che, secondo Jedlowski, « riassume, anche in chiave autocritica, i temi della ricerca fin lì svolta, e anticipa i contenuti di un terzo volume della *Critique*, che Lefebvre ha annunciato a più riprese, senza mai portarlo a termine » (35).

In questo arco di tempo, il concetto di vita quotidiana subisce modificazioni ed è sottoposto a revisioni critiche. Ma l'impostazione dialettica dell'analisi della vita quotidiana è riconoscibile sia nella prima elaborazione, in cui è concepita come luogo della mediazione tra natura e storia, ovvero come luogo privilegiato della produzione e dell'appropriazione » (36), sia nelle elaborazioni successive in cui è considerata

(34) *Ibidem*, p. 116.

(35) P. JEDLOWSKI, *H. Lefebvre e la critica della vita quotidiana*, saggio introduttivo a H. LEFEBVRE, *La vita quotidiana nel mondo moderno*, a cura di P. Jedlowski e A. Vigorelli, Milano, Il Saggiatore, 1979, p. 7.

(36) Lefebvre, commentando dopo molti anni il contenuto de *L'Introduction*

come il terreno su cui si articola la riproduzione dei rapporti sociali di produzione della moderna società capitalista. Nel primo caso, la dialettica della prassi rivoluzionaria facendo leva sui bisogni, le mancanze e le possibilità inerenti alla quotidianità, alla fine porterà alla scomparsa di essa, cioè al superamento della contraddizione, della separazione tra « quotidiano e non-quotidiano, tra residuo 'immutabile' e 'naturale' da un lato e attività 'superiori' (storiche, suscettibili di sviluppo) dall'altro » (37). Nel secondo caso, la dialettica è collegata ad una più matura consapevolezza critica del funzionamento e dei mezzi di sostentamento della società capitalista; Lefebvre guarda ormai con occhio diverso al ruolo che svolge e che potrebbe svolgere la vita quotidiana in questo contesto. Esplicativa a questo proposito l'osservazione di Jedlowski: « Lo studio della vita quotidiana è così insieme ricognizione di ciò che si oppone al 'crollo' del capitalismo (...) e insieme analisi di ciò che si genera di contraddittorio e antagonista rispetto al dominio del capitale. Alla vita quotidiana spetta così un doppio statuto — è attraversata da un doppio movimento. Da un lato essa è creazione del capitale, luogo dalla familiarità alienata, della funzionalità programmata, sistema di alibi; dall'altro è resistenza irriducibile, e insorgenza continua di nuove opposizioni » (38).

à *La Critique de la vie quotidienne* (del 1946), puntualizza: « Dove si compie questo movimento, questa *produzione* », che comprende « l'azione sulle cose e l'azione sugli esseri umani, il dominio sulla natura e l'appropriazione della natura da parte dell'« essere » umano e attraverso di esso, la *praxi* e la *poiesis*? Questo movimento non ha luogo nelle alte sfere della società: lo Stato, la scienza, la 'cultura'. È nella vita quotidiana che si colloca il nucleo razionale, il centro reale della prassi ». Cfr. H. LEFEBVRE, *La vita quotidiana nel mondo moderno*, cit., p. 56.

(37) P. JEDLOWSKI, *H. Lefebvre e la critica...*, cit., p. 17.

(38) *Ibidem*, pp. 23-24. Anche E. Pisier-Kouchner mette in rilievo questa ambivalenza del concetto di vita quotidiana in Lefebvre, considerata come luogo di repressione e di alienazione ma anche come luogo privilegiato di una « rivoluzione culturale permanente ». Cfr. il capitolo *I marxismi*, in *Storia della Filosofia*, a cura di F. Châtelet, VIII, *La Filosofia del XX secolo*, Milano, Rizzoli Editore, 1975, pp. 189-190.

Nella considerazione e nell'approfondimento dei problemi legati alla vita quotidiana e alla riproduzione dei rapporti di produzione, Lefebvre intuisce l'esistenza di un movimento dialettico non temporale, bensì spaziale. In cosa consista, lo dichiara esplicitamente A. Vigorelli, quando afferma: « La dialettica dello spazio (che Lefebvre propone di sostituire allo schema idealistico di una dialettica del tempo) si compone dei processi di integrazione/disintegrazione fra centro e periferia. Il capitalismo, per riprodursi su scala allargata, ha bisogno di subordinare al proprio centro le numerose periferie che vivono ai suoi margini, ma in tal modo non fa che innescare nuovi processi di disintegrazione sociale. L'esito finale di questi processi non è assolutamente pregarantito, ma dipende dalla intensità e dalla direzione delle diverse strategie messe in atto »⁽³⁹⁾.

La dialettica spaziale si esplica nel cuore della vita quotidiana perché in essa emergono le contraddizioni dello spazio, in essa si organizza la resistenza all'« occupazione totalitaria dello spazio ».

Lefebvre rivendica la necessità di una sostituzione della dialettica temporale con una spaziale, sostituzione necessaria per la comprensione delle contraddizioni del neo-capitalismo su scala mondiale, nella *Introduzione* al libro *La survie du capitalisme* (del 1973). Ma già in *La vie quotidienne dans le monde moderne* il concetto è formulato chiaramente: « Lo spazio intero, diventa il luogo della riproduzione dei rapporti di produzione, ma anche il luogo di una contestazione ampia, non localizzabile, diffusa, che crea il proprio centro ora qui, ora là. Essa non può sparire, perché è il brusio, l'ombra piena di desiderio e d'attesa che accompagnano la conquista del mondo ad opera della crescita economica, del mercato e

(39) A. VIGORELLI, *Vita quotidiana e riproduzione dei rapporti di produzione in H. Lefebvre*, saggio introduttivo a H. Lefebvre, *La vita quotidiana nel mondo moderno*, cit., p. 44.

dello Stato capitalista o socialista » (40). Il concetto di dialettica spaziale sarà ripreso e ulteriormente approfondito da Lefebvre nell'analisi dello Stato.

A sottolineare l'attenzione costante e rivolta ai molteplici aspetti della teoria dialettica, concorre l'opera *Logique formelle, logique dialectique* (del 1947), che affronta la questione del rapporto tra logica e dialettica. La conoscenza logica, secondo Lefebvre, è valida, ma in un ambito ristretto, quello delle « realtà stabili » e delle « proprietà analizzabili ». Per cogliere la complessità della realtà in movimento, invece, è necessario far ricorso alla dialettica: quest'ultima supera la logica senza sopprimerla e senza mettere in discussione il valore obiettivo della conoscenza scientifica (41).

7. - L'accostamento, sia pur fugace, alla tematica della vita quotidiana, ci ha fornito un'idea approssimativa, ma indicativa, della originalità e della acutezza della problematica marxista di Lefebvre. Queste sue caratteristiche mal si conciliavano con la rigida impostazione del marxismo ortodosso; infatti Lefebvre non tardò a sganciarsi dal marxismo ufficiale e tra il 1957 e il 1958 entrò in conflitto con il partito e ne fu espulso in seguito alle vivaci polemiche provocate dalle rivelazioni di Krusciov sul regime stalinista e dai fatti di Ungheria (42).

La sua intelligenza spregiudicatamente critica non poteva più a lungo rimanere prigioniera degli schemi interpretativi chiusi e dogmatici di un pensiero ormai istituzionalizzato; di

(40) H. LEFEBVRE, *La vita quotidiana nel mondo moderno*, cit., p. 214.

(41) La stampa dell'opera fu interrotta al primo volume per intervento del partito che riscontrò in essa tendenze eterodosse. Vedi L. COLLETTI, *Tra marxismo e no*, Bari, Laterza, 1979, p. 78.

(42) I prodromi della rottura sono già individuabili nell'articolo scritto da Lefebvre nel 1956 *Le marxisme et la pensée française*, in « Les Temps Modernes », 1957, août, pp. 104-137.

conseguenza, il suo atteggiamento politico-filosofico, da ora in poi, sarà improntato a una « critique de gauche », vale a dire a un revisionismo critico nei confronti del pensiero ufficiale del partito per una più autentica lettura di Marx (43). Le opere scritte negli anni successivi alla sua uscita dal partito testimoniano la dura polemica in atto tra Lefebvre e i marxisti « ortodossi ». Egli contesta loro la responsabilità della degenerazione del marxismo da conoscenza critica e dialettica della realtà a ideologia mistificante.

Con lo scritto *Problèmes actuels du marxisme* (del 1958), Lefebvre intende decisamente smascherare la ideologicità e il carattere alienante di quello stesso marxismo che nelle intenzioni si era proposto come unico strumento di liberazione capace di soddisfare ogni esigenza di giustizia e di libertà e che aveva finito con il risolversi nella assolutizzazione e nella feticizzazione del Partito e dello Stato (44).

La Somme et le Reste (del 1959), opera in buona parte autobiografica, in cui l'autore opera una riconsiderazione del suo precedente lavoro intellettuale, rispecchia il tentativo di ridare un nuovo fondamento alla ricerca filosofica, la cui crisi può essere risolta soltanto rendendola aperta verso il possibile e pronta a cogliere i germi del futuro. La filosofia, so-

(43) Negli anni posteriori alla sua uscita dal Partito Comunista Francese, l'opera di Lefebvre non è stata studiata e valorizzata dalla critica come forse avrebbe meritato. In Italia, in questo periodo, gli hanno dedicato attenzione M. ANTONELLI, con il breve articolo *L'esperienza marxista di H. Lefebvre*, in « Aut-Aut », 1962, n. 37, pp. 31-36, e C. AZZIMONTI, che ha analizzato i suoi lavori storiografici nel saggio *La storiografia filosofica di H. Lefebvre*, in « Rivista critica di Storia della Filosofia », 1965, pp. 54-77. In Germania, in particolar modo nell'area culturale francofortese, la critica lefebvrina al marxismo « ortodosso » ha trovato maggiore risonanza e più ampi consensi. Oltre al saggio già segnalato di A. SCHMIDT, vedi dello stesso autore *Poscritta a H. LEFEBVRE, Probleme des Marxismus, heute*, Frankfurt am Meine, Suhrkamp, 1965.

(44) Cfr. J.-M. DOMENACH, *Ne pas s'arreter en chemin*, in « Esprit », 1958, pp. 889-896.

stiene Lefebvre, da dogmatica e problematica deve diventare programmatica e il suo progetto, mai definitivo, deve elaborarsi sulla base di una riflessione sui dati storici e di un confronto continuo con la prassi. Il materialismo storico e il materialismo dialettico, degenerati in formulazioni dogmatiche e astratte, sono applicabili legittimamente solo ai processi concreti della realtà. Lefebvre auspica in quest'opera un ritorno all'uso marxiano di una dialettica storica concreta.

Questa nuova filosofia può definirsi marxista non perché aderisce ciecamente ai principi ormai istituzionalizzati e canonizzati della tradizione ufficiale del marxismo, ma perché si pone sulla scia della ricerca del contenuto iniziata da Marx, bisognosa di continui aggiornamenti in ragione delle mutevoli situazioni storiche in cui si inserisce la prassi trasformatrice (45).

I rapporti tra base e sovrastrutture non vanno interpretati con schemi semplicistici in cui ogni forma di coscienza e di attività umana è messa in connessione con il modo di produzione. Esistono aspetti della realtà autonomi nei confronti delle categorie economiche, che tuttavia conservano il loro peso rilevante nella vita sociale.

Lo studio della interdipendenza e della interazione delle diverse sfere della realtà costituisce il compito e il programma della filosofia. I campi di ricerca, però, rimangono sostanzialmente gli stessi: il superamento, che va cercato e attuato per mezzo delle mediazioni dialettiche, l'alienazione, categoria sempre presente nella riflessione lefebvrina (46), e l'in-

(45) Nell'attualizzazione del « contenuto concreto » dei concetti essenziali del marxismo, « al fine di pervenire all'analisi della società occidentale capitalistica », E. Pisier-Kouchner vede l'originalità del marxismo di Lefebvre. Cfr. *I marxismi*, in *Storia della Filosofia*, a cura di F. Châtelet, VIII, *La Filosofia del XX secolo*, cit., pp. 189-190.

(46) Vedi S. J. CHAMPAGNE, *L'alienation dans « La Somme et le Reste » d'H. Lefebvre*, in « *Sciences Ecclesiastiques* », 1966, pp. 443-459.

dividuo, proteso alla riappropriazione della natura e della realtà umana (47).

L'Introduction à la modernité (del 1962) contiene una dura requisitoria contro il sistema e lo Stato staliniano, che pretendono di essere la meta ultima della storia. L'instaurazione del comunismo non è per Lefebvre la panacea che risolve magicamente i problemi dell'uomo e i mali della società, ma soltanto l'inizio di un'epoca in cui è possibile affrontarli in una luce nuova, più vera, non offuscata da pregiudizi e falsità.

La svolta politico-filosofica di Lefebvre non è esente da critiche e attacchi polemici. J. M. Domenach ritiene insufficiente, per una risposta radicale alle questioni suscitate dallo stalinismo, la proposta, avanzata da Lefebvre, di uno svecchiamento dei concetti del marxismo da attuarsi con un ritorno ai testi marxiani, da riscoprire e reinterpretare; difatti sostiene che « pour répondre aux questions suscitées par le stalinisme, il ne suffit pas de revenir à une conception plus correcte et plus riche de la dialectique, car de telles questions sont politiques, et non seulement théoriques » (48).

Dure critiche gli vengono mosse anche da parte marxista, specificatamente da L. Sève e J. Suret-Canale, che lo tacciano di irresponsabilità politica (49).

8. - La nuova concezione del sapere, cui perviene il filosofo francese, da lui chiamata « metafilosofia », è capace di cogliere, senza mai esaurirli totalmente, i processi dinamici della realtà intesa come totalità dialettica, e costituisce il superamento del vecchio sapere filosofico tutto preso dal tenta-

(47) Cfr. F. WEBER, *Lefebvre Henri*, voce dell'*Enciclopedia Filosofica*, II ed., Firenze, Sansoni Editore, 1967, p. 1429.

(48) J. M. DOMENACH, *Ne pas s'arreter en chemin*, cit., p. 895.

(49) Cfr. L. SÈVE, *H. Lefebvre et la dialectique chez Marx*, in « La Nouvelle Critique », mar. 1958, n. 94, pp. 55-89, e dello stesso autore vedi anche *La différence*, cit., J. SURET-CANALE, *Notes sur la méthode d'H. Lefebvre devant les problèmes actuels du marxisme*, in « La Nouvelle Critique », apr. 1959, pp. 100-113.

tivo velleitario di comprensione definitiva ed esaustiva del reale, la cui conoscenza è ridotta così a sistema di verità assolute.

Questo è l'argomento di *Métaphilosophie. Prolégomenes* (del 1965). In tale opera vengono analizzati e approfonditi concetti, quali la totalità, il residuo irriducibile nella totalità, la dialettica del progresso, che nelle precedenti opere non erano stati trattati se non in modo frammentario. V. Mencucci, in alcuni saggi dedicati allo studio di questi argomenti, ne ha offerto una valida ricostruzione ⁽⁵⁰⁾.

La vita sociale agli inizi della storia era caratterizzata dalla unità di tutte le sue manifestazioni. L'uomo viveva allora nella « poiesis », ossia in una totalità in cui le attività pratiche e teoriche non erano separate, ma si integravano in una visione totale della vita. In seguito, si verificò il fenomeno della settorializzazione della vita umana, della divisione del lavoro, della perdita della totalità originaria. Nel tentativo di riconquistarla, l'uomo ha dato vita a false totalizzazioni, cioè all'assolutizzazione di aspetti parziali della vita. Questi tentativi, mai riusciti pienamente, lasciano un residuo non integrabile che alla fine porterà al sovvertimento della totalità incompiuta. La religione, per esempio, postasi come totalità assoluta, « si è lasciata sfuggire un residuo: la vita della spontaneità istintuale », ed è stata soppiantata dalla filosofia che, assolutizzandosi, ha dovuto a sua volta cedere il passo ad altre realtà emergenti: così l'arte e la cultura, la scienza e infine lo Stato. Anche quest'ultimo si erge a totalità dimenticando un residuo irriducibile: esso, afferma Mencucci, « tende ancora con la sua potenza a un dominio mondiale, ma cancella la libertà » ⁽⁵¹⁾.

Il sapere metafilosofico si inserisce nei ritmi di questo

⁽⁵⁰⁾ Cfr. V. MENCUCCI, *Totalità dialettica in H. Lefebvre*, in « Rivista filosofica neoscolastica », 1968 (60), pp. 555-579; inoltre *La molla del progresso in un revisionista: H. Lefebvre*, in « Rivista filosofica neoscolastica », 1970 (62), pp. 708-718.

⁽⁵¹⁾ V. MENCUCCI, *Totalità dialettica...*, cit., pp. 561-562.

incessante processo senza porsi come sistema assoluto. Esso è critica radicale di ogni valore assoluto, di ogni traguardo raggiunto. Penetra nella totalità del reale, lacerata da contraddizioni insanabili, non con l'intenzione di contemplarla. Alieno da ogni finalità di consacrazione del presente, la « metafilosofia » morde la realtà concreta, la plasma, la ricrea in un processo infinito. In *Métaphilosophie* trova posto anche la critica della filosofia strutturalista che privilegia le forme conoscitive dell'intelletto al metodo della ragione dialettica e che costituisce il fondamento teorico di una prassi non rivoluzionaria, ma ripetitiva (52). L'opera sullo Stato rappresenta, in fondo, il tentativo di Lefebvre di sottoporre la realtà statale al sapere metafilosofico.

9. - Il motivo, le caratteristiche e il rapporto tra il metodo e l'oggetto dell'analisi che Lefebvre ha voluto dedicare allo Stato (53), si possono chiaramente dedurre da un brano di *Le marxisme*. Facendo proprie alcune indicazioni metodologiche di Marx, Lefebvre afferma: « Il metodo, non dispensa dall'afferrare ogni oggetto in se stesso; fornisce semplicemente una guida, un quadro generale, un orientamento per la ragione nella conoscenza di ciascuna realtà. In ciascuna realtà bisogna cogliere le sue proprie contraddizioni, il suo proprio movimento interno, la sua qualità e le sue brusche trasformazioni (. . .). Essa permette di affrontare efficacemente lo studio cogliendo l'aspetto più generale di questa realtà,

(52) V. MENCUCCI, *La molla del progresso . . .*, cit., pp. 711-714.

(53) Prima di occuparsi dello Stato, Lefebvre ha dedicato varie opere allo studio dei problemi dello spazio e della città, ed è proprio come critico dell'urbanistica che è stato fatto oggetto di un rinnovato interesse da parte della critica alla fine degli anni sessanta. Su quest'aspetto del pensiero lefebvrino vedi A. VACHET, *De la fin de l'histoire à l'analyse différentielle: la révolution urbaine (Les derniers ouvrages d'H. Lefebvre)*, in « Dialogue », 1972 (11), pp. 400-419; M. SPINELLA, *Prefazione* alla ed. ital. di *La pensée marxiste et la ville* (del 1972), *Il marxismo e la città*, Milano, Mazzotta, 1973; MARIANI, *Prefazione* alla ed. ital. di *Espace et politique. Le droit à la ville* (del 1972), *Spazio e politica*, Milano, Moizzi, 1976.

ma non sostituisce mai la ricerca scientifica con una costruzione astratta » (54).

Si tratta, quindi, della continuazione e dell'assolvimento progressivo del compito, spettante al marxismo, di concretizzare l'uso dei concetti filosofici, soprattutto della dialettica, nello sforzo di renderli utilizzabili nella conoscenza delle molteplici realtà contraddittorie.

Il metodo dialettico, di cui ci siamo intrattenuti a esporre la concezione e l'uso nell'opera di Lefebvre, non costituisce un sapere aprioristico; esso non è altro se non una « guida » e un « orientamento » per la ragione, non può abolire la necessità di una ricerca seria e faticosa sul contenuto preso come oggetto di conoscenza. Perché possa dare frutti cospicui, va preceduto, accompagnato e sostenuto dal momento analitico che coglie la specificità dell'essere e delle contraddizioni di una determinata realtà, avviandola così ad essere coinvolta in un processo dialettico.

Nel caso in questione, perché l'applicazione della dialettica allo Stato possa dare risultati positivi, occorre cogliere con chiarezza « le sue proprie contraddizioni, il suo proprio movimento interno, la sua qualità e le sue brusche trasformazioni ». Risulta spiegato così il motivo per cui Lefebvre ha dedicato all'analisi della realtà statale un'opera così articolata, densa e complessiva, quale appunto è *De l'Etat*.

Rimane da spiegare inoltre perché Lefebvre abbia rivolto la sua attenzione proprio sullo Stato, come mai abbia scelto un simile oggetto, un così arduo campo di analisi. La risposta non può che essere una: il mondo moderno è ingombrato dalla terrificante presenza dello Stato. Nido di mostruose alienazioni, strumento di dominio e di oppressione, manipolatore ineguagliabile di ideologie, protetto da difese incrollabili, esso rappresenta il nuovo assoluto della Storia, la nuova totalità da smascherare e superare. E Lefebvre non è indietreggiato davanti al difficile compito di penetrarlo con

la conoscenza critica per individuarne i segreti e scardinarne le fondamenta. Indicando i suoi punti deboli, ha indicato anche una nuova via per uscire dal vicolo cieco in cui lo Stato sembra aver condotto la storia.

L'intento che attraversa l'opera è di natura teorica ma anche pratica: essa mira a porre le basi di una conoscenza critica della forma politica statale così come si è venuta configurando negli ultimi due secoli di storia; per di più, il sapere non è concepito come fine a sé stesso, ma piuttosto come strumento indispensabile per una efficace azione rivoluzionaria.

Già in *Sociologie de Marx* (del 1966) Lefebvre puntualizza che « La conoscenza dello Stato e della burocrazia non è separabile dall'attività rivoluzionaria che tende a superarli. Sappiamo fino a che punto la conoscenza implica la critica radicale (il momento negativo) e reciprocamente mantiene questa critica. Ora il pensiero critico ha senso e portata solo grazie all'azione pratica rivoluzionaria, critica in atto dell'esistente » (55). Sul nesso inscindibile tra conoscenza teorica e prassi rivoluzionaria, Lefebvre ritorna alla fine dell'opera sullo Stato dove afferma: « Il pensiero concettuale esplora delle vie, avanza su delle strade. Esso può precedere la pratica, non separarsene. Soltanto la pratica (...) può effettivamente realizzare ciò che annunzia l'uso simultaneo del concetto e dell'immaginazione (utopia). La teoria apre il cammino, traccia la via nuova; la pratica vi si immette, *producendo la strada* e lo spazio » (56).

Marx aveva già compreso l'urgenza di trovare un punto di contatto tra teoria e prassi; in lui l'elaborazione di categorie applicabili all'analisi delle condizioni storiche, economi-

(54) H. LEFEBVRE, *Il marxismo*, cit., p. 28.

(55) H. LEFEBVRE, *La sociologia di Marx*, Milano, Il Saggiatore, 1969, p. 28.

(56) H. LEFEBVRE, *Lo Stato*, cit., IV, p. 291.

che e politiche di una determinata società era finalizzata soprattutto alla loro trasformazione. Ma i risultati della sua ricerca, secondo Lefebvre, sono datati nel tempo, sono validi solo se riferiti a quel particolare tipo di società che egli aveva sotto gli occhi e che analizzava.

Tale operazione va ripetuta e aggiornata alle mutate condizioni della società odierna che si presenta notevolmente diversa rispetto a quella in cui Marx viveva. I concetti di analisi marxiani, di natura prevalentemente economica, non sono più sufficienti alla comprensione della realtà attuale, in cui il politico si rapporta all'economico e al sociale in forme sconosciute al passato e ancora da definire. La conoscenza critica non può rimanere ancorata a categorie ormai sorpassate, se non a rischio di perdere la capacità di presa sul processo reale in corso, con la grave conseguenza dell'inefficacia della lotta contro l'alienazione e l'oppressione del potere.

Lo scopo fondamentale di *De l'Etat* si può riassumere in questo: colmare il vuoto di conoscenza addensatosi stranamente sul prodotto più imponente della storia contemporanea, cioè lo Stato, con la elaborazione di nuovi concetti aderenti all'analisi della situazione politica, sociale ed economica del mondo moderno, per porre le basi di una efficace prassi trasformatrice fondata sulla contraddizione dialettica.

Il procedimento conseguente a questo scopo consta di vari momenti: *il primo*, per lo più descrittivo, getta uno sguardo sui principali fenomeni dello Stato moderno, dalla sua impressionante diffusione ai suoi mezzi di difesa, dai suoi rapporti con il sapere e il potere alla capacità di nascondersi e di mascherarsi; esso mira a presentare lo Stato come una totalità, reale quanto misconosciuta e negata. Nel *secondo momento*, più specificamente storiografico e filosofico, si ricostruisce il processo storico-genetico attraverso cui lo Stato è pervenuto allo stadio attuale e il modo in cui tale sviluppo è stato colto, interpretato, favorito o ostacolato dal pensiero

teorico marxista. Nel *terzo momento*, più accentuatamente analitico, si esamina il funzionamento e le implicanze della realtà statale nell'attuale contesto sociale ed economico.

A questi tre momenti corrispondono grosso modo i primi tre volumi dell'opera lefebvriana. Il quarto prende in esame le contraddizioni presenti nell'attuale modo di produzione gestito dallo Stato e prospetta una « nuova via » per uscire dal vicolo cieco in cui il mondo sembra stagnare sotto il dominio di forze che tendono a imbrigliare la tensione dialettica verso un nuovo futuro e che oggi trovano un luogo di coagulo soprattutto nello Stato.

10. - La prima cosa che salta agli occhi di chi guarda ai fenomeni della storia più recente è la mondializzazione dello Stato. Efficace, a questo proposito, il testo diretto dell'opera: « All'aprirsi del XIX secolo, quanti Stati-nazioni figurano sulla scena della storia? Due: la Francia, l'Inghilterra (...). Un secolo e mezzo più tardi, più di centocinquanta Stati-nazioni (oggi quasi 175) si iscrivono all'ONU (...). Lo Stato ha realizzato ciò che non era riuscito a nessuna religione, a nessuna chiesa: conquistare il mondo, raggiungere l'universalità o almeno la generalità, entrare col mercato mondiale nella definizione del Planetario » (57).

La evidente constatazione del nuovo assoluto comparso sulla scena storica non comporta una automatica comprensione del fenomeno, e Lefebvre è costretto a chiedersi se tale processo di moltiplicazione degli Stati sia stato colto e compreso e se sia stato pienamente « assunto come oggetto di riflessione, di critica, di sapere » (58). Egli, invece, intende farne il centro della sua ricerca; difatti afferma che nella sua indagine « tale processo è posto al centro delle preoccupazioni ».

(57) *Ibidem*, I, p. 43.

(58) *Ibidem*.

pazioni in tutti i suoi aspetti, in tutti i suoi problemi, in una prospettiva *globale* » (59).

Appare chiaro fin dalle prime battute dell'opera che, a giudizio di Lefebvre, è compito ormai indilazionabile del pensiero teorico la comprensione del fenomeno politico e statale nella sua totalità. Tale conoscenza si attinge nella misura in cui si sottopone a dura critica ogni approccio parziale del fenomeno e si smascherano i miti, le ideologie e le mistificazioni che nascondono la verità dei fatti, propinando interpretazioni false del processo in atto.

Un esempio di mistificazione può essere ravvisato nella ideologia che ha accompagnato la formazione e il consolidamento dello Stato francese durante e dopo la Rivoluzione; ideologia secondo cui lo Stato altro non è se non il prodotto della Nazione. Ma « l'analisi storica e critica ristabilisce una verità e una realtà rovesciate », ovvero sia che « lo Stato ha fatto la nazione, altrettanto e più che il contrario » (60). Oppure nel tentativo di spiegare il senso di malessere e di oppressione dei cittadini, dovuto alle istituzioni politiche, ricorrendo al mito del potere, che in realtà non offre alcuna concreta spiegazione del fatto: « Una volta posta l'entità violenta (la violenza mutata in entità metafisica), l'analisi critica viene meno; ritroviamo il potere assoluto e l'assoluto del potere fin nella lingua e nel discorso; la conoscenza critica dei poteri effettivi non ha più luogo o occasione » (61). Lefebvre soggiunge più avanti che « Questa mistificazione del potere assoluto ha consentito di relegare nell'ombra, fuori della coscienza e dello sguardo, dapprima le modificazioni dello Stato nel corso del tempo, e, poi, l'energia vitale del potere, la volontà di potenza » (62).

(59) *Ibidem*, I, p. 44.

(60) *Ibidem*, I, p. 47.

(61) *Ibidem*, I, p. 49.

(62) *Ibidem*, I, p. 55.

Accanto alla critica delle ideologie va posto un serio impegno di ricerca sul concetto di Stato. Secondo Lefebvre, la strada attraverso cui si giunge alla conoscenza dello Stato, del processo statale e del « sistema degli Stati » su scala mondiale « passa attraverso questi due scogli: la statolatria (il cieco feticismo), e l'odio ugualmente cieco. Essa evita la razionalità giustificatrice quanto la critica sentimentale degli anarchici antiteorici » (63).

Il primo di tali atteggiamenti, il feticismo statale, prospera in virtù del fenomeno, ad esso parallelo e davvero disastroso, dell'occultamento della verità intenzionalmente attuato: « Noi analisti dello Stato, abbiamo già scoperto la sua feticizzazione (. . .) abbiamo anche scoperto il carattere generale del disconoscimento, immensa zona d'ombra che avvolge la conoscenza nello stesso tempo, dalla parte del corpo materiale, del corpo sociale e del corpo politico. Noi riusciamo a intravedere la strana mistura di feticismo e occultamento (l'uno rinvia all'altro e riflette l'altro) che circonda lo statale e ne permette il funzionamento » (64). La feticizzazione dello Stato, cioè il suo innalzamento a realtà razionale e assolutamente necessaria, sovrastante alla società civile, comporta il nascondimento del nesso reale che intercorre tra l'economico, il sociale e il politico. Per giungere a questo, lo Stato, oggetto e nello stesso tempo autore della feticizzazione, si serve della mistificazione del sapere. Con la creazione di nuove rappresentazioni, e con la manipolazione di quelle già esistenti, esso controlla e dispensa il sapere e contemporaneamente tenta di sottrarsi alla presa di una conoscenza critica che penetri i suoi segreti e metta in pericolo la sua stabilità.

Le discipline deputate allo studio dello Stato, come la scienza politica, la sociologia politica, ponendo l'accento su

(63) *Ibidem*, I, p. 73.

(64) *Ibidem*, I, p. 190.

problemi e questioni particolari e trascurando la realtà globale, non contribuiscono certo a far luce sullo Stato: « L'abbandono del *globale* e del *totale* conduce ad una indefinita frammentazione e ad una polverizzazione dei concetti nel *puntuale* (. . .). Un tale processo di occultamento funziona a partire dalle scienze definite politiche, le quali hanno un ruolo conseguentemente ideologico » (65).

L'esempio più illuminante di feticizzazione è legato allo Stato così come viene plasmato da Stalin. Con lui « lo Stato moderno dichiara vistosamente l'ingresso sulla scena della post-storia, quella delle mete strategiche e delle poste in gioco mondiali. La burocrazia politica, captando le fonti e le risorse della società civile — tra cui il sapere — e sistemizzando l'insieme (la totalità), ha sostituito la burocrazia feudale-militare » (66). Fondamentale, in questo caso, la funzione del partito, capace di gestire la società e di reprimerla in modo totale (67), e degli strumenti di dominio usati indiscriminatamente: « Per raggiungere le sue mete, in nome proprio di esse e della loro legittimità incessantemente proclamata, lo Stato staliniano ha inventato i più perfezionati e moderni procedimenti di manipolazione, di mistificazione, di repressione » (68).

Il secondo atteggiamento, che è di ostacolo nel cammino verso una conoscenza critica dello Stato, è il negativismo che sfocia nel nichilismo. Veicolato dalla « élite - fuori - dal - potere », esso mira alla distruzione e disintegrazione di valori e di istituzioni particolari, e dimentica, lasciandolo prosperare, lo Stato: « Il nichilismo occidentale che si generalizza ha molteplici aspetti. Chi non muore? Dio ha la sua agonia e con lui l'uomo, la storia, la famiglia. Lo Stato soltanto (di cui

(65) *Ibidem*, I, p. 201.

(66) *Ibidem*, I, p. 258.

(67) *Ibidem*.

(68) *Ibidem*, I, p. 260.

Marx aveva annunciato il deperimento inaugurale, nella serie delle fini e dei superamenti), soltanto lo Stato, invece, si rafforza » (69).

Uno dei nodi cruciali, sui quali la riflessione teorica dovrebbe soffermarsi, è l'articolazione dell'economico e del politico. Nei tempi recenti è possibile notare un intervento continuo, anche se a volte mascherato, dello Stato, nel campo economico, attraverso il controllo dei flussi dell'energia e la manipolazione dello spazio, e nella gestione dei rapporti sociali, al fine di riprodurre indefinitamente le condizioni di dominio e di sfruttamento attualmente consolidate: « La situazione dello Stato nel mondo moderno esige il dominio sulle circostanze della vita economica e sociale, una manipolazione organizzata: il compimento della politica in quanto attività *produttiva* alla sua maniera. Che cosa si produce? Ieri e oggi, rapporti sociali (e la loro riconduzione, il che non può avvenire con l'inerzia, ma tramite una sequenza logica di atti politici) » (70).

Questa situazione è comune ai tre diversi modelli di società gestita dallo Stato: quello statolatrico di tipo staliniano, quello socialdemocratico con Stato paternalista e assistenziale, in cui allo Stato della crescita corrisponde una crescita dello Stato, e quello neo-liberale dove l'intervento dello Stato nella programmazione economica non è meno condizionante e decisivo che altrove. « Il capitalismo di Stato — afferma Lefebvre — e il socialismo di Stato non possono che concepirsi come le due specie di un genere da determinare con maggiore esattezza (...), vale a dire di una società dominata (gestita) dallo Stato » (71).

Tali osservazioni non costituiscono ancora una scienza

(69) *Ibidem*, I, p. 243.

(70) *Ibidem*, I, p. 89.

(71) *Ibidem*, I, p. 90.

dello Stato moderno, ma ne preparano il terreno. Si sono presi in considerazione i fenomeni più appariscenti, le ideologie e le mistificazioni legate alla realtà statuale, ma « il problema ' Che cosa è lo Stato ' non ha ancora ricevuto risposta » (72). Tuttavia, a questo punto dell'analisi si possono già trarre alcune conclusioni: che « Lo Stato comporta: forma, funzioni, strutture. La forma riesce a spuntarla su queste tre determinazioni simultanee e correlative. Lo Stato è una forma politica, racchiudente funzioni (economiche, sociali, ideologiche) e strutture (istituzionali, gestionarie) (...). Lo Stato non si definisce servendosi di categorie abituali del pensiero filosofico e dell'epistemologia, categorie fornite dal Logos. Né il soggetto, né la sostanza, né il sistema, né l'essenza sono pertinenti allo Stato » (73). Questa definizione dello Stato non è ancora il concetto, ma solo una tappa verso il concetto.

11. - La realtà dello Stato moderno impone una riconsiderazione della storia passata, in special modo del grande evento della Rivoluzione francese. Essa può ricostruirsi come storia dello Stato che « non si risolve in una genesi delle ' sovrastrutture ' considerate separatamente, istituzioni e ideologie. Essa penetra nelle nascoste profondità del sociale. Senza confondere, tramite identificazione, l'economico e il politico, essa tocca l'economico (la ' base '), i rapporti di produzione, i rapporti sociali in generale, al pari delle rappresentazioni diverse » (74).

Al fine di rendere esplicito come il pensiero marxista abbia colto tale processo storico, le sue contraddizioni, le sue possibilità, i suoi sbocchi, Lefebvre ritiene di dover ricostruire le tappe della riflessione marxista sullo Stato, prendendo le

(72) *Ibidem*, I, p. 294.

(73) *Ibidem*, I, pp. 325-327.

(74) *Ibidem*, II, p. 39.

mosse da Hegel: « l'hegelismo coglie lo Stato-Nazione *in statu nascendi*, al momento della sua nascita, nella sua culla. Esso stesso ne è una emanazione » (75).

A giudizio di Lefebvre, il merito di Hegel è stato quello di aver concepito lo Stato come totalità, il suo limite, invece, l'averlo assolutizzato, ossia il non aver dialettizzato tale totalità. Così è tratteggiata la definizione hegeliana dello Stato: « Un sistema dei sistemi, e, al pari della filosofia, un cerchio dei cerchi. In esso e tramite esso si riconoscono, fino a identificarsi, la natura, il Logos, lo Spirito assoluto. Sistemi parziali o sottosistemi entrano poi a far parte del sistema globale (totale), ciascuno con la propria necessità, con la sua genesi, con la sua coerenza, col suo posto nella totalità. Chi dice razionalità dice sistema: coerenza logica e coesione pratica. Soltanto il sistema detiene l'universalità e tende verso il concreto, vale a dire verso la totalità in atto » (76). Dunque uno Stato feticizzato che si presenta come dominatore di altri feticci, cioè delle istituzioni o dei momenti ad esso precedenti.

Marx, come si è visto, riscopre, studiando Hegel, i concetti di alienazione e di dialettica, ma la sua importanza sta nel fatto di averli utilizzati sul terreno della critica politica e dello Stato. Egli, infatti, « reintroduce il movimento dell'alienazione che scompare nella filosofia hegeliana del diritto. Egli pone fine al primato del logico, al dominio del logico sul dialettico, per poter ristabilire la preponderanza del dialettico sul logico e ritrovare, in tal modo, il movimento della *Fenomenologia* hegeliana, deposta dal filosofo nella filosofia dello Stato. Questo duplice movimento implica la *rottura politica* con l'apologia dello Stato, collocando al primo posto l'alienazione politica, rifiutando la logica immanente della struttura statale in Hegel. Tutto ciò restaurando (...) il movimento

(75) *Ibidem*, II, p. 93.

(76) *Ibidem*, II, p. 99.

dialettico negativo e costruttivo. La rottura metodologica e teorica implica la rottura politica e perciò pratica » (77).

Nella teoria hegeliana dello Stato la logica è vittoriosa sulla dialettica; lo Stato, superiore e trascendente rispetto alla società, ma anche immanente, incluso, operante in essa (78), è un sistema chiuso in sé, senza sbocchi, senza movimenti evolutivi ulteriori, è il compimento della razionalità e del progresso storico (79). In questo consiste la modernità della concezione hegeliana: « Non avrebbe formulato forse Hegel (...) l'onnipotenza dello Stato moderno, la sua immanenza alla morale e al diritto e simultaneamente la sua presenza al di sopra della società, il suo dominio e la sua egemonia? (...). Lo Stato hegeliano appare (...) come prototipo e archetipo dello Stato moderno (...). Hegel ha colto questo stato nella sua polivalenza, polifunzionalità e sovralfunzionalità; il suo Stato ordina, gestisce, combatte. Esso ha un duplice volto; ragione, violenza » (80).

Marx rompe con l'hegelismo, a partire dagli anni 1842-1843, a proposito dello Stato, ma anche a proposito della filosofia e della storia: « La storia continuerà tramite la rivoluzione. La filosofia si realizzerà, ma non è ancora realizzata; (...). Infine, lo Stato non ha nulla di eterno. Esso non incarna l'Idea, non è, nello stesso tempo, il cemento e il coronamento della società, la sua struttura profonda. Esso non è che una sovrastruttura (...) dunque un effetto ed un fenomeno effimero » (81).

Anche se in Marx non si trova una teoria dello Stato completa e coerente, la sua critica alla « apologia incondizionata

(77) *Ibidem*, II, p. 106.

(78) *Ibidem*, II, p. 112.

(79) Sulla prevalenza del metodo logico su quello dialettico in Hegel vedi anche H. LEFEBVRE, *La sociologia di Marx*, cit., pp. 153-154.

(80) H. LEFEBVRE, *Lo Stato*, II, p. 122.

(81) *Ibidem*, II, p. 145.

dello Stato e del politico » di Hegel è radicale, come è radicale la difesa del sociale, preso tra due fuochi: il politico che tende ad assorbirlo e l'economico che tende a schiacciarlo. « Il progetto di Marx — dichiara Lefebvre — implica il rafforzamento del *sociale* in opposizione all'economico e al primato dell'economico nel capitalismo, e anche in opposizione allo statale e al politico, il cui carattere oppressivo e repressivo viene incessantemente confermato da Marx » (82).

In Marx è presente innanzitutto una posizione negativa verso lo Stato (83); esso non emana né da una razionalità trascendente, né da una razionalità immanente alla società. È piuttosto « un frammento » che si è innalzato al di sopra di essa e la domina organizzandone le funzioni e aggiungendovi « superfetazioni consentite dall'esercizio del potere » (84), e facendo apparire gli interessi particolari di uno strato della società come interessi generali. La teoria positiva, invece, non è sistematica e coerente, ma è presente in forma frammentaria nonostante il proponimento, espressamente dichiarativo, di voler costruire una teoria del politico e dello statale. Nella concezione marxiana, secondo Lefebvre, « la fine dello Stato ha una funzione decisiva (...). Nel calendario delle fini, la data centrale è quella in cui lo Stato, condotto alla luce dal declino della politica e dal deperimento di tutte le istituzioni, scomparirà. Su questo essenziale punto, il pensiero di Marx non ha subito variazioni, dalle prime alle ultime sue opere » (85).

Per quanto riguarda la teoria positiva è possibile rinvenire nell'opera marxiana tre principi diversi, « tre schizzi a

(82) *Ibidem*, II, p. 151.

(83) Sulla concezione marxiana dello Stato come concezione negativa vedi N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, Giappichelli, 1976, pp. 185-200.

(84) H. LEFEBVRE, *La sociologia di Marx*, cit., p. 130.

(85) H. LEFEBVRE, *Lo Stato*, II, p. 163.

volte mescolati insieme: lo Stato 'capitalista collettivo', che impone gli interessi della classe dominante (o della frazione di classe) alle altre classi e soprattutto ai lavoratori. Lo Stato, al di sopra delle classi, parassita e saccheggiatore. Lo Stato, infine, che tiene conto della società intera, che gestisce ed anche produce la società civile » (86).

Dai tre diversi principi sembra che Marx faccia dipendere tre diverse strategie del movimento operaio. Ma la mancanza di chiarezza della teoria marxiana dello Stato, la sua oscillazione tra l'economico e l'economicismo da un lato, e dall'altro la politicizzazione, il volontarismo politico (87), potrebbe indurre a « sostenere che tale pensiero inciampi nello Stato e nel politico, senza arrivare a definirli » (88).

Inoltre la prospettiva del deperimento dello Stato e della rivoluzione proletaria, a cui è collegata l'ipotesi della transizione del capitalismo al comunismo attraverso la fase del socialismo, sembra sconfessata dai fatti. La missione universale della classe operaia, vale a dire la realizzazione della « Verità », intesa come giustizia, felicità, libertà (89), non si è compiuta, anzi si è avverato proprio il contrario delle previsioni. « A partire dal 1848 — fa notare Lefebvre — ed ancor più negli anni successivi, avviene proprio il contrario. Lo Stato-Nazione si rafforza e procede all'unità razionale in Germania e all'industrializzazione in Francia, non senza guerre cruente » (90). Tali circostanze indurranno Marx a un esame più rigoroso delle condizioni economiche e del funzionamento del capitalismo, ma l'articolazione del politico con l'economico rimarrà tuttavia poco chiara.

Ricostruire il movimento marxista della seconda metà

(86) *Ibidem*, II, p. 179.

(87) *Ibidem*, II, p. 181.

(88) *Ibidem*.

(89) *Ibidem*, II, p. 183.

(90) *Ibidem*, II, p. 186.

del XIX secolo, ripercorrere il suo dramma politico, è di fondamentale importanza, secondo Lefebvre, per capire la storia politica successiva, poiché « Lì si tocca un nodo di possibilità; lì si decide un avvenire e ci si impegna in una prospettiva. Che cosa saranno la società, lo Stato, di domani? Società senza Stato? Società con rafforzamento dello Stato? » (91).

L'analisi di alcuni tra i massimi teorici del marxismo classico dimostrerà che i tentativi di critica radicale e dialettica dello Stato saranno neutralizzati dai progetti di rafforzamento, di razionalizzazione e di giustificazione del medesimo in quanto strumento utile alla classe operaia per la trasformazione della società. In realtà non si riuscirà a evitare che lo strumento « utile » continui a essere anche nelle società socialiste strumento di dominio.

Bakunin, che accuserà Marx di nascondere dietro l'economicismo il suo statalismo e di non tenere conto dell'azione delle sovrastrutture (le istituzioni politiche, giuridiche, religiose) sull'economia, coglierà alcune verità di fondamentale importanza, e cioè che lo Stato « non è in alcun modo un prodotto della società, né la conseguenza degli antagonismi di classe. *Ma ne è la causa.* (...) Bakunin non crede né allo Stato popolare né alla progressiva soppressione dello Stato. (...) In altre parole, Bakunin si volge contro la volontà di potenza. (...) La condanna ingloba ogni forma politica » (92). Ma la sua critica, quanto mai lucida e senza titubanze, non avrà seguito né successo.

Il vero trionfatore, dalla cui parte sta la ragione della storia, sarà Lassalle, il fondatore del socialismo di Stato (93),

(91) *Ibidem*, II, p. 204.

(92) *Ibidem*, II, pp. 206-207.

(93) Vedi il capitolo *Sociologia politica. La teoria dello Stato*, in *La sociologia di Marx*, cit.. A p. 132 è detto chiaramente: « Da chi proviene il socialismo di Stato, secondo il quale lo Stato assume la gestione dell'economia e diviene un principio superiore della società? Da un uomo che Marx ha aspramente combattuto: Ferdinand Lassalle ».

il teorico della « continuità storica dello Stato » e della « dominanza »: « La dominanza, secondo Lassalle, passerà alla classe operaia, se essa sa imporsi e imporre la sua impronta allo Stato, innanzi tutto attraverso la sua partecipazione al potere. La sua missione è dunque quella di impadronirsi dello Stato esistente, senza spezzare questo delicato e flessibile strumento, naturalmente; e cioè senza mettere fine all'universalità razionale verso cui esso tende. Attraverso quale via? Quella del suffragio universale e della lotta parlamentare, appoggiata e sostenuta dal movimento popolare » (94).

Il linguaggio di Lassalle non parla più nel senso di un superamento dello Stato, di una sua prossima distruzione. « Dominanza », « continuità », sono le parole-chiavi del suo discorso. La storia si sviluppa secondo un processo lineare dove non vi è posto né per la rottura né per la contraddizione dialettica. In *Sociologie de Marx* Lefebvre afferma che « Lassalle, hegeliano che si è creduto marxista, non ha capito lo Stato. Egli si è lasciato prendere la mano dalle giustificazioni della filosofia hegeliana, che descrive una certa realtà e l'identifica con la razionalità assoluta » (95).

A Rosa Luxemburg si è debitori di una delle prime analisi mondiali marxiste e della scoperta di alcuni importanti concetti che nella sua opera non saranno compiutamente sviluppati, quali lo scambio ineguale, il nesso tra centro e periferia, tra disintegrazione e integrazione; ma soprattutto, a giudizio di Lefebvre, a lei va il merito di aver posto con forza il problema del « modo di produzione capitalistico » e di aver messo in chiara luce il fatto che quest'ultimo « si definisce attraverso un duplice carattere: l'importanza preponderante dello Stato; la produzione di un sostegno spaziale dello Stato e della riconduzione dei rapporti di produzione » (96).

(94) H. LEFEBVRE, *Lo Stato*, II, p. 213.

(95) H. LEFEBVRE, *La sociologia di Marx*, cit., p. 187.

(96) H. LEFEBVRE, *Lo Stato*, II, p. 248.

Anche se molti fenomeni sono sfuggiti all'analisi di R. Luxemburg, Lefebvre riconosce che essa « apre il marxismo sulla sua stessa problematica, mentre la maggior parte degli altri autori, se non tutti, lo hanno bloccato ». (97).

L'aver collocato l'analisi dello Stato in una prospettiva mondiale, l'aver messo in rilievo il suo ruolo nella manipolazione dello spazio e nella formazione di centri e periferie, e infine la sua funzione connessa con la riconduzione dei rapporti di produzione, rappresentano, a suo parere, intuizioni veramente apprezzabili.

Se l'ultimo Marx e molti marxisti cadono nel rischio dell'economicismo, Lenin cade nell'errore opposto: trascurare i concetti economici a favore del volontarismo politico. Egli attinge da Engels e da Marx la sua concezione dello Stato, anzi « accentua la tesi di Engels e di Marx sulla rottura rivoluzionaria dello Stato (...). La rivoluzione spezza lo Stato, lo sostituisce con un altro Stato, 'proletariato organizzato in classe dominante'. Occorre perciò 'concentrare le forze distruttive contro la macchina esistente di Stato' » (98).

Ma la politicizzazione forzata ha una contropartita: essa « ha offuscato ogni concetto economico, ogni riflessione sulla organizzazione della produzione » (99) e la conseguenza è disastrosa: « Nel 1917 Lenin ha in testa un grandioso progetto: distruggere lo Stato esistente, costruire uno Stato *in via di deperimento*. Risultato: il contrario, uno Stato forte. Molto di più: una tappa capitale sulla via del consolidamento e della mondializzazione dello Stato » (100).

In Gramsci, invece, non si trova, secondo Lefebvre, un'analisi originale dello Stato, ma solo intuizioni nuove sulla tattica e sulla strategia politica. Il suo obiettivo è quello di porre

(97) *Ibidem*, II, p. 249.

(98) *Ibidem*, II, pp. 255-256.

(99) *Ibidem*, II, p. 260.

(100) *Ibidem*, II, p. 265.

in reciproca relazione il sapere con la prassi. Egli « reintegra la *conoscenza* nel movimento storico. Se le celebri sovrastrutture non stanno sospese in aria, se esse hanno una efficacia, se esse entrano con la loro base in 'blocchi storici', ciò avviene in quanto esse hanno una relazione con il conoscere » (101). Di qui deriva la rivalutazione degli intellettuali.

Da sottolineare anche la teoria del Partito che Gramsci concepisce come pensatore collettivo e « Principe » moderno e che in fondo comporta come conseguenza il consolidamento dello Stato e non il suo deperimento. Donde una certa ambiguità: « Critico della concezione politica che avrebbe condotto allo stalinismo, Gramsci la approva nel senso più inquietante e la spinge fino in fondo attraverso la teoria del principe » (102).

Stalin ha un posto privilegiato nell'analisi di Lefebvre in quanto « ha prodotto il *modo statale di produzione*, cioè qualcosa di nuovo e d'imprevisto, di incompatibile col pensiero definito marxista-leninista (...). Egli ha aperto la via su cui poi si è incamminato il mondo moderno » (103). Stalin ha colto la « logica » dello Stato, che mira alla equivalenza e alla identificazione di tutti gli elementi della società nello Stato e con lo Stato: « ha compreso la possibilità e l'efficacia di un piano di Stato teso ad ordinare tutto fin nei minimi dettagli. Un simile piano autoritario, centralizzato, di previsione, dotato di una coerenza imperturbabile e impeccabile, si fa carico della *crescita* confondendola con lo *sviluppo*. L'economico si identifica con il politico, nel grande processo di equivalenza e di indentificazione » (104). Con Stalin, lo si vedrà meglio più avanti; lo Stato, lungi dall'indebolirsi, nonché dallo scomparire, assurge a vera potenza dominatrice del-

(101) *Ibidem*, II, p. 287.

(102) *Ibidem*, II, p. 290.

(103) *Ibidem*, II, p. 300.

(104) *Ibidem*, II, p. 299.

l'intera società, a tal punto da inaugurare un nuovo modo di produzione.

Per quanto riguarda Mao-Tse-Tung, il suo insegnamento sembra consistere, secondo Lefebvre, nell'avvertimento che lo Stato può essere adoperato come forza repressiva operante attraverso norme giuridiche e morali e attraverso una sua logica, per immobilizzare e rendere passive le masse. Di modo che « Il rapporto tra lo Stato e la società civile, muta in modo quasi completo se lo Stato assorbe in sé la società civile imponendole tale identità o se è esso a subordinarsi alla società civile, lasciando agire forze sociali all'interno di quella » (105).

Al termine della sua ricostruzione della teoria marxista dello Stato, Lefebvre giunge alla conclusione che « lo Stato, nel corso della sua formazione, è stato mal colto dalla cosiddetta riflessione ' marxista ' » (106). Tuttavia essa resta il punto di partenza per una ripresa della teoria dello Stato, a condizione che si purifichi dagli eccessi dogmatici e dai rischi ideologici.

12. - Per quale ragione nel XX secolo lo Stato non solo non è scomparso, com'era nelle previsioni di Marx e di alcuni marxisti, ma si è consolidato e diffuso su scala mondiale? Come spiegare questa aporia?

Il momento positivo e costruttivo dell'analisi porta alla conclusione che al modo di produzione capitalistico si è sostituito gradualmente, in questo secolo, un nuovo modo di produzione, ossia il « modo di produzione statale » e s'impegna a definirne i caratteri e il funzionamento.

Attraverso l'esame del fondamento della vita sociale attuale, cioè lo scambio, che rende equivalente il non equivalente, mettendo in campo concetti appropriati all'oggetto pre-

(105) *Ibidem.*, II, p. 313.

(106) *Ibidem.*, II, p. 325.

so in esame, quali l'astrazione concreta e la forma, che realizza l'eguaglianza del non eguale, e studiando il ruolo dello Stato nella accumulazione primitiva e allargata, l'analisi di Lefebvre giunge a delineare la nuova realtà statale: « L'insieme delle forme costituisce il concetto di Stato, dispiegato dalla conoscenza critica. Lo Stato si costituisce come forma delle forme: come forma generale se non universale. (...) Lo Stato e il potere statale si consolidano attraverso un processo identico dappertutto perché dappertutto si verificano ricerca e dichiarazione d'identità. Lo Stato identifica attraverso l'efficacia terribile della triplice norma, logica, giuridica, etica » (107). E in un altro passo si esplicita il ruolo dello Stato moderno nell'attuale modo di produzione:

Direttamente, lo Stato interviene nella vita quotidiana attraverso le molteplici istituzioni, lo stato civile, il codice, il matrimonio e il divorzio, le imposte, la polizia. Indirettamente, attraverso il mezzo dei *media* e delle classi medie affiliate si introducono modi e modelli *patterns*, intorno a cui funziona la mimesi. Infine e soprattutto, azione decisiva e suprema, lo Stato identifica, rende omogeneo, livella, distrugge particolarità e differenze, riunisce le catene di equivalenze in una entità politica intera come una massa molle che lo statale struttura possedendola, dominandola, divorandola qualora se ne presenti l'occasione, in guerra e anche in pace! Il livellamento forzato del disuguale; l'equivalenza forzata del non-equivalente; l'identificazione forzata del non-identico; l'omogeneizzazione coercitiva del diverso e delle particolarità: ecco le funzioni maggiori, iniziali e finali, dello Stato. (...) Lo Stato diventa onnipotente (108).

Nel modo di produzione statale, lo Stato controlla i meccanismi dell'economia e gestisce, penetrandola fino in fondo, la società civile, che risulta schiacciata tra le due mole dell'economico e del politico, del mercato e dello Stato (109). Esso è astrazione, perché fondato su rapporti mediati, ma astrazione concreta, perché dotata di potenza per modellare concretamente la società. Lo Stato tende a integrare e assorbire in sé ogni aspetto di vita particolare e autonomo; servendosi

(107) *Ibidem*, III, pp. 157-158.

(108) *Ibidem*, III, pp. 132-133.

(109) *Ibidem*, III, p. 163.

della forma logica, morale e giuridica, organizza la vita quotidiana e, attraverso la mediazione di ogni rapporto sociale, tende a eliminare le contraddizioni che potrebbero minacciarlo, in modo che nulla possa sfuggire al processo di identificazione e centralizzazione statale.

Collegato e funzionale a tale processo è anche il fenomeno della istituzionalizzazione di tutte le attività, abituali e rivoluzionarie; fenomeno attraverso il quale lo Stato realizza il modo di produzione statale: « L'ipotesi qui sostenuta e confermata da analisi sempre più vicine al concreto è che lo Stato (politico) si impadronisce della società intera, in primo luogo della crescita economica, attraverso una strategia che muta in istituzioni tutte le organizzazioni e tutte le attività sociali. Tale Stato si comporta da centro di istituzionalizzazione e contemporaneamente come centro di decisioni » (110).

Tutti gli Stati, sia capitalisti, sia socialisti, hanno realizzato o tendono a realizzare il modo di produzione statale, anche se per vie diverse e con manifestazioni differenti.

13. - Dove va la storia? Quali sono le possibilità insite nel processo in corso che ha come protagonista lo Stato? Come intervenire per favorire quelle che garantiscano condizioni di sviluppo e di progresso e non di ulteriore stabilizzazione dell'ordine costituito?

Questi i problemi cruciali con cui Lefebvre deve, in ultimo, fare i conti.

Si è già accennato alla tendenza propria dello Stato, nell'attuale modo di produzione, a riprodurre le condizioni della sua esistenza e della stabilità del quadro politico sociale ed economico, e a eliminare al suo interno ogni possibile evoluzione dialettica.

(110) *Ibidem*, III, p. 180.

È doveroso, a questo punto della nostra ricerca, considerare più da vicino, da un lato gli strumenti di cui lo Stato si serve per conseguire i suoi scopi e, dall'altro, le possibilità di opposizione alla sua azione fossilizzatrice.

A questo proposito va subito detto che l'arma del potere statale è la logica, il cui fondamento è il principio di identità, e la cui funzione in campo politico è di portata incalcolabile, in quanto elimina la contraddizione, consentendo la ripetizione dell'uguale: « La logica statale procede per *identificazione* e per *ripetizione*, ovvero effettuando praticamente l'identità ripetitiva $A \text{ è } A$. (...) La riduzione delle differenze e l'omogeneità dominata dallo Stato si conseguono attraverso questo semplice e terrificante procedimento: *l'identità ripetitiva*. È in questo modo che lo Stato blocca le condizioni dei propri elementi, pronuncia ed esegue la condanna a morte di quelle contraddizioni che sono in grado di fornirgli movimento, e irrigidisce e fissa il sociale » ⁽¹¹¹⁾.

La logica, mediata dalla strategia, è lo strumento del dominio: essa contiene « una strategia, che si sviluppa in modo non contraddittorio, estirpando ed annullando le minacce di conflitti. (...) la logica ha per contenuto la potenza stessa. (...) essa implica una volontà sia di dominare sia di riprodurre il dominio riducendo — teoricamente e praticamente — le forze contrarie » ⁽¹¹²⁾. La logica, inoltre, tende a fagocitare la dialettica: « L'Identitario supremo riconduce alla dualità (...) le più complesse relazioni, specialmente quelle triadiche. In altre parole, il dialettico è ricondotto con violenza al logico » ⁽¹¹³⁾.

Se la logica è lo strumento del dominio, la dialettica, accentuando le contraddizioni presenti, è l'arma della rivolu-

(111) *Ibidem*, pp. IV, pp. 32-33.

(112) *Ibidem*, IV, p. 26).

(113) *Ibidem*, IV, pp. 34-35.

zione. Su di essa fanno leva le forze del rinnovamento del futuro :

Alla potenza della logica replica quella della dialettica. Strumento dei deboli, degli oppressi, la dialettica lavora in profondità; non si tratta forse di un altro nome della « vecchia talpa »? Il divenire dialettico procede rodendo, sconvolgendo ciò che esiste: istituzioni e ordinamenti, splendore monumentale e teatrale, fasti del potere costituito. (...) Quando l'individuo si distacca dal gruppo e dallo Stato, quando da questo stesso Stato si distacca la classe dominata o la regione, si ricostituisce allora, con la forma triadica, il movimento dialettico. Con la mobilità e la multidimensionalità viene riconquistata la contraddizione. La dialettica, come la logica, è politica (114).

La dialettica può aprire una breccia nel modo di produzione statale facendo leva sulle sue numerose contraddizioni, tra cui è importante, ai fini dell'azione rivoluzionaria, evidenziare quella principale, che, secondo Lefebvre, è legata all'organizzazione dello spazio. Infatti lo Stato moderno, gestore del modo di produzione statale, si trova preso tra due fuochi: ciò che lo scavalca e lo minaccia su scala internazionale e mondiale, cioè il mercato, i trasferimenti di capitali, le imprese multinazionali che lo riducono « a mera polizia di uno spazio nazionale »; e ciò che gli si oppone dal di dentro, « dall'al di qua », vale a dire le regioni, le periferie, « le differenze in movimento, unite alle lotte di classe » (115). Ci si trova così dinanzi ad un dilemma: se si rafforza lo Stato per combattere il potere crescente delle multinazionali, si sacrificano le istanze particolari; se invece, per favorire queste ultime, si sopprime lo Stato, il potere delle imprese mondiali dilagherebbe invadendo il campo delle autonomie e delle libertà locali e detterebbe leggi in ogni campo della vita sociale. La soluzione sta in una via di mezzo: « Non si può sopprimere lo Stato, né consolidarlo definitivamente. Oggi non più di ieri non è possibile proporre l'abolizione immediata dello Sta-

(114) *Ibidem*, IV, pp. 41-42.

(115) *Ibidem*, IV, p. 52.

to, che è possibile invece spingere, ed anche costringere, alla lotta contro le imprese mondiali. Tuttavia, e questo è fondamentale, l'aggiornamento dello Stato può aver luogo in due maniere *contraddittorie*: l'una lo modifica in un'entità stabilizzata: l'altra lo subordina alla società, dunque lo impegna sulla via del deperimento indicata da Marx e Lenin. Ne risultano prefigurazioni del futuro diverse ed anche opposte » ⁽¹¹⁶⁾.

Il primo procedimento implica: « autoritarismo, centralizzazione; concentrazione dei poteri » ⁽¹¹⁷⁾, il secondo, invece, che costituisce la « nuova via », comporta: « controllo democratico dalla base di ogni apparato di Stato, dunque mandati imperativi e limitati, non soltanto ai rappresentanti, ma allo stesso Stato (azione contro le multinazionali); (...) decentralizzazione effettiva; autogestione della produzione e del territorio (con la sua problematica) » ⁽¹¹⁸⁾.

Questo secondo indirizzo provoca un rovesciamento di situazione, nel senso che pone in primo piano l'attività della base, la creazione di « contropoteri » a tutti i livelli, e la lotta reale contro il potere politico esistente; « Con nuove argomentazioni, che scaturiscono dall'attuale situazione mondiale, questa direzione di marcia riprende la tesi della *dittatura del proletariato con il deperimento dello Stato attraverso la democrazia stessa* » ⁽¹¹⁹⁾.

Se nel MPS la società è sottomessa allo Stato, il procedimento della « nuova via » provoca una inversione di rotta conducendo all'assorbimento dello Stato « in una socialità sviluppata e arricchita » ⁽¹²⁰⁾. Quindi, non società che sia strumento dello Stato, ma Stato che sussista in funzione della

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*, IV, pp. 55-56.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*, IV, p. 57.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*, IV, p. 58.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*, IV, p. 59.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*.

società. Il movimento dialettico intravede questo orizzonte, questo « non ancora », al di là della barriera dello Stato e del sistema degli Stati; è il nuovo futuro che si affaccia alle porte della storia ostacolato dalle forze della conservazione: « Su scala mondiale, il Sistema degli Stati introduce la mondialità contro la storicità e disegna i contorni dello spazio planetario, risultante non dal passato storico ma da nuovi fattori (. . .). Il secondo indirizzo qui abbozzato prolungherebbe la storicità dinamicamente, senza bruschi tagli o fratture, mentre il primo imporrebbe una statica politica che darebbe l'ultimo tocco alla storia, non senza utilizzarla a morte, cioè non come un *termine* razionale, com'era nella concezione di Hegel, ma *finendola* » (121).

Protagonisti dell'azione sovvertitrice possono essere solo gli esclusi dalla società dominata dallo Stato, coloro che lo Stato non riesce ad integrare nel suo corpo e che possono costituire il residuo irriducibile che porterà al dissolvimento la totalità statale:

« Questa massa enorme e crescente attende silenziosamente un cambiamento radicale: *un altro modo di produzione*, un'altra forma di organizzazione della società: la via nuova » (122).

14. - Al termine della presentazione di questa teoria dello Stato non si può non prendere atto dello sforzo notevole e di vasta portata, operato da Lefebvre, per portare alla luce i modi e i caratteri della nuova totalità rappresentata dallo Stato e per combatterne la pretesa di ergersi a momento asso-

(121) *Ibidem*, IV, pp. 60-61.

(122) *Ibidem*, IV, p. 264.

luto e conclusivo della storia; notevole anche il tentativo di ricerca di nuove possibilità, di nuove sintesi garantite dall'inesauribile dinamismo dialettico che agisce per mezzo della contraddizione.

Tirando le somme, si può affermare che il discorso di Lefebvre sullo Stato, che mette capo a un progetto di superamento del predominio dello statale e di transizione a forme di socialità nuove e arricchite, divergente sia dalla prospettiva ideologico-strutturalista propria di certo marxismo, sia da quella anarchico-nichilista, si sostanzia di elementi utopici che vengono abilmente fatti interagire con quelli di natura più spiccatamente analitica della teoria critica.

Nel corso di questa ricerca è apparsa fin troppo scoperta ed energica la denuncia, da parte di Lefebvre, della riduzione del marxismo a ideologia mistificante, che nasconde dietro una facciata rivoluzionaria e progressista la sua anima reazionaria, e che si piega a fare il gioco dello Stato, mettendo il sapere e la conoscenza a servizio della sua smisurata volontà di potenza. Questa ideologia è lo strutturalismo e la sua applicazione in campo politico si chiama: stalinismo.

Il suo progetto in ordine al politico e al sociale si potrebbe definire come il tentativo di sottoporre lo Stato e il suo sviluppo a un processo di razionalizzazione cibernetica, ossia che tende a instaurare una programmazione della realtà statale in modo da dar vita a un sistema compatto e chiuso a ogni possibile evoluzione, dove non sia concesso alcuno spazio alla libera creatività e alla spontanea iniziativa, ma tutto sia centralizzato, predeterminato in base a leggi che stabiliscono la funzione delle diverse componenti all'interno della totalità e che regolano la riproduzione delle condizioni di sopravvivenza del sistema. L'arma di cui ci si serve, si è visto, è la logica identificatrice presa come strumento politico, e l'effetto che si produce o si tende a produrre è l'assimilazione

del funzionamento dello Stato agli ingranaggi di una macchina.

Questa prospettiva, secondo Lefebvre, pecca di eccessivo statalismo: l'idea della transizione verso una nuova forma di organizzazione sociale viene svuotata di forza reale e di significato dall'ergersi maestoso dello Stato dominatore e centralizzatore di tutti i poteri, quasi nuova incarnazione del principio zeusico o faraonico, che, attraverso la manipolazione del sapere, è in grado di mettere a frutto l'arte della persuasione allo scopo di presentarsi come l'unica, eternamente valida, garanzia di progresso.

La prospettiva nichilista, invece, se da una parte usa abilmente l'arma della critica negativa delle forme politiche e statuali, dall'altra pecca per difetto sul piano costruttivo, ossia manca di proposte alternative concrete con cui riempire lo spazio lasciato vuoto dalla furia distruttiva della critica dei poteri costituiti, correndo il rischio di caduta nell'anarchismo più deteriore.

Per evitare gli eccessi, contrapposti ma entrambi pericolosi, dello statalismo e dell'anarchismo, la « via nuova » di Lefebvre punta sulla utilizzazione di due principi diversi che, però, si integrano reciprocamente: « la forza analitica della teoria e l'efficacia pratica dell'immaginazione utopica » (123).

Il momento teorico-critico è necessario perché l'analisi della società, dello Stato e delle loro contraddizioni mette in luce il possibile sviluppo dialettico di una situazione storica, quindi è il fondamento di ogni serio progetto di transizione. Se si prescinde dalla teoria critica altro non si produce se non vani e sterili conati rivoluzionari. E lo studio della realtà statale odierna, cui Lefebvre si è dedicato, risponde proprio alla esigenza di analizzare criticamente l'attuale assetto

(123) Cfr. l'intervista a Lefebvre *La prova difficile dell'eurocomunismo*, in « *Rinascita* », n. 27, luglio 1978, p. 25.

politico mondiale per esaminare se e come sia possibile indirizzare verso una precisa direzione il processo storico in corso, se e come sia possibile trovare una via di liberazione dalla morsa del predominio statale, se e come sia possibile, in altri termini, dare fondamento a eventuali tentativi di rinnovamento della vita sociale e politica.

Se la teoria critica è necessaria, non è, tuttavia, sufficiente per la riuscita dei progetti di transizione, perché non porta meccanicisticamente al raggiungimento della meta intravista. L'analisi dello Stato e delle sue contraddizioni rivela i punti deboli del sistema e offre schemi di possibilità verso cui indirizzare la prassi trasformatrice, ma non è causa efficiente e necessitante del piano progettato, di modo che l'esito storicamente prodotto potrebbe anche non coincidere con quello individuato per mezzo della teoria critica. Questo vuol dire Lefebvre quando afferma, nell'intervista sull'eurocomunismo rilasciata a « Rinascita », che le contraddizioni dello Stato moderno e quelle innescate dal movimento operaio possono « avviare un processo pericoloso di decomposizione dello Stato (...) senza che ciò, ovviamente, significhi in alcun modo la sua 'razionale' estinzione, il suo 'riassorbimento' nella società civile » (124).

Per rimediare alle carenze che la teoria critica presenta sul piano della realizzazione pratica della transizione al socialismo, Lefebvre ricorre alla rivendicazione della necessità di spinte di natura utopica, non di tipo astratto ma concreto, ossia poggiate sull'analisi delle possibilità offerte dalla realtà storica attuale. « Come si può pretendere di cambiare le istituzioni e la società senza riattivare al massimo tutto il valore progettuale e la efficacia pratica dell'utopia? » (125) si chiede Lefebvre nella medesima intervista.

(124) *Ibidem*.

(125) *Ibidem*, p. 16.

La realizzazione di una nuova forma di organizzazione della società non ha luogo se non è anche sperata, voluta, soprattutto da parte di quelle forze dalla potenzialità ancora imbrigliata, di quei gruppi oppressi dal modo di produzione vigente che costituiscono il fermento della società, perché lottano, sperimentano, rivendicano il compimento dei sogni che prefigurano un avvenire qualitativamente diverso. « La realizzazione del possibile — afferma Lefebvre — implica anche la capacità di volere l'impossibile. L'utopia assume un carattere di urgenza se tende a ridefinire « il 'socialismo' e il 'comunismo' non attraverso lo statuale e il politico, ma attraverso la loro critica » (126).

Il marxismo di Lefebvre, per dirla con espressioni prese in prestito da Bloch, intende porsi all'incrocio tra la « corrente fredda » e la « corrente calda », poiché mira ad articolare il momento dell'analisi tecnica e scientifica con quello utopico della pura aspirazione e volizione del « non-ancora » compiuto.

Il ricorso alla vena utopica, se da un lato può essere considerato un pregio, dall'altro può costituire un limite, un punto debole della teorizzazione lefebvrina del superamento dell'attuale modo di produzione statuale. Un pregio, perché evita il rischio di una caduta in una concezione meccanicistica dei processi socio-politici e permette di salvare la teoria critica che, considerata singolarmente, rimarrebbe condannata alla sterilità sul piano della prassi trasformatrice. Un punto debole, perché l'utopia presenta sempre una intrinseca incompiutezza, ossia difetta dal punto di vista della garanzia della realizzazione di ciò che propone o rende raggiungibile con il contributo di efficacia di cui è portatrice.

Il limite, in definitiva, è dato da una concezione imperfetta della ragione, risolta nella dialettica e usurata nella dia-

(126) *Ibidem*, p. 25.

letticità, senza che nessun punto o ideale o morale faccia da attrazione assiologica, in modo finalistico. In fondo, non è data nessuna prefigurazione dell'ulteriore e del nuovo. Senza sapere, anche implicitamente, il verso dove, com'è possibile delineare con consapevolezza la misura della critica e della edificazione?

SERGIO ANTONELLI

NOTE SUL SISTEMA BICAMERALE
NELL'ATTUALE ORDINAMENTO ITALIANO (*)

(*) Manoscritto consegnato nell'ottobre 1979 (*nota redazionale*).



SOMMARIO: 1. Alcune recenti proposte di soppressione del Senato della Repubblica. — 2. Precedenti storici della questione del bicameralismo: l'introduzione del Senato nello Statuto. — 3. Giustificazioni accolte in proposito dai giuristi dell'epoca statutaria. Prevalenza generica di considerazioni fondate su osservazioni storico-comparatistiche. — 4. Presupposti generali di tali considerazioni. — 5. Cenno sulle obiezioni al bicameralismo da parte dei fautori delle teorie democratiche radicali. — 6. Obiezioni mosse dagli interpreti dello Statuto alle ragioni adotte a giustificazione della seconda Camera. — 7. Richiami degli stessi interpreti ad esigenze di « tecnicismo costituzionale ». — 8. Significato odierno delle critiche rivolte in passato contro la evoluzione pratica del Senato regio. — 9. Cenni sul problema della « seconda » Camera all'Assemblea Costituente. — 10. Critiche al Senato della Repubblica dopo la sua costituzione e prime aspirazioni di riforma. — 11. Raffronto tra le critiche mosse al Senato della Repubblica e le critiche proposte in passato contro il Senato del Regno. — 12. Tendenze all'unicameralismo in effetti risultanti nel nostro quadro istituzionale. — 13. Prevalenza dei motivi favorevoli alla conservazione di due Camere. — 14. Necessità di un riesame delle ragioni classiche del bicameralismo alla luce delle condizioni storico-ambientali della Repubblica italiana. — 15. Dubbi sulla rispondenza alla realtà odierna dei progetti di trasformare il Senato in « Camera delle Regioni ». — 16. Riferimenti, per la questione in esame, ai caratteri della forma di governo quale in effetti vigente. — 17. Considerazione realistica di alcuni elementi differenziali del Senato. — 18. Cenni sugli aspetti funzionali del nostro bicameralismo. — 19. Richiami alle differenti evoluzioni nella prassi e nei regolamenti delle due Camere. — 20. Confronto di posizione giuridica complessiva tra i Presidenti dei due rami del Parlamento. — 21. La misura diversa del rilievo giuridico conferito ai gruppi parlamentari come criterio utile a chiarire la distinzione fra i regolamenti delle due Camere. — 22. Cenni circa taluni poteri conferiti ai Presidenti dei gruppi parlamentari nelle disposizioni del regolamento della Camera dei Deputati. — 23. Le due concezioni generali del Parlamento, come consociazione dei gruppi e come collegio composto dai singoli parlamentari. Riferimento a tali due concezioni allo scopo di precisare i caratteri sostanziali del nostro sistema bicamerale. — 24. Connessione con altri profili e risultati della prassi: la tendenza a deferire al Senato una priorità nella disamina delle questioni regionali. — 25. Connessioni con la diversificazione delle discipline di diritto parlamentare attinenti alla questione di fiducia. — 26. Osservazioni finali.

1. - Nelle più recenti discussioni intorno ai problemi delle riforme istituzionali è venuta a riproporsi la questione del bicameralismo.

Non si tratta più di richieste e proposte di modificare la

composizione o le attribuzioni della seconda Camera parlamentare, in modo da differenziarla dalla prima: con la trasformazione in una Camera rappresentativa delle categorie professionali ⁽¹⁾, ovvero in una Camera delle Regioni ⁽²⁾.

È, invece, messa in causa la opportunità e la esistenza stessa di una seconda Camera, più precisamente del Senato della Repubblica ⁽³⁾.

(1) È la tesi sostenuta da C. MORTATI, *La rappresentanza di categoria*, ora in *Raccolta di scritti*, IV, *Problemi di politica costituzionale*, Milano 1972, p. 23 ss., del quale v., anche, l'intervento al II dibattito, dal titolo *Che fare nel sistema*, pubblicato nel fascicolo de *Gli Stati* del giugno-luglio 1974, ove è ribadita l'esigenza di dar vita ad un consesso che rifletta, per ogni regione, le grandi categorie degli interessi economici, professionali e culturali. Nello stesso senso v., anche L. BACOLINI, *La crisi dello Stato*, in *Crisi e trasformazione delle istituzioni*, Milano 1969, p. 33 ss.; P. L. ZAMPETTI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, ibidem, p. 53 ss.; G. BRUNI ROCCIA, *Rappresentanza e istituzioni parlamentari*, ibidem, p. 91 ss.; M. BON VALSASSINA, *Di una possibile riforma del Senato*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze 1969, p. 69 ss.

(2) In questo senso, segnatamente, N. OCCHIOCUPO, *La « Camera delle Regioni »*. Milano 1975 (da cui sono tratte le ulteriori citazioni). Il lavoro di Occhiocupo, oltre che nel vol. XVI degli *Studi parmensi*, è pubblicato anche in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano 1977, p. 400 ss. Dello stesso Occhiocupo, v., anche, *Proposte e dibattiti sulla Camera delle Regioni*, in *Le Regioni*, 1976, n. 4, p. 749 ss.

V., anche, P. BARILE-C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione. Una « ricognizione » trent'anni dopo*, Torino 1979, p. 16 ss. Il Barile, premesso che « una ghirlanda di grossi nodi circonda il problema del Parlamento », si esprime negativamente, in base ad una ricognizione della Costituzione « vivente », sull'attuazione concreta italiana del bicameralismo e si pronuncia per la trasformazione del Senato in « Camera delle Regioni », non condividendo la tesi di G. U. Rescigno che il bicameralismo sia « momento di arretratezza sul terreno democratico ».

(3) In questo senso v. S. SECHI, *Proposta alle Sinistre: aprire una campagna per abolire il Senato*, in *Il Corriere della sera*, 7 settembre 1979. La tesi era già stata delineata in un precedente articolo dello stesso Sechi, dal titolo: *Come conciliare democrazia e Repubblica presidenziale*, in *Il Corriere della sera*, 19 agosto 1979.

Per le discussioni ed i dibattiti suscitati dagli articoli di Sechi, ed ai quali hanno preso parte, sulla stampa quotidiana, noti cultori del diritto costituzionale di vario orientamento (v., tra gli altri S. TOSI, *Abolire il Senato? semmai diversificarlo*, in *Il Resto del Carlino*, 18 settembre 1979; G. FERRARI, *Abolire il Senato? E perché non la Camera?*, in *Il Secolo XIX*, 19 settembre 1979, che propone argutamente di restituire ... al « sociale », i 630 deputati anziché i senatori che sono appena la metà; V. CRISAFULLI, *Il Senato non è un'Assemblea inutile*, in *Il Corriere della*

La disputa ha acquistato maggior rilevanza, in confronto ad altre discussioni recenti sulle riforme istituzionali e costituzionali, per l'intervento autorevole dei Presidenti dei due rami del Parlamento: l'on. Nilde Iotti ⁽⁴⁾ ed il senatore Amintore Fanfani ⁽⁵⁾. Nè possono essere trascurati i notevoli con-

sera, 14 settembre 1979, sulla quale vedi, anche, *infra*, il richiamo a pag. 30 e *ivi* nota 63), v. la puntuale messa a punto di P. ARMAROLI, *La democrazia di Saint Just non prevede il bicameralismo*, in *Prospettive nel mondo*, IV, n. 1, 39-40 (sett.-ott.) 1979, p. 54 ss., ove è raccolta ampia bibliografia. Nello stesso fascicolo di *Prospettive nel Mondo*, dedicato al tema « La funzionalità delle istituzioni » (con saggi di A. M. SANDULLI, V. CRISAFULLI, S. GALEOTTI, S. TOSI, A. FANFANI, G. ANDREOTTI, A. BOZZI, A. BATTAGLIA), si veda (a p. 80 ss.) la rassegna *La stampa sulle istituzioni*, a cura di C. ALBERTINI.

La Rivista preannuncia, a p. 4, un ulteriore numero dedicato alla complessa materia con contributi di politici e costituzionalisti.

(4) V. N. IOTTI, nell'intervista a *Il Tirreno*, 16 settembre 1979, che esprime il suo personale favore per il sistema unicamerale. V. anche *L'Unità*, del 16 settembre 1979, ove è riferito il pensiero della stessa Iotti sul problema della lentezza della formazione delle leggi che « troverebbe un sostanziale correttivo nell'introduzione di un sistema che prevede l'affidamento dei compiti legislativi ad un solo ramo del parlamento, il che non comporta necessariamente l'abolizione del sistema bicamerale, ma piuttosto una diversa organizzazione (su cui ovviamente bisogna riflettere anche con fantasia costituzionale) dei compiti e dei lavori delle assemblee ». Un richiamo di cronaca alle posizioni dell'on. Iotti in *La Repubblica*, 18 settembre 1979.

Si è rilevato, criticamente, (L. D'AMATO, in *Vita*, 26 settembre 1979) come il Presidente della Camera dei deputati « dimenticando irrinunciabili questioni di stile e certe regole di prudenza connesse alla carica » si fosse « schierata dalla parte di chi crede di poter guarire la Repubblica amputando uno dei due rami del Parlamento, nella fattispecie il Senato ».

A conclusione del recente dibattito sul bilancio interno della Camera dei Deputati — che ha dato occasione ad un serrato confronto parlamentare sui temi di attualità della riforma istituzionale ed in ispecie, sul bicameralismo, il Presidente della Camera dei deputati, on. Iotti, dopo aver ricordato di aver espresso in altre sedi ed a titolo personale, l'opinione che « si debba andare ad una distinzione di funzioni tra le due assemblee », ha detto (riunione dell'11 ottobre 1979; *Res. somm. Cam. Dep.*, n. 35 [1979], p. 10) di ritenere inopportuno riprendere il discorso dal suo seggio, aggiugnendo, peraltro, che « le obiezioni ... non mi hanno affatto convinto » (v. *L'Unità*, 12 ottobre 1979, nonché la nota di G. SELVAGGI, in *Il Messaggero*, 12 ottobre 1979).

(5) Nella seduta del Senato della Repubblica del 28 settembre 1979, il sen. Amintore Fanfani, in polemica con le dichiarazioni del Presidente della Camera dei deputati, on. Nilde Iotti, e quelle di altri esponenti politici, difendeva il ruolo del-

tributi alla trattazione dell'argomento dati da parlamentari dei diversi gruppi politici nel corso della recente discussione sul rendiconto consuntivo e sul bilancio interno dell'assemblea di Palazzo Madama (6).

2. - A ben guardare, la questione non è certo nuova, poiché l'opportunità dell'esistenza di una seconda Camera era stata dibattuta fin dal principio del movimento costituzionalistico in Italia. E si potrebbe risalire fino all'alba dell'illuminismo, alla Rivoluzione francese ed ai moti successivi nel Continente europeo (7).

Si può anche ricordare come nelle pagine di uno fra i personaggi più illustri del nostro Risorgimento, Cesare Balbo, tanto fosse viva la critica della « costituzione spagnola del 1812 » e di quella francese del 1791, anche proprio perché in

l'Assemblea di Palazzo Madama e, più in generale, il sistema bicamerale, sottolineando il prestigio del Senato « specialmente nel momento in cui si leggono prese di posizione, non sempre fondate su una adeguata conoscenza dei termini e delle implicazioni di vari e complessi problemi, che vorrebbero sollecitare uno spiccicativo benservito a questo ramo del Parlamento ». Per le dichiarazioni del sen. Fanfani vedi *Il Tempo*, 29 settembre 1979.

(6) « Senato della Repubblica » - VIII Legislatura - 43a. e 44a. Seduta pubblica 1979: *Res. sommario* (docum. VIII, n. 2) p. 3 ss., ove sono da rilevare, in particolare, gli interventi dei Senatori: Modica (PCI), Filetti (MSI-DN), Ardelini (Sin. ind.); Bartolomei (DC), Iannelli (PSI), tutti, con varie sfumature ed accentuazioni diverse, contrari alla soppressione, od « autosoppressione », del Senato.

(7) In proposito, sono opportuni alcuni richiami bibliografici alla più antica letteratura nella quale si trova dibattuto il problema della convenienza di un secondo corpo legislativo, oltre a quello cui direttamente danno luogo le elezioni popolari. V. G. B. UGO, *Il Senato nel governo costituzionale*, Torino 1881; F. LAMPERTICO, *Lo Statuto e il Senato*, Roma 1886; L. PALMA, *La riforma del Senato in Italia*, nel volume collettivo *Questioni costituzionali*, Firenze 1885, cap. V., p. 235 ss.; C. AFFIERI DI SOSTEGNO, *Il Senato e la democrazia nel Regno d'Italia*, Firenze 1882; *Del carattere, dell'autorità e della dignità del Senato secondo lo spirito dello Statuto Albertino*, Roma 1887; *La questione della riforma del Senato*, Roma 1888; H. DE FERRON, *De la Division du pouvoir législatif en deux chambres*, Paris 1885; H. DESPLACES, *Sénats et chambres hautes*, Paris 1893. Per ampia letteratura, fino alla soglia del II conflitto mondiale, v. R. CERCIELLO, s.v. *Senato*, in *Nuovo Digesto italiano*, XII, 1°, Torino 1940, p. 1 ss.

esse era stato introdotto il principio unicamerale ⁽⁸⁾. La discussione di allora sulla « Costituzione di Spagna » appare oggi ancora importante, posto che questa costituzione era riguardata come uno dei modelli tipici nel nostro Risorgimento ed era divenuta oggetto di molte dispute, dopo i moti del 1821 ⁽⁹⁾.

La questione venne a proporsi anche al momento della formazione del nostro Statuto.

Nel Consiglio di Conferenza del 7 febbraio 1848, convocato in via straordinaria da Carlo Alberto, dopo vari ripensamenti, la scelta venne a cadere sul modello costituzionale francese allora vigente, la Costituzione del 1830, come il più idoneo alla modificazione del regime politico piemontese ⁽¹⁰⁾.

(8) V. C. BALBO, *Della storia d'Italia dalle origini fino ai nostri giorni. Sommario*, a cura di G. TALAMO, Milano 1962, *Appendice* (Anni 1814-1848), p. 520, il quale, a proposito della proclamazione nel Regno di Napoli nel 1820 della Costituzione spagnola del 1812, lapidariamente rileva « un re senza veto né libertà di re né di cittadino; una sola camera, una commissione permanente ne' recessi di questa, una così detta monarchia con istituzioni repubblicane; la peggiore delle monarchie e delle repubbliche; la forma di governo rappresentativo la più contraria a tutta la scienza rappresentativa ». Dello stesso autore v., *Della monarchia rappresentativa in Italia. Saggi politici di Cesare Balbo, con l'aggiunta Degli Statuti italiani*, ed. Italia (sic) 1860, p. 303 ss. con una illuminante e densa trattazione teorico-generale sulla Camera Alta (o dei Pari o Senato).

(9) Per indicazioni, in proposito, v. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, I, Bari 1977, p. 9 ss. e *passim*. Il Ghisalberti (p. 22 s.) sottolinea come in Italia vi sia stata « un'approfondita e consapevole meditazione » intorno ai modelli costituzionali da scegliere.

Secondo quanto riportato nella memorialistica, nei moti piemontesi del 1821, la nobiltà del Regno sardo era disposta ad associarsi al tentativo costituzionale di Carlo Alberto nella speranza di essere inserita nel nuovo ordinamento attraverso la partecipazione ad una Camera Alta dei Pari sul modello britannico. Peraltro, a seguito della proclamazione della Costituzione di Spagna con sistema unicamerale, gli stessi nobili delusi avrebbero deciso di restar fuori dai moti.

In proposito, v. le notizie riferite in RICCI (*Raffaello*), *Memorie della baronessa Olimpia Savio*, Milano 1911, I, pag. 102 s.

(10) V., in specie, E. CROSA, *La concessione dello Statuto. Carlo Alberto e il Ministro Borelli, « redattore » dello Statuto (con lettere inedite di Carlo Alberto)*, Torino 1936, p. 39 s. Sempre del Crosta è interessante il saggio, *Lo Statuto del 1848 e l'opera del Ministro Borelli*, in « *Nuova Antologia* », V serie, vol. CLXXVII, (maggio-giugno) 1915, p. 533 ss.

Per conseguenza, la decisione assunta fu per la duplicità delle Camere, per il cosiddetto sistema bicamerale ⁽¹¹⁾. Il ministro Revel concluse un lungo discorso, esprimendo il pensiero che il Re non dovesse « dividere la propria autorità con un sol corpo, ma con due »; il ministro des Ambrois de Nevache (che fu, poi, dal 1874 Presidente del Senato) soggiungeva esservi « un punto principale e decisivo, la bilancia dei poteri » e da ciò la necessità di due Camere. Venne, quindi, approvato all'unanimità l'art. 6 del Proclama reale da pubblicarsi il giorno seguente ⁽¹²⁾. Lo stesso articolo passò, poi, nello Statuto senza ulteriore esame, nella formula dell'art. 3: « Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato, e quella dei Députati ».

Le vicende che portarono alla concessione dello Statuto albertino, considerate sotto il profilo della storia costituzionale ⁽¹³⁾, rivelano come, anche allora, fossero ben presenti tutte le implicazioni politico-istituzionali proprie del bicameralismo.

3. - È interessante notare come fra i giuristi dell'epoca statutaria permanesse vivo l'interesse per le dispute sulle ragioni o giustificazioni della esistenza di una seconda Camera o Camera alta.

(11) Oltre ai lavori del Crosa citati alla nota precedente, vanno ricordati: A. MANNO, *La concessione dello Statuto, notizie di fatto documentate*, Pisa 1885; D. ZANICHELLI, *Lo Statuto di Carlo Alberto, secondo i processi del Consiglio di Conferenza dal 3 febbraio al 4 marzo 1848*, Roma 1898; G. MARANINI, *Le origini dello Statuto Albertino*, Firenze 1926. Per altre indicazioni sul lavoro svolto dal Consiglio di Conferenza, v. i *Verbali del Consiglio di Conferenza* (7 gennaio - 4 febbraio 1848), in G. FALCO, *Lo Statuto Albertino e la sua preparazione*, Roma 1945; A. C. JEMOLO, *Camera e Senato: rapporti e contrasti*, in *Il centenario del Parlamento 1848-1948*, Roma 1948, p. 357 ss.; NEGRI GU., s.v. *Bicameralismo*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, p. 352 ed ivi ampia bibliografia.

(12) Nell'art. 6 del Proclama reale dell'8 febbraio 1848, era testualmente previsto: « Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere ».

(13) Si può ricordare, di volo, che secondo voci autorevoli, occorre talora tener distinti i profili propri della « storia costituzionale » da altri ordini di cono-

Si faceva riferimento, in ispecie, al consenso comune dei popoli ordinati a regime libero, consenso provato dai dati storici e dall'osservazione comparatistica ⁽¹⁴⁾.

Emblematico appare, in proposito, il pensiero dell'Orlando, espresso nelle pagine dei suoi meritatamente celebri *Principii*: « Dal lato *positivo*, interessa innanzitutto rilevare come, per controversia che vi sia fra gli scrittori, l'istituzione di una Camera alta (o dei Pari, o Senato, o altrimenti detta) vige in quasi tutte le costituzioni moderne e, in ispecie, presso quelle in cui il sistema rappresentativo è l'effetto di una evoluzione storica non interrotta, l'Inghilterra. Ciò basterebbe ad indicare che la ragione dell'esistenza di questo istituto è, principalmente, *storica* » ⁽¹⁵⁾.

Il passo riferito va messo in rapporto con l'attenzione per il dato storico, sempre presente nel pensiero di V.E. Orlando, nonostante la sua dichiarata adesione al metodo giuridico puro professato dai giuristi germanici ⁽¹⁶⁾.

Non si tratta nel caso, peraltro, di questione di metodo giuridico puro o di apertura all'elemento storico, quanto piut-

scenza storica, come la « storia del pensiero politico », in quanto lo svolgimento dei vari processi storici risulta diverso. V. R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo*, trad. it., Milano 1979, p. 31 s. In generale, v., anche, O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, trad. it., Milano 1970, p. 1 ss., *passim* ed, ivi, introduzione di P. A. SCHIERA, p. XI ss.; E. W. BÖCKENFORDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono*, trad. it., con introduzione di P. A. SCHIERA, Milano 1970.

⁽¹⁴⁾ V., ad esempio, F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino 1909, p. 104, che, a proposito del bicameralismo inglese osserva: « L'esperienza più volte secolare dimostrò poi di giorno in giorno quanto fosse proficua alla cosa pubblica la divisione già operatasi per forza inavvertita e spontanea: laonde le colonie inglesi d'America ne fecero tesoro più tardi, e dopo la rivoluzione francese, tutti gli altri popoli, tranne eccezioni rarissime, nell'ordinarsi a regime libero furono solleciti ad imitare l'esempio anglosassone ».

⁽¹⁵⁾ V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, ed. Firenze 1919, p. 182 s.

⁽¹⁶⁾ Va ricordato che nel programma metodologico di V. E. Orlando si riscontra una antinomia tra esigenza di rigore di metodo fino alla ammirazione dei giuristi tedeschi ed una apertura alla prospettiva storica. V., in proposito, M. GALI-

tosto di un richiamo ad una « prova » di natura storico-filosofica o ad una dimostrazione della validità di una legge politica (17).

Un analogo atteggiamento si riscontra, da ultimo, anche fra i teorici più recenti (18). Negli studi in materia (19) è, invero, diffusa la tendenza a valutare il bicameralismo, oltre che attraverso costruzioni concettuali, anche nell'ambito delle ricerche storico-comparate.

4. - Nelle riferite opinioni si può notare, anche, una inclinazione a riconoscere il primato del fatto storico, imprevisto ed incalcolabile *a priori*, sopra la determinazione preventiva razionalistica.

È appena il caso di ricordare l'assunto secondo il quale le carte costituzionali, anche se potessero cogliere il culmine della perfezione tecnica, non potrebbero mai « *comprendere tutta la parte più essenziale e vitale del diritto pubblico di uno Stato* » e ciò perché: a) « molta parte, spesso importantissima, del pubblico Diritto sfugge per la sua indole propria ad una dichiarazione positiva »; b) « i più gravi rapporti di

ZIA, s.v. *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 967, nonché *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch. giur.* 1963, p. 2 ss. e *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954. Va notato, altresì, che nello scritto *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 5 ss. ora in *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Milano 1955, p. 3 ss., l'Orlando, pur fautore del metodo giuridico puro dei costituzionalisti, si professava seguace della « Scuola storica ».

(17) L'opinione dell'Orlando può essere significativamente collegata alla proposta di ricerca di leggi costanti della politica, avanzata da Gaetano Mosca, studioso di diritto costituzionale, oltre che di scienza politica. V., in specie, il saggio, *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, in *Studi in onore di F. Scaduto*, Firenze 1936, II, p. 195 ss., ora in *Scritti di scienza politica*, dello stesso autore, pubblicati sotto il titolo unitario *Ciò che la storia può insegnare*, Milano 1958, p. 3 ss.

(18) Orientati nel senso accennato sono G. FERRARI, *Problemi nuovi del nuovo parlamento bicamerale*, in *Ann. Dir. Comp. e Studi legisl.* XXV, 1950, p. 208 e NEGRI GU., s.v. *Bicameralismo*, cit., p. 351 s.

(19) Ad esempio, G. GUARINO, *Del sistema bicamerale*, in *Studi senesi*, LXV, 1953, p. 207 ss.; H. A. SCHARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Struktur und*

Diritto pubblico possono sorgere nella vita di uno Stato senza che potenza di legislatore arrivi a prevederli e regolarli » (20).

In modo paradossale si è detto da più voci che la costituzione migliore del mondo, quella inglese, non è mai stata scritta (21).

Si tratta di concetti che erano stati pienamente condivisi e, per certi aspetti, portati fino alle estreme conseguenze anche da Santi Romano, pur assai fermo nell'adesione ai principi del metodo giuridico puro e penetrato degli insegnamenti rigorosi delle scuole giuridiche germaniche. Nel discorso inaugurale « *Le prime carte costituzionali* » il Romano (22) manifestava la sua preferenza per il diritto costituzionale inglese, di cui era sommo pregio l'essersi conservato « in grandissima parte soltanto consuetudinario e tradizionale ». Era, perciò, considerata « inapprezzabile fortuna » per un popolo il « trarre... dalla sua storia e dalle sue tradizioni » « le supreme norme che regolano la vita statale, l'ordinamento dei pubbli-

Funktion der sogenannten Zweiten Kammer, Tübingen 1958; HUMBLET (rapporti de), *Les Parlements bicaméraux*, in *Boll. Inform. Constituz. e Parlam.*, 1967, n. 2; M. COITA, *Il problema del bicameralismo-monocameralismo nel quadro di una analisi strutturale-funzionale del Parlamento*, in *Riv. it. sc. pol.* 1971, p. 545; Y. WEBER, *La crise du bicameralisme*, in *Rev. droit publ. et sc. pol.* 1972, p. 573 ss. V., altresì M. BON VALSASSINA, *Il bicameralismo imperfetto nelle costituzioni contemporanee*, in *Rass. dir. pubbl.* 1961, I, p. 290 ss.

(20) I passi riferiti nel testo sono attinti da V. E. ORLANDO, *Principi*, cit., p. 147.

(21) Ad esempio, E. FISCHER, *Storia della costituzione inglese*, trad. it., con prefazione di C. CANTÙ, I, Milano 1869, p. 52 ss. V., anche, F. VASSALLI, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, in *Bull. ist. dir. rom.*, LV-LVI, 1951, (« Post-bellum ») p. 323 ss., ove si trovano finissimi ed istruttivi rilievi che si leggono sempre con profitto.

Per altre osservazioni v., anche, V. E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, e *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, cit., p. 9.

(22) Si tratta del discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-1907 dell'Università di Modena: *Le prime carte costituzionali*, pubbl. in *Annuario dell'Università di Modena*, 1907, ripubbl. in S. ROMANO, *Discorsi e prolusioni accademiche*, Modena 1931, ed. anche, in *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano 1950, p. 259 ss. (da cui sono tratte le citazioni del testo).

ci poteri, le garanzie delle libertà ». Allora, le fonti del diritto pubblico, « sono quali normalmente debbono essere: varie e complicate, disperse in una quantità di testi e documenti, formati in tempi diversi, senza un sistema prestabilito, ma tenuti insieme col saldo cemento del loro comune carattere, perenne e genuina emanazione dello spirito nazionale, da cui sono stati elaborati ».

Il ricorso alla costituzione scritta era visto come un ripiego di natura infelice, quasi male necessario, « solo quando un popolo è costretto a romperla con la sua storia e non trova più nel passato la guida sicura per l'avvenire ». Allora, è inevitabile « affidarsi alle incertezze ed all'arbitrio, se non al capriccio del razionalismo . . . », e « supplire con l'arte e, più spesso, con l'artificio ciò cui dovrebbe provvedere un lungo e involontario processo naturale »: si tratta di improvvisare « in un'ora di fermento ciò che, di solito, è e dev'essere opera di secoli ».

Si può, quindi riconoscere nella seconda Camera un istituto giustificabile per ragioni storiche, empiriche, pratiche, piuttosto che razionali. Si è anche detto che la convenienza di conservare tale Camera andasse ricercata in considerazioni « piuttosto *pratiche* che decisamente *giuridiche* » (23).

5. - Il carattere storico-empirico del bicameralismo trova riscontro perfetto nelle obiezioni mosse dalla teoria democratica radicale, informata di spirito razionalistico e logico. Si tratta del notissimo argomento compendiato nell'assunto semplice in apparenza: la sovranità popolare, si dice, è la base e la sorgente unica di ogni potere dello Stato, una deve essere la « delegazione », ed unica, quindi, la Camera dal popolo eletta e del popolo rappresentante (24).

(23) V. E. ORLANDO, *Principii*, cit., p. 184.

(24) Per una formulazione puntuale della ricordata opinione, v. O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II-IV, Milano 1954, p. 328.

L'idea della Camera unica storicamente ebbe fautori già a partire dalle prime assemblee costituenti, posto che potere costituente e costituzione scritta implicano, di per sè, una visione razionalizzatrice, come traspare dagli atti della Costituzione di Filadelfia del 1787⁽²⁵⁾ e dagli atti della Assemblea Costituente francese del 1789 che, come è noto, concluse per un sistema unicamerale, quale poi fu stabilito nella Costituzione del 1791⁽²⁶⁾.

Forse, l'attuazione più consequenziale dell'argomentazione democratico-radicalista si è riscontrata nelle teorie costituzionali degli Stati socialisti, nei quali, come è noto, pur se in termini diversi, i postulati democratici della sovranità popolare sono ribaditi. In dette teorie è accolto il principio unicamerale, come idoneo ad evitare ritardi nel lavoro svolto dalla Camera derivata dalla scelta immediata dell'intera omogenea collettività popolare. Di conseguenza, il bicameralismo è pre-

Per altre indicazioni nello stesso senso v. C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino 1963, p. 392 s. e, segnatamente, L. DUCUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris 1928, p. 705 ss.

(25) Per la formazione della Costituzione nordamericana, va notato che se pur era prevalsa, fin da principio, la scelta per un Congresso bicamerale (v., da ultimo, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Profili costituzionali fondamentali del Federalismo degli Stati Uniti d'America*, in *Il Politico* 1979, p. 54), non erano, però, mancate voci autorevoli in senso contrario. V., per tutti, C. VAN DOREN, *La grande prova. Genesi della Costituzione degli Stati Uniti*, trad. it., Pisa s.d. (ma 1959), p. 56 ed anche *La formazione degli Stati Uniti d'America. Documenti*, a cura di A. AQUARONE, Gu. NEGRI, C. SCALBA, II, Pisa 1961, p. 136.

(26) V. in particolare, L. DUGUÏT, *Traité du droit constitutionnel*, cit., p. 705 ss.; M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, II, *Le régime politique français*, Paris 1959, p. 418 ss. ed indicazioni bibliografiche *ivi*.

Sulla successiva esperienza francese in ordine alla seconda Camera, v., in generale, la densa e documentata monografia di J.-P. MARICHY, *La deuxième Chambre dans la vie politique française depuis 1875*, Paris 1969. In particolare, sul Senato della V Repubblica, v. J. ROCHE, *Le Sénat de la République dans la Constitution de 1958*, in *Rev. de droit pubbl. et Sc. pol.* 1959, p. 1126 ss.

Per un cenno sulla «posizione indubbiamente peggiore riconosciuta al Senato rispetto al Congresso» nella nuova carta costituzionale spagnola del 1978, v. F. PIZZETTI, *Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola*, I., *I procedimenti di revisione costituzionale e le leggi organiche*, Torino 1979, p. 52 e nota 16 (a p. 100), con richiami bibliografici.

visto solo dove è ammessa una struttura federale o regionale, al fine di consentire la espressione delle aspirazioni culturali di diversi gruppi etnici ⁽²⁷⁾.

Ora è interessante ricordare che il Senato eletto su base federale era stato anche ritenuto estraneo alla tradizione classica della seconda Camera. In tali casi si è ravvisato « più una guarentigia dei singoli Stati che compongono l'unione, che non una rappresentanza nazionale »; trattandosi, per di più, di Camere dotate talora anche di « funzioni affatto speciali » ⁽²⁸⁾.

Anche in recenti trattazioni si tende a ribadire la stretta connessione e reciproca implicazione tra Stato federale e seconda Camera rappresentativa degli Stati membri ⁽²⁹⁾. Questo tipo di camera appare come qualcosa di specifico, non ripetibile in un diverso contesto costituzionale. In un certo senso, una tale struttura di Camera degli Stati può anche apparire « marginale » nell'ambito della « questione delle due Camere » ⁽³⁰⁾.

6. - Per riprendere le fila del discorso, è utile richiamare un altro insegnamento intorno alla struttura della seconda Camera, anch'esso proprio della nostra dottrina costituzionale dell'epoca statutaria, nella quale si trovano classificati due tipi diversi di costituzioni ⁽³¹⁾.

⁽²⁷⁾ V., per tutti P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano 1977, p. 76.

⁽²⁸⁾ V. E. ORLANDO, *Principii*, cit., p. 182, n. 1.

⁽²⁹⁾ V., per tutti, C. J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza s.d. (ma 1950), p. 272 ss.

⁽³⁰⁾ Va ricordato che secondo M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, p. 476, il sistema delle due Camere può essere utilizzato per fini secondari interessanti: ad esempio nei Paesi federali, una delle Camere rappresenterà l'insieme degli Stati federati mentre l'altra rappresenterà lo Stato federale, ciò che avviene negli Stati Uniti d'America, ove il Senato è composto di delegati degli Stati federati mentre la Camera dei Rappresentanti è eletta a suffragio universale federale.

⁽³¹⁾ È stata, in specie, tenuta presente l'opera di F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto*, cit., I, p. 204 s.

In un primo gruppo si collocavano le costituzioni ispirate « ad un concetto di equilibrio politico » in cui, cioè, si riscontrava una volontà di « assicurare nella cosa pubblica la dovuta influenza sociale agli interessi più conservatori », i quali avrebbero potuto non trovar posto o non trovarne a sufficienza nell'assemblea derivata dalla periodica consultazione popolare. Con ciò si manifestava una certa diffidenza per la Camera elettiva, « troppo sensibile alle passioni delle maggioranze », ed il disegno di porvi un temperamento, una barriera con una assemblea « composta di elementi più restii alle improvvise novità », « di nomina regia (ereditaria o vitalizia) indipendente dal mutevole favore popolare ». Si voleva in tal modo esperire un tentativo « di temperare il moto precipite della democrazia assoggettandola al controllo di un corpo moderatore ».

Nei termini indicati appare riproposta, anche se in maniera alquanto forzata, la tesi enunciata in un celebre passo del Montesquieu, secondo il quale occorre una seconda Camera ritardatrice ed impeditiva composta dal corpo degli aristocratici, dei quali era bene assicurare alla collettività la cooperazione anziché l'avversione ⁽³²⁾.

Il difetto di una siffatta impostazione stava non tanto nel disegno di consentire la rappresentanza di tutti gli svariati sentimenti pubblici, interessi, modi di vedere, quanto nel tentativo di « sceverare i due elementi (democratico ed aristo-

(32) Il citato passo del Montesquieu, cui si richiama L. DUCUIT, *Traité de droit*, cit., II, p. 704, si trova al libro XI, cap. VI, dell'opera *L'esprit des lois*. Nello stesso capitolo de *L'esprit*, vi è anche un altro passo con chiaro riferimento alla prassi costituzionale inglese: « Il y a toujours dans un Etat des gens distingués par la naissance, les richesses ou les honneurs; mais s'ils étaient confondu parmi le peuple, et s'ils n'avaient qu' une voix comme les autres, la liberté commune serait leur esclavage, et ils n'auraient aucun intérêt à la défendre, parce que la plupart des résolutions seroient contre eux. La part qu'ils ont à la législation doit donc être proportionnée aux autres avantages qu'ils ont dans l'Etat: ce qui arrivera s'ils forment un corps qui ait droit d'arrêter les entreprises du peuple, comme le peuple a droit d'arrêter les leurs ».

cratico, nel caso) in due assemblee contrapposte », con due gravi possibili conseguenze: « o si riesce a costituire una fonte perenne di conflitti che un giorno o l'altro conducono alla soppressione totale dell'elemento meno forte; ovvero si riesce ad avere un Senato così conscio della propria debolezza, da ridursi ad una inutile assemblea di registrazione sempre restia a compiere i propri uffici moderatori per tema di non suscitare la sua condanna ed affrettare la sua fine » (33).

In effetti, come è stato giustamente osservato, la evoluzione della nostra Camera vitalizia fu minacciata dal pericolo di ricorrenti conflitti con la Camera elettiva e dal rischio di decadere ad un ruolo subordinato (34).

7. - Sempre nell'ambito dell'insegnamento ricordato fu avvertito che in altre costituzioni il principio bicamerale era ispirato « piuttosto ad un concetto di tecnicismo costituzionale, quello cioè di assicurare, mediante la bipartizione dell'organo rappresentativo, un meditato adempimento degli uffici che a questo incombono » (35).

Si prescindeva, in tal modo, da qualsiasi valutazione negativa della prima Camera, nulla imponendo di immaginarla come « mal composta e folle », e perciò bisognosa di essere corretta « mediante un'altra assemblea più savia ». Al contrario, si pensava che ciascuna parte dell'organismo politico dovesse riuscire « egualmente ben costituita, e capace ad un tempo di dar l'impulso e di servire da freno. ».

Si diceva che « l'organo legislativo » non deve essere unico, « affinché non si inebrii del proprio incontestato potere e non si senta onnipotente ». La divisione di quell'organo in due sezioni è ritenuta utile a stabilire un limite reciproco tra

(33) V., F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto*, cit., I, p. 205.

(34) In tal senso, per l'evoluzione storica, v. S. CANNARSA, *Senato e Camera nei loro rapporti e conflitti (1848-1948)*, Roma s.d. (ma 1954), con prefazione di S. PINTOR.

(35) V., ancora, F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento*, cit., I, p. 205 ss.

di esse, con possibilità di vicendevole azione di freno o di sprone, a seconda dei casi. Nella possibilità, inoltre, di un duplice esame da punti di vista diversi si riconosceva il vantaggio di una maggiore ponderazione nella deliberazione delle leggi, così come a causa della maggior lentezza nel deliberare, il sistema stesso era riguardato come idoneo ad offrire all'opinione pubblica la possibilità di far udire la propria voce.

La maggior lentezza e ponderazione apparivano utili, altresì, ad impedire che giungessero in porto tutte le leggi proposte sotto la spinta di bisogni immaturi o fittizi, con un limite all'« eccesso di produzione a cui si abbandonano i moderni parlamenti ».

Appare facile il confronto fra le argomentazioni sopra ricordate e quelle di recente proposte per dimostrare la necessità di conservare il Senato della Repubblica, in antitesi con le richieste di soppressione. Nella materia *de qua*, si può dire che, pur nel variare di condizioni e prospettive generali e particolari, la nostra recente storia costituzionale registra, quanto alla problematica, una sostanziale continuità ⁽³⁶⁾.

8. - La struttura del Senato del Regno — i cui componenti, come è noto, erano designati per nomina regia fra persone appartenenti a particolari categorie — apparve, peraltro, non del tutto soddisfacente a uomini politici e costituzionalisti eminenti.

(36) Una continuità di impostazione di problemi tra Senato regio e attuale Senato della Repubblica è più volte avvertita da S. CANNARSA, *Senato e Camera*, cit., p. 65 ss.

Le affinità fra i sistemi francese ed italiano (quest'ultimo esemplato sul modello della Costituzione francese di Luigi Filippo) rendono particolarmente proficua una rilettura critica delle argomentazioni a favore del bicameralismo formulate nel periodo della II Repubblica francese. Su di esse v. gli ampi e puntuali riferimenti di R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, II, Paris 1922, p. 137, 384 s. in nota 18, 557 ss., nonché J.-P. MARICHY, *La deuxième Chambre dans la vie politique française depuis 1875*, cit., *passim*.

Fin dalle prime legislature del Parlamento subalpino si ebbero, dunque, discussioni e si cominciarono ad elaborare progetti di riforma. Non è questo il luogo — è appena il caso di avvertirlo — per un riesame di vicende e di opinioni, già fatto, del resto, da altri ed in modo eccellente⁽³⁷⁾. Si vuol, soltanto, osservare come, nelle discussioni e nei progetti di un passato ormai remoto, si riscontrino vedute di « singolare modernità »⁽³⁸⁾ ed aggiungere che nelle successive proposte di riforma si manifestarono tendenze, intese oltre che ad introdurre il principio dell'elezione, anche a determinare il criterio di elezione stessa, o nel senso di una rappresentanza regionale o in quello di una rappresentanza degli interessi⁽³⁹⁾.

Bisogna, peraltro, osservare che un certo scadimento ed indebolimento della Camera alta si era venuto, nei fatti, a determinare per l'affievolirsi del suo carattere originario di consesso indipendente dalle contese di parte, formato di membri appartenenti a categorie elevate: il Senato finì con l'essere assoggettato al potere esecutivo⁽⁴⁰⁾ perdendo prestigio ed

(37) In proposito, sono da ricordare i lavori di G. TUPINI, *Il Senato*, Bologna 1946, in ispecie, p. 99 ss.; S. CANNARSA, *Senato e Camera nei loro rapporti e conflitti*, cit., p. 7 ss.; M. RUINI, *Il Parlamento e la sua riforma*, Milano 1892, nonché l'accurata rassegna di G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico sulla riforma del Senato*, nel vol. collettivo *Studi sulla Costituzione*, a cura del « Comitato naz.le per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione », II, Milano 1958, p. 324 ss., 356 ss.

(38) In tal senso è giudicata da G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 327, la proposta di CAVOUR (in un articolo del *Il Risorgimento*, n. 130, del 27 maggio 1848), secondo la quale si voleva un Senato elettivo, senza però un corpo elettorale privilegiato, ma con l'imposizione ai candidati di talune condizioni di eleggibilità, con il variare la composizione dei collegi elettorali e con l'aumentare la durata del mandato all'eletto. Per altre considerazioni circa il pensiero di Cavour sulla seconda Camera, v. S. CANNARSA, *Senato e Camera*, cit., p. 38 s., 66 ss. Per riferimenti al pensiero di altri personaggi della « Terza Italia », circa la riforma del Senato del Regno, v., anche, NEGRI GU., *Bicameralismo*, cit., p. 352 s.

(39) V., G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 327 ss.; S. CANNARSA, *Senato e Camera*, cit., p. 65 ss.

(40) In tal senso v. S. CANNARSA, *Senato e Camera*, cit., *passim*. Vedi anche

influenza politica. Ciò a séguito delle cosiddette « infornate », ossia della designazione regia di uomini graditi al ministero, con prevalenza, fino al quaranta per cento, di ex deputati nei confronti degli appartenenti a tutte le altre categorie messe insieme. La preminenza governativa fu formalmente sancita con il R.D. 25 agosto 1876 n. 3289 (A. Depretis), nel quale fra gli altri oggetti da sottoporre al Consiglio dei Ministri, furono indicate anche « le nomine al Senato del Regno » (41).

Per concludere sul punto, resta da aggiungere che le dispute sulla riforma del Senato regio non si arrestarono nemmeno durante il periodo fascista (42). Il Senato, peraltro, mantenne inalterati i criteri della propria composizione, come sopravvivenza dell'epoca antecedente, di contro alla radicale trasformazione dell'altro ramo del parlamento in Camera dei Fasci e delle Corporazioni. « In esso — si riconosce (43) — sopravvissero, assai più tenacemente che in al-

l'articolo di S. SONNINO, « Torniamo allo Statuto » (firmato: Un deputato), in *Nuova Antologia*, 1897, IV serie, vol. LXVII, 1 genn. 1897, p. 9 ss., ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari 1870-1922*, vol. 1, Bari 1972, p. 575 ss. Circa il dibattito provocato dal suddetto scritto v. i cenni di C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale*, cit., II, p. 247 ss.

(41) Con il R.D. 14 novembre 1901, n. 466 (Zanardelli), il quale è considerato tuttora parzialmente in vigore (v. E. CHELLI, *Il coordinamento delle attività di governo nell'attuale sistema italiano*, in *Rass. parl.* 1969, II, p. 13 e *passim*), fra gli oggetti da sottoporre a deliberazione del Consiglio dei Ministri, fu inclusa anche la nomina del Presidente e dei Vice-Presidenti del Senato, oltre che dei Senatori. Per accenni alle controversie suscitate da tale norma, v. S. CANNARSA, *Senato e Camera*, cit., p. 44 s., 220 s.

(42) Intorno a tali dispute, v. G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 157 s.; S. CANNARSA, *Senato e Camera*, cit., p. 273. V., anche A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino 1965, p. 352 ss., 358 s., 377 s.

(43) V., G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 331. Va anche sottolineato che nei settori più estremisti e radicali del regime si manifestò una costante, settaria avversione verso la vecchia Camera Alta. V., in proposito, le memorie dell'ultimo Presidente del Senato Regio, L. FEDERZONI, *Italia di ieri per la storia di domani*, Milano 1967, *passim*, ed, in specie, p. 166 ss., 236 ss.

Va, inoltre, ricordato il comunicato emesso al termine della seduta del « governo fascista repubblicano », tenuta alla Rocca delle Caminate il 29 settembre 1943, nel quale si affermava: « L'attuale Senato di nomina regia è disciolto e abo-

tri settori della vita pubblica, opposizioni e resistenza all'incalzare della nuova dittatura ».

9. - Dopo l'avvento della Repubblica e l'elezione dell'assemblea Costituente, il Senato del Regno cessò dalle proprie funzioni legislative con d. lgs. del C.p.S. 24 giugno 1946, n. 48, per essere, poi, definitivamente soppresso con legge cost. 3 novembre 1947, n. 3.

Alla Costituente, come è noto, non mancarono voci favorevoli all'unicameralismo, ma prevalsero i fautori del sistema bicamerale, a grande maggioranza nella sottocommissione e, con scarse opposizioni, nella votazione in sede di assemblea plenaria, anche se fautori convinti dell'unicameralismo si erano dichiarati alcuni autorevoli uomini politici, fra i quali l'on. Pietro Nenni, già Ministro per la Costituente ⁽⁴⁴⁾.

Più complesso ed incerto fu il discorso circa la formazione della seconda camera, per la quale i Costituenti « indotti quasi sempre a costruire *ex novo* senza volgersi indietro se non per attingervi esempi da non imitare » ⁽⁴⁵⁾, si mostrarono inclini a considerare, piuttosto, esempi e modelli di diritto comparato che le nostre esperienze del passato.

Ciò non toglie che i problemi della seconda Camera del periodo repubblicano si siano riproposti in termini analoghi, almeno in parte, a quelli già manifestatisi sotto la vigenza dello Statuto Albertino. Già in sede di Assemblea costituente, si erano affermate, infatti, due diverse prospettive storiche, rilevate anche nei progetti di riforma della vecchia assemblea vitalizia: una rappresentanza degli interessi (o delle « forze

lito. La Costituente prenderà in esame l'opportunità della sua eventuale ricostituzione secondo gli ordinamenti del nuovo Stato fascista repubblicano ».

⁽⁴⁴⁾ Per indicazioni sui lavori della Costituente, v. G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 331 ss.; NEGRI Gu., *Bicameralismo*, cit., p. 353 ed, in specie, N. OCCHIOCCO, *La « Camera delle Regioni »*, cit., p. 28 ss., 47 ss., con ampi richiami alle posizioni dei gruppi politici nelle varie fasi di elaborazione della Carta Costituzionale repubblicana, desunte dagli atti e resoconti parlamentari.

⁽⁴⁵⁾ Sono parole di G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 331 s.

vive » della nazione) ovvero una rappresentanza delle Regioni. Entrambe le indicazioni, peraltro, caddero per contrasti ideologici ed, alla fine, si dovette ripiegare su soluzioni di compromesso.

10. - Altro punto di coincidenza con le vicende della precedente Camera alta si riscontra nel fatto che, anche per il Senato repubblicano, fin dai primi anni di vita, sono incominciate le dispute e le elaborazioni di progetti di riforma (46). Tra i motivi di insoddisfazione furono volta a volta indicati: i tenui caratteri distintivi escogitati per l'alto consesso sedente in Palazzo Madama; il minor numero dei senatori, a confronto dei deputati; l'età più elevata richiesta, sia per l'elettorato attivo che per quello passivo; la presenza di alcuni membri vitalizi, e non elettivi; il sistema elettorale, fondato su « base regionale » e sulla candidatura uninominale; e, nei primi anni di applicazione della Carta costituzionale, la maggior durata del periodo di carica del Senato (sei anni rispetto ai cinque della Camera dei Deputati).

La questione non fu certo risolta con gli artt. 2 e 3 della legge cost. 9 febbraio 1963, n. 2 e con l'art. 2 della legge cost. 27 dicembre 1963, n. 3, in base ai quali fu aumentato il numero dei senatori elettivi e fu ridotto il periodo di carica dei senatori stessi da sei a cinque anni (47).

(46) Per quanto riguarda la questione nei primi anni successivi alla promulgazione della Costituzione, v., ancora, G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 340 ss., 358 ss.

Circa una possibile riforma del Senato e per l'esistenza di idonee condizioni v. le ampie considerazioni di N. OCCHIOCUPO, *La « Camera delle Regioni »*, cit., p. 69 ss.

(47) La legge costituzionale n. 2 del 1963, che ha pareggiato la durata della due Camere in cinque anni, ha, del resto, codificato una prassi instauratasi e che faceva accompagnare allo scioglimento anticipato della Camera dei Deputati quello del Senato della Repubblica. V., C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, p. 473.

Va osservato che nei lavori preparatori, secondo il progetto approvato dalla Commissione dei Settantacinque era previsto per la durata di ambedue le Camere

Le discussioni in materia hanno trovato, da ultimo, nuovo alimento nell'agitarsi delle questioni di maggiore incidenza relative alla crisi delle istituzioni ed alle proposte di riforme⁽⁴⁸⁾. Sono stati nuovamente riproposti due indirizzi di riforme del Senato repubblicano — in analogia con quanto avvenuto per il Senato regio — con la trasformazione di esso in Camera rappresentativa: degli interessi professionali o delle

lo stesso periodo di cinque anni. La differenziazione di tempo fu introdotta dalla Assemblea costituente in seduta plenaria, a seguito di un emendamento dell'on. R. Lucifero. V. G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 337. V., anche, V. FALZONE, F. PALERMO, e C. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano 1970, p. 188 ss. La norma in questione, peraltro, non fu mai applicata, poiché, tanto nel 1953, quanto nel 1958, il Senato fu sciolto anticipatamente e, nel 1963, le elezioni furono indette dopo la « piccola riforma » appena entrata in vigore.

(48) Sul tema si è formata, in breve tempo, una articolata, amplissima letteratura — sia costituzionalistica che politologica — che è pressoché impossibile citare con pretese di completezza. Per un primo orientamento si vedano i contributi raccolti in « *Prospettive nel mondo* » cit., dovuti alla riflessione di autorevoli esponenti del mondo politico e del mondo accademico. V., in particolare, i contributi A. M. SANDULLI (*Prima di tutto il patto sociale*, p. 5 ss.); V. CRISAFULLI (*Come rafforzare la funzione di governo*, p. 14 ss.); S. GALEOTTI (*Per un governo di legislatura*, p. 21 ss.); S. TOSI (*Correggiamo i vizi della « costituzione materiale »*, p. 27 ss.), con nutrite indicazioni bibliografiche.

Sulle disfunzioni del sistema costituzionale e sulle proposte di riforma, v., per un puntuale sintesi, G. FLORIDIA, *Il dibattito sulle istituzioni, 1948-1975*, in *Dir. e Soc.*, 1978, p. 261 ss. V., anche, A. BALDASSARRE, *Ingovernabilità e riforma delle istituzioni*, in *Democrazia e Diritto*, 1979, p. 343 ss.; G. BOGNETTI, *Trent'anni senza governo*, in *Dir. e Soc.*, 1979, p. 667 ss.; P. BARILE-C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, cit., p. 3 ss., con scelta bibliografia a p. 291 ss.

Sul tema della c.d. « Ingegneria costituzionale » v. i diversi interventi di A. SANDULLI, C. LAVAGNA, P. G. LUCIFREDI, G. DE VERCOTTINI, E. CHELI, V. FROSINI, D. FISICHELLA ed altri (numerosi, tra i quali, i politici) raccolti nella rivista *Parlamento*, nn. 3-4-5, 1979, a cura di E. CUCCODORO, sotto il titolo *Ingegneria costituzionale per l'ottava legislatura*.

Per le discussioni più risalenti negli anni, v. P. G. GRASSO, *Mario Vinciguerra e la critica della Costituzione*, in *Il Politico*, 1972, p. 804 ss. Sia consentito rinviare, anche, a S. ANTONELLI, *Critiche e proposte di riforma della Costituzione (con particolare riguardo all'opera di Giuseppe Menotti De Francesco)*, in *Studi Urbani*, 1974-75, p. 107 ss.

Per i più recenti interventi sulla stampa quotidiana si rinvia, ancora una volta, alla silloge a cura di C. ALBERTINI, in *Prospettive nel mondo*, cit., p. 80 s.

differenziazione rispetto ai progetti avanzati, in sede parla-Regioni ⁽⁴⁹⁾. Nelle recenti proposizioni teoriche è netta la mentare, nel corso delle prime legislature repubblicane, quando si tendeva, segnatamente, ad immettere nel Senato uomini politici con notevoli esperienze parlamentari e di governo ⁽⁵⁰⁾.

11. - Per quanto concerne il Senato repubblicano vi è, peraltro, da registrare un problema di fondo che emerge proprio dai rilievi più severi contro di esso. Come già si è accennato, nelle critiche rivolte contro la Camera alta sotto lo Statuto albertino si era posto in luce, specificamente, il carattere non democratico della nomina regia e la sempre più accentuata e progressiva subordinazione del Senato all'Esecutivo, con totale vanificazione della sua incidenza politica.

Diverse sono le critiche mosse al Senato repubblicano. Come è noto la ricorrente accusa è quella che si sostanzia nel concetto, variamente espresso, di « duplicazione », « *bis in idem* » del Senato rispetto alla Camera dei Deputati, accusa nella quale possono essere sussunti tutti gli argomenti volti a negare la effettiva differenziazione fra i due rami del Parlamento ⁽⁵¹⁾. Anche in dottrina si avverte l'*insufficiente* o quan-

⁽⁴⁹⁾ Nel primo senso vedi la bibliografia indicata *supra*, alla nota 1; nel secondo, vedi, oltre alla bibliografia citata *supra*, alla nota 2, anche E. ROTELLI, *Un progetto di regionalizzazione del Senato*, in *Le Regioni*, 1976, p. 116 ss. e P. AIMO, *Bicameralismo e regioni*, Milano 1977, p. 113.

⁽⁵⁰⁾ In proposito, va ricordato che G. B. ARISTA, *Saggio bibliografico*, cit., p. 340, distingueva tra « riforma » ed « integrazione » del Senato (quest'ultima intesa come aggregazione di nuove categorie di senatori, piuttosto che come modificazione radicale). V., anche F. CUOCOLO, *Due nuovi progetti per la riforma del Senato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 188 ss.; V. MAZZEI, E. MOLÈ, C. MORTATI, e M. BON VALSASSINA, *La riforma del Senato*, in *Rass. Parlam.*, 1960, p. 1522 ss.; N. MATEUCCI, *Considerazioni sulla riforma del Senato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 706 ss.

⁽⁵¹⁾ Le espressioni furono usate da V. E. ORLANDO nel corso della discussione « generalissima » sul progetto di Costituzione redatto dalla Commissione dei Settantacinque. Il testo di quel discorso pronunciato nella seduta del 10 marzo 1947, è ora riprodotto in V. E. ORLANDO, *Sul progetto di Costituzione e sui Patti latera-*

to meno la *tenue* diversificazione tra le due Camere attuata dal Costituente ⁽⁵²⁾.

Il problema della soppressione del Senato è stato, quindi, messo a fuoco in dottrina, assai prima che esso trovasse posto nelle discussioni politiche ricordate all'inizio di questo articolo. Va, così, ricordata la ingegnosa proposta del Lavagna di fruire, in una struttura monocamerale, dei vantaggi del bicameralismo ⁽⁵³⁾ e, da ultimo, la drastica esigenza di revisione costituzionale, formulata in termini alternativi: « abolizione del bicameralismo o specializzazione funzionale delle due Camere » ⁽⁵⁴⁾.

12. - Per valutare il senso delle proposte e delle tendenze cui si è or ora fatto cenno, è necessaria una considerazione di natura pregiudiziale e, cioè, che il quadro costituzionale, nel suo insieme, presenta notevoli tendenze nel senso dell'unicameralismo, tali da offrire motivi a suffragio delle più radicali proposte di riduzione del Parlamento ad una sola Camera.

Quanto alla composizione, è risaputo che in ambedue le

nensi, in *Scritti giuridici vari*, cit., p. 47 ss., in specie, p. 59.

Nell'uso corrente è diffusa l'espressione più realistica di « inutile doppione ». Per un riscontro in sede scientifica, H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. S. COTTA e G. TREVES, Milano 1954, p. 303: « Le due camere devono essere formate secondo principi diversi, se non si vuole che l'una sia un doppione inutile dell'altra. Se l'una è perfettamente democratica, l'altra deve in qualche modo, difettare di carattere democratico ».

Nel senso che il Senato sia « quasi un doppione », v., anche. P. BARILE-MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, cit., p. 16.

⁽⁵²⁾ Per critiche e dubbi avanzati in sede teorica circa l'insufficiente differenziazione delle due Camere, v. O. RANELLETTI, *Istituzioni*, cit., II-IV, p. 329; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1978, p. 145; P. BISCARETTI DI RUFFA, *Diritto costituzionale*, (Napoli 1977, p. 272 ss.; G. BALLABORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano 1976, p. 219; A. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 1977, p. 98; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1976, p. 614 s.; S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milano 1974, p. 33 s.

⁽⁵³⁾ V., C. LAVAGNA, *Prime considerazioni su uno studio per una migliore struttura del Parlamento*, in *Scritti di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano 1952, p. 267 ss.

⁽⁵⁴⁾ L'alternativa è formulata da E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna 1978, p. 97.

assemblee siede lo stesso personale politico, espresso da un regime di partiti rigidi con designazione proporzionale. Il fenomeno detto della « trasmigrazione delle anime », con il passaggio di parlamentari dalla prima alla seconda Camera, già tanto lamentata al tempo del Senato regio ⁽⁵⁵⁾, si è rinnovato ed ha assunto, anzi, caratteri estremi nel Parlamento repubblicano ⁽⁵⁶⁾. Tale omogeneità ha, in certo qual modo, trovato un'accentuazione a séguito della « piccola riforma » del 1963 che ha accresciuto il numero dei senatori eletti e che ha pareggiato la durata e, quindi, resa contemporanea la elezione dei due rami del Parlamento. La « piccola riforma » si è rivelata quindi, come espressione di un orientamento in senso « unicamerale » ⁽⁵⁷⁾. Sul piano funzionale, poi, l'uniformità appare anche maggiore, a causa della perfetta equiparazione fra i due rami del Parlamento, sancita nella Costituzione, secondo il principio del « bicameralismo perfetto ».

Altri elementi indicativi della stessa inclinazione unicamerale possono facilmente essere posti in rilievo.

Nel testo stesso della Costituzione è contemplato l'istituto del Parlamento in seduta comune, per la deliberazione di taluni oggetti importanti. Si tratta di un istituto la cui natura risulta alquanto controversa ⁽⁵⁸⁾, ma nel quale è dato,

(55) V. S. CANNARSA, *Senato e Camera*, cit., p. 220.

(56) Sui problemi sopra accennati, v. A. SPREAFICO, *Composizione politica e composizione sociale del Senato (1948-1968)*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze 1969, p. 529 ss. ed anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., p. 473.

(57) S. TOSI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 34. V., anche, la bibliografia citata, *supra*, alla nota 47.

(58) In materia è assai vivace il dibattito tra gli studiosi, V., L. PALADIN, *Sulla natura del Parlamento in seduta comune*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1960, p. 388 ss.; A. P. TANDA, *Note e osservazioni sul Parlamento in seduta comune*, in *Rass. Parl.* 1976, p. 111; P. BILANCIA PELLETTERI, *Per una regolamentazione del Parlamento in seduta comune*, in *Foro amm.* 1977, I, p. 949 ss.; P. ARMAROLI, *Dopo l'elezione di Pertini. Il Parlamento in sede elettorale: problemi e prospettive*, in *Il Politico* 1978, p. 496 ss. ed, in specie, per puntuali rilievi ed ampi richiami alle diverse opinioni in materia, p. 502 ss., 509 ss. e *passim*. V., anche, alcuni dei saggi

comunque, di scorgere un segno della scarsa diversificazione politica fra le due componenti dell'istituto parlamentare ⁽⁵⁹⁾.

Altri segni della detta tendenza sono offerti dalla prassi, dalla quale si ricava che il potere di inchiesta parlamentare, pur consentito dalla Costituzione a « ciascuna Camera » (art. 82), di fatto, è stato esercitato da Commissioni di ambedue le Camere, designate per legge ⁽⁶⁰⁾.

È da considerare, da ultimo, il moltiplicarsi delle Commissioni bicamerali od intercamerali, anche permanenti, il cui carattere precipuo sembra dato dalla rappresentanza proporzionale dei Gruppi, calcolata sulla base della loro consistenza complessiva in ambedue le Camere ⁽⁶¹⁾.

13. - Benché le accennate osservazioni critiche contengano un forte nucleo di verità, tuttavia, non sembrano autoriz-

contenuti nel volume collettivo, *Parlamento in seduta comune e giustizia politica*, Roma 1977.

⁽⁵⁹⁾ Una conferma in tal senso può anche scorgersi nelle proposte già fatte, ma respinte alla Costituente, di aumentare il numero delle materie deferite al Parlamento in seduta comune, con l'inclusione delle più importanti decisioni di ordine politico, dibattiti sulla fiducia al Governo, approvazione del bilancio. V., C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., p. 470 e 473.

Sulla antinomia tra « Parlamento in seduta comune » e sistema bicamerale v. le osservazioni di A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna 1978, p. 69 ss.

⁽⁶⁰⁾ A. PACE, *Il potere d'inchiesta delle Assemblee legislative. Saggi*, Milano 1973, p. 35 ss.

⁽⁶¹⁾ Sul tema v. la recente indagine di C. CHIMENTI, *Gli organi bicamerali nel Parlamento italiano. Profili costituzionali e problemi organizzativi nella nuova esperienza di collegamento fra le Camere*, Milano 1979. V., anche, i precedenti saggi di C. CHIMENTI, *Organi bicamerali e funzionalità del Parlamento. Contributo ad una discussione*, in *Il Politico* 1977, p. 51 ss. e *Centralità e funzionalità del Parlamento*, in *Democrazia e diritto* 1978, p. 627 ss.

V., inoltre, con giudizio negativo sulle Commissioni bicamerali, D. NOCILLA, *Le Commissioni bicamerali nell'attuale fase dei rapporti tra governo e parlamento*, in *Justitia* 1976, p. 278 ss., nonché E. MONICA, *Il raccordo Camera-Senato nel « bicameralismo paritario »*, in *Democrazia e diritto* 1978, p. 9 ss. Da ultimo, P. BARILE-C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, cit., p. 16 ss. e p. 102 s. (ove sono elencate le Commissioni bicamerali istituite nella VII legislatura).

zare una radicale conclusione, nel senso cioè, di postulare una soppressione del sistema bicamerale ⁽⁶²⁾.

Come è stato, da ultimo, dimostrato in un sintetico ma efficacissimo e puntuale scritto del Crisafulli, le ragioni storiche e, diremmo classiche, del bicameralismo conservano tutta la loro intrinseca validità ⁽⁶³⁾. Nè vanno sottaciute le considerazioni di fondo espresse dalla maggioranza dei nostri costituzionalisti ⁽⁶⁴⁾, per i quali altro è riconoscere che la Costituzione ha accolto una soluzione inadeguata per un grave problema istituzionale, come quello del bicameralismo, altro è negare l'importanza del problema stesso per un ordinamento quale è quello complessivamente disegnato nella Carta costituzionale del 1948.

Nè può, infine, mettersi in non cale, anche ammettendo un certo grado di elasticità nei modi e nelle forme di attuazione, la ferma decisione di principio assunta dal Costituente nel senso di conservare il sistema bicamerale.

14. - Sembra, peraltro, necessario un appropriato riesame delle argomentazioni in senso favorevole al bicameralismo in rapporto alle condizioni storico-ambientali, entro cui si determina e si evolve l'assetto istituzionale della Repubblica italiana ⁽⁶⁵⁾. In una tale visuale, sono da riprendere in considerazione anche le proposte di riforma intese a realizzare una rappresentanza degli interessi sociali e professionali o delle

(62) In tal senso si è, invece, pronunciato S. SECHI, *Proposta alle Sinistre: aprire una campagna per abolire il Senato*, in *Il Corriere della Sera*, 7 settembre 1979. Lo stesso Sechi ha, anche, prospettato un referendum popolare sulla soppressione del Senato della Repubblica, in altro articolo apparso in *Il Corriere della Sera* già, *supra*, ricordato alla nota 3. *Contra*, v. P. ARMAROLI, *La democrazia di Saint Just non prevede il bicameralismo*, cit., p. 54 ss.

(63) V., con incisivi rilievi, V. CRISAFULLI, *Il Senato non è un'Assemblea inutile*, cit., *supra*, alla nota 3.

(64) V., *supra*, i riferimenti bibliografici contenuti nella nota 52.

(65) Una tale esigenza, di ordine generale, è presente nell'impostazione seguita da L. ELIA, s.v. *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, p. 634 ss. e *passim*.

Regioni, anche se, quanto alla prima di tali proposte, è da ritenere che permangono tuttora vive nelle forze politiche le obiezioni di ordine ideologico ed i timori per un ipotetico ritorno al corporativismo, che già erano prevalsi in sede di Assemblea costituente di fronte ad analoghe preposte di introdurre una rappresentanza organica per categorie e professioni ⁽⁶⁶⁾.

15. - Più diffuse e rinvigorite dalla crescente espansione dell'organizzazione regionale sono, forse, oggi le opinioni in senso favorevole a trasformare il Senato in Camera delle Regioni.

Al riguardo, sembra, però, affacciarsi un dubbio radicale che trae alimento dal parallelo con le Camere rappresentative degli Stati membri negli ordinamenti federali ⁽⁶⁷⁾, per i quali si è enunciata la massima secondo cui « la necessità » del sistema bicamerale « è sentita praticamente in tutto il mondo ove vi siano federazioni di una certa importanza » ⁽⁶⁸⁾. Poiché non è dato nella presente sede, di soffermarsi sulle differenze tra « Stato regionale » e « Stato federale », anche perché si tratta di discussioni che rischiano, spesso, di condurre a valutazioni troppo astratte, appare più opportuna una valutazione contenuta in termini rigorosamente realistici ⁽⁶⁹⁾. La

⁽⁶⁶⁾ Vanno, anzitutto, ricordate le vicende che alla Costituente portarono ad escludere l'introduzione di una rappresentanza per categorie di interessi, come criterio informatore della II Camera. In materia v. l'esauriente disamina di N. OCCHIOCUPO, *La « Camera delle Regioni »*, cit., *passim* e, in specie, p. 47 ss., p. 61 s.

⁽⁶⁷⁾ V., N. OCCHIOCUPO, *La « Camera delle Regioni »*, cit., p. 72 ss. ed i richiami, ampi ed articolati, alla dottrina in materia. Da ultimo, con particolare considerazione delle più recenti prospettive dottrinali v. G. U. RESCIENO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 1979, p. 555 ss.

⁽⁶⁸⁾ È l'assunto, ad esempio, di un Ministro della Repubblica dell'India, G. AYYANGAR, come riferisce NEGRI Gu., *Bicameralismo*, cit., p. 351.

Per una esauriente puntualizzazione teorica sul tema, v., per tutti, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, cit., I, Paris 1920, p. 110 ss.; II, Paris 1922, p. 59 in nota.

⁽⁶⁹⁾ In proposito, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 1978, p. 149, osserva che nella Costituzione è prevista la forma di « Stato regionale » la quale « non avendo ancora trovato le norme relative piena e corretta attuazione, ... non può dirsi del tutto vigente ».

realizzazione di una Camera delle Regioni postula la dimostrazione della sua rispondenza ad una realtà del Paese, distinta da quella espressa dalla Camera dei Deputati. Occorrerebbe, in altri termini, provare che le Regioni hanno ormai assunto una propria fisionomia ed una funzione inconfondibile e fondamentale di fronte allo Stato⁽⁷⁰⁾. In caso contrario non sembra possa disconoscersi che la designazione di senatori da parte dei consigli delle Regioni, in quanto informata a criteri di ripartizione fra i partiti, non valga a conseguire risultati molto dissimili, quanto a composizione, dalla prima Camera⁽⁷¹⁾.

16. - Sotto il profilo delle valutazioni realistiche, occorre por mente ad una considerazione generale di fondo che si connette strettamente alla forma di governo della nostra Repubblica, improntata « a multipartitismo estremo », con le seguenti due caratteristiche: « elevato numero di partiti ed esclusione dall'area di governo di cospicue forze parlamentari »⁽⁷²⁾. A tali caratteristiche si ricollega la conseguenza pratica di una scarsa efficacia delle strutture concepite con fine « equilibratore » o « stabilizzatore » dal Costituente. Va, pertanto, riconosciuto con l'Elia « che le forme equilibratrici sul-

(70) Cautele sulle proposte di istituire una Camera delle Regioni mostra T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., p. 268.

In senso favorevole, v., invece, da ultimo, P. BARILE-C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, cit., p. 16 s.

(71) Un segno delle difficoltà che incontrano le Regioni ad esprimersi direttamente e spontaneamente con una propria particolare influenza nel quadro istituzionale nazionale si riscontra nel criterio seguito nel 1971 e nel 1978, per la designazione dei delegati regionali chiamati, in forza dell'art. 83, co. 2°, Cost., ad integrare il Parlamento adunato in seduta comune per eleggere il Presidente della Repubblica. È noto che si addivenne ad accordi fra le centrali dei partiti in sede nazionale e perciò il carattere della designazione locale ebbe a vanificarsi. V., P. ARMAROLI, *L'elezione del Presidente della Repubblica in Italia*, Padova 1977, p. 194 ss., 205 ss., ove ampia bibliografia.

(72) Per tale formulazione, v. L. ELIA, *Governo*, cit., p. 657.

la forma di governo non hanno opposto (e non potevano opporre) limiti rilevanti al pieno esplicarsi del ruolo dei partiti nella determinazione della politica nazionale » (73).

Tale conclusione piuttosto pessimistica porta, necessariamente, a ricercare ogni possibilità di far valere le esigenze di equilibrio, controllo e dialettica all'interno, per così dire, del regime concreto dei partiti politici, anziché tra forze e criteri diversi, come avveniva per le concezioni originarie del « garantismo ».

In tal senso, è da verificare se l'esistenza del Senato abbia giocato, o possa giocare, un ruolo sostanziale di differenziazione, garanzia, riesame, sia pur nel quadro di un assetto politico caratterizzato da caratteri e condizioni diversi da quelli affermati in molte pagine divenute ormai classiche.

17. - In armonia con le considerazioni che precedono, si possono richiamare le osservazioni di quanti riscontrano nel nostro sistema una tendenza dominante verso il cosiddetto « assemblearismo » (74), tendenza incoraggiata dall'uniforme composizione del personale politico (75).

La suddivisione del Parlamento in due rami, ancorché non molto diversi l'uno dall'altro, può rappresentare, già di per sé sola, una qualche remora alla concentrazione eccessiva di potere in una Camera unica (76). A conforto di tale generale affermazione, altri argomenti possono trarsi dall'assunto secondo cui nella Costituzione il significato del bicameralismo risulta

(73) In tal senso, v. L. ELIA, *Governo*, cit., p. 662.

(74) In tal senso, con accenti critici si è espresso il Presidente del Gruppo liberale alla Camera, on. A. BOZZI, in *Il giornale nuovo*, del 20 dicembre 1977. Diversamente, negando la consistenza di un problema dell'assemblearismo, L. ELIA, *Governo*, cit., p. 643.

(75) V., A. SPREAFICO, *Composizione politica e composizione sociale del Senato*, cit., p. 529 ss.

(76) Nel senso suindicato, v. A. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 98; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 74 s.

incentrato non tanto sulla « struttura » quanto sul « procedimento » delle deliberazioni bicamerali (77).

Vanno, poi, considerate, le diversificazioni empiriche determinate, entro i margini dell'elasticità costituzionale, dalla legge elettorale, dai regolamenti e dalla prassi (78). Tali innovazioni sono servite a conseguire differenze, circoscritte ed esigue, se rapportate ai modelli classici, ma non insignificanti, e che, per di più, hanno il pregio di esprimere una spontanea e sicura rispondenza ai rapporti politici.

Va, anzitutto, rilevato che, mercè il sistema elettorale previsto per il Senato, si è dimostrata più agevole l'assunzione all'ufficio parlamentare di scrittori, professori universitari, uomini di cultura, economisti, tecnici, alti funzionari e professionisti. Ciò per il criterio della candidatura uninominale, diversa dallo scrutinio di lista con preferenze individuali, il quale ha maggiormente agevolato attivisti e funzionari di partito, in grado di controllarne la macchina propagandistica (79). Inoltre l'assemblea di Palazzo Madama ha costituito il rifugio per personaggi di tutti i partiti di taglio « consolare », notabili, moderati e, finanche, dissenzienti dalla linea ufficiale del partito. Si tratta di apporti non del tutto irrilevanti in un personale politico che tende sempre più all'uniformità (80).

(77) V., T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., p. 266 s., ed. anche A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 75, 79 s.

(78) A tali elementi fa richiamo T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., p. 266.

(79) Sottolinea, tra gli altri, la grave limitazione dell'autonomia di scelta dell'elettore nell'attuale sistema di elezione della Camera dei deputati e l'espansione dei partiti e degli altri gruppi di potere, con ampi richiami di diritto comparato. V. ATRIPALDI, *Sul procedimento di scelta dei candidati nella elezione della Camera dei Deputati: designazione dei partiti e libertà degli elettori*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò*, I, Milano 1968, p. 453 ss.

Ciò era già stato avvertito, in precedenza, da A. TESAURÒ, *I sistemi elettorali e le recenti esperienze costituzionali*, in *Rass. dir. Pubbl.* 1951, p. 345 ss., in specie p. 354; *Il sistema bicamerale nell'esperienza costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, I, p. 1 ss.

(80) Si deve anche tener conto dell'opera svolta dai senatori a vita che, pur

18. - Quanto all'aspetto funzionale, si è fatto notare che se il bicameralismo ha contribuito in misura inferiore del previsto al miglioramento tecnico della legislazione, ha però permesso al Parlamento di lasciarvi una « impronta qualitativa » più forte a confronto di altre strutture politiche ⁽⁸¹⁾. La formula bicamerale ha consentito, altresì, in certa misura, riequilibri, compensazioni ed assestamenti nell'iter legislativo, con possibilità di « recupero », tanto per il Governo quanto per l'opposizione, specie in casi di pressione dei gruppi di interesse ⁽⁸²⁾. È stato anche osservato che la struttura bicamerale è servita a rispondere alla crescente domanda di leggi che assilla il nostro ordinamento, con l'aumentare il numero dei centri di produzione legislativa e di deliberazione politica, attraverso anche il moltiplicarsi delle Commissioni permanenti presso ciascuno dei due rami del Parlamento ⁽⁸³⁾.

Per tale ragione, si è sottolineato che la indubbia tendenza all'unicameralismo, insita nel nostro sistema, trova equilibrio e contemperamento nella progressiva trasformazione del Parlamento in organo policentrico ⁽⁸⁴⁾.

19. - Interessante appare oggi uno scritto di Luigi Sturzo, pubblicato ne *La Stampa* del 25 agosto 1951, poco dopo la

di scarso numero hanno esercitato un ruolo politico di notevole rilievo, V., V. DI CROLO, *I Senatori a vita nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1968, p. 551 ss. È estranea all'indole del presente scritto ogni considerazione sulla nota proposta di interpretare l'art. 59 Cost. nel senso di consentire ad ogni Presidente della Repubblica di nominare cinque Senatori a vita, avanzata da G. FERRARI, *Nomina di senatori vitalizi e numerus clausus*, in *Rass. dir. pubbl.* 1957, I, p. 16 ss. proposta che, del resto, ma sembra a torto, non ha avuto seguito né tra i teorici né nella prassi politica.

⁽⁸¹⁾ In tal senso, v. M. COTTA, *Il problema del bicameralismo-monocameralismo*, in *Riv. it. sc. pol.*, cit., p. 545 ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 74.

⁽⁸²⁾ V., A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 74. *Contra*, P. BARILE - C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, cit., p. 17.

⁽⁸³⁾ V., A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 74, 76 ss.

⁽⁸⁴⁾ Tale tesi è prospettata da A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 74 ss. e *passim*, il quale propone anche di semplificare ed unificare la fase conoscitiva nelle attività parlamentari, lasciando però distinte le fasi deliberative.

nomina a senatore a vita, a proposito delle discussioni allora in atto sulla riforma del Senato repubblicano.

L'anziano parlamentare scriveva: « c'è molto, anzi moltissimo, da lasciare che si operi per adattamento interno, sia spontaneo per costume, sia con modifiche di regolamento, sia occasionalmente nella soluzione di problemi concreti sorti nell'esercizio legislativo, sia infine per migliore articolazione ed efficienza degli organi senatoriali ».

Il passo potrebbe anche indurre a riflettere intorno al fatto che la Costituzione nata rigida e razionalizzata, viene intesa assai spesso, come elastica ed in evoluzione ⁽⁸⁵⁾, anche se non è questa la sede per affrontare tale quesito di ordine generale.

Va, piuttosto, considerato che il pensiero di Luigi Sturzo ha trovato un principio di attuazione con i regolamenti parlamentari del 1971. In essi, infatti, sono comprese molte disposizioni ritenute di valore indubbiamente integrativo ed anche innovativo (almeno nel senso di esplicazione) della Costituzione ⁽⁸⁶⁾. Mentre alcuno ha avvertito che i regolamenti delle due Camere hanno contenuti « molto differenti l'uno dell'altro » ⁽⁸⁷⁾, altri ha aggiunto che le diversificazioni tra i

(85) Sull'argomento, v. G. CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, e in *Scritti di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano 1952, ora negli *Scritti di diritto pubblico*, Milano 1977, p. 327 ss.; F. PERGOLESÌ, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 44.

Che la storia dimostri come siano reversibili i termini di costituzione rigida e costituzione flessibile, v., per la fondamentale esperienza inglese, F. VASSALLI, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 342 ss. e *passim*.

(86) In proposito v. T. MARTINES, *Regolamenti parlamentari e attuazione della Costituzione*, in *Studi parlam. e di pol. costuz.* 1971, n. 1, p. 5 ss. e *Diritto costituzionale*, cit., p. 282 s.

(87) F. COSENTINO, *Regolamento della Camera e prassi parlamentare*, nel volume collettivo, *L'indirizzo politico nel nuovo regolamento della Camera dei Deputati* (Seminario di Cagliari, 1-2 aprile 1971), Milano 1973, p. 65. V., anche, G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari e indirizzo politico*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò*, I, Milano 1968, p. 343 ss., con interessanti rilievi, già prima dei nuovi regolamenti parlamentari del 1971, circa la funzione di indirizzo politico.

due regolamenti generali del 1971 sono da ritenere rilevanti nel considerare la diversità istituzionale dei due rami del Parlamento ⁽⁸⁸⁾.

Ora, una impostazione dei problemi del bicameralismo tesa a cogliere i profili del diritto « vivente » richiederebbe uno studio quanto mai accurato ed analitico dei regolamenti generali delle due Camere. Uno studio siffatto, per riuscire compiuto e sistematico, implicherebbe, fra l'altro, una disamina ampia ed estesa di gran parte del diritto costituzionale nella sua realtà storica ed effettuale, mentre nelle presenti pagine sono, ovviamente, possibili solo alcuni accenni di massima con indicazioni esemplificative.

20. - Dei molti elementi di diversificazione fra i regolamenti delle due Camere parlamentari, meritano considerazione solo alcuni aspetti che inducono a pensare a contrapposizioni istituzionali, con influenza anche sul modo di intendere la forma di regime politico.

Come criterio di importanza primaria va considerata la diversità e, per così dire, l'incongruenza di posizione complessiva fra i due Presidenti di assemblea ⁽⁸⁹⁾. È noto che per l'elezione del Presidente della Camera dei deputati si richiede una percentuale di voti dell'assemblea, più elevata di quella prescritta per il Presidente del Senato ⁽⁹⁰⁾. Con un arguto, appa-

(88) T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., p. 266, nonché *Regolamenti parlamentari e attuazione della Costituzione*, cit., p. 5 ss.

(89) Sul tema in esame sono state specificamente tenute presenti le indicazioni fornite da S. TOSI, *Diritto Parlamentare*, cit., p. 136 ss.

(90) Si ricorda che per l'elezione del Presidente della Camera è richiesta al primo scrutinio la maggioranza qualificata di due terzi di tutti i deputati; dal secondo scrutinio, la maggioranza di due terzi dei voti, computando anche le schede bianche; dal quarto scrutinio è sufficiente la maggioranza assoluta dei voti (art. 4, n. 2, reg. C.D.). Per l'elezione del Presidente del Senato, invece, è richiesta: nei primi due scrutini la maggioranza assoluta dei presenti, comprese le schede bianche; al quarto, con ballottaggio tra i due candidati più votati, è sufficiente la maggioranza relativa (art. 4, reg. S.).

rente paradosso, si dice anche che la misura della base del consenso è inversamente proporzionale alla somma degli effettivi poteri discrezionali conferiti ⁽⁹¹⁾.

Per ambedue i rami del Parlamento, come è noto, lo svolgimento dei lavori deve avvenire, di regola, secondo il principio della programmazione, trimestrale alla Camera, bimestrale al Senato, programmazione deliberata alla unanimità dalla Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari.

Al Senato, però, è testualmente affidata al Presidente dell'assemblea l'iniziativa di elaborare il progetto di programmazione ⁽⁹²⁾, oltre una competenza esclusiva nelle materie: di ricevibilità dei testi, di posizione delle questioni e di decisione dell'ordine delle votazioni, di coordinamento fra gli organi senatoriali, in special modo con le Commissioni permanenti ⁽⁹³⁾. Alla Camera dei Deputati, invece, il Presidente si configura, soprattutto, come un esecutore dei deliberati della Conferenza dei capigruppo. Notevoli, inoltre, sono le differenze nelle disposizioni previste nei due regolamenti per i casi in cui sia mancato l'accordo in seno alla Conferenza dei capigruppo. Per la Camera, in tali casi, si rinuncia alla program-

⁽⁹¹⁾ Per tale incongruenza, più *quorum* e meno poteri, e viceversa, v. P. G. LUCIFREDI, *Alcuni aspetti della riforma dei regolamenti parlamentari*, in *Rass. parl.* 1972, p. 594 s.

⁽⁹²⁾ Alla Camera dei Deputati, il Presidente elabora un progetto di programma in via informale. V., in proposito, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 102. Sia consentito, anche, rinviare alle osservazioni da noi svolte nel lavoro *I gruppi parlamentari (Spunti critici di diritto pubblico « vivente »)*, in corso di stampa.

⁽⁹³⁾ Importante è il potere di « assegnazione » per cui il Presidente del Senato può, senza opposizione (come invece è dato alla Camera), « assegnare » disegni di legge od « affari » (art. 34 reg. S.) alle singole Commissioni. Per i disegni di legge, tale potere comporta normalmente la decisione se l'assegnazione sia in sede referente o deliberante. Inoltre, il Presidente ha facoltà di scelta circa gli « affari » di cui investire le Commissioni e circa la sede dell'assegnazione, che il Presidente della Camera non ha. La rilevanza di tali poteri non è certo sminuita dal fatto che il Presidente del Senato ne abbia fatto sempre un uso cauto e moderato. V., C. CHIMENTI, *Un bilancio dei primi anni di attuazione del nuovo regolamento del Senato*, in *Il Politico* 1976, p. 409, V., anche S. ANTONELLI, *I gruppi parlamentari (Spunti critici di diritto pubblico « vivente »)*, Firenze 1979, p. 71 s.

mazione, per ritornare alla storica pratica dell'ordine del giorno quotidiano, proposto dal Presidente con l'assenso della maggioranza dell'assemblea (art. 26, n. 1, reg. C.D.), abbandonando, quindi, un metodo di lavoro reputato, oggi, come necessario alla funzionalità dell'istituto parlamentare. Al Senato, invece, è previsto che il Presidente, « sulla base delle indicazioni emerse dalla conferenza, predispone uno schema dei lavori per il periodo di una settimana » (art. 54, n. 5, reg. S.). Si ha, quindi, « una vera e propria programmazione presidenziale a corto termine »⁽⁹⁴⁾, senza riscontro alla Camera dei Deputati. È possibile, perciò, una programmazione dei lavori con il sostegno della sola maggioranza, senza bisogno alcuno dell'unanimità.

21. - In considerazione dei caratteri enunciati, si è parlato anche di intonazione « presidenzialistica » come carattere precipuo del Regolamento del Senato, rispetto a quello della Camera. Nell'affermazione vi è, senza dubbio, qualcosa di vero, ma sarebbe inesatto esagerarne la portata o ritenerla una formula risolutiva in una materia tanto complessa. Di contro, infatti, si può anche assumere che il pur « sensibile divario di poteri », riscontrato nei due regolamenti del 1971, « non sembra incidere sulla generale figura dell'uno o dell'altro presidente di assemblea »⁽⁹⁵⁾.

Occorre, quindi, ricercare un diverso criterio di impostazione. A ben osservare, il dato preminente e più caratteristico è dato dal rilievo conferito ai gruppi parlamentari, in misura maggiore nel regolamento della Camera rispetto a quello del

⁽⁹⁴⁾ L'espressione è di A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 109; S. ANTONELLI, *I gruppi parlamentari loc. ult. cit.*

⁽⁹⁵⁾ Per tale espressione v. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 111, nonché p. 110 e p. 112 s. e *passim* per considerazioni circa il ruolo comune dei due Presidenti di assemblea come titolari di un indirizzo di politica costituzionale, per soddisfare a precisi interessi istituzionali. V., anche, S. ANTONELLI, *I gruppi parlamentari*, cit., p. 79 ss.

Senato (⁹⁶). In tal senso, anche l'indirizzo « presidenzialistico » di quest'ultimo può essere inteso in una dimensione, se non subalterna, complementare, concorrente e coordinata secondo una più complessa visione istituzionale (⁹⁷). Nei termini indicati si può ravvisare un criterio per una ricostruzione d'insieme. In particolare, va ricordato che l'elevato *quorum*, richiesto per l'elezione del Presidente della Camera, sembra obiettivamente idoneo a conferire una base giuridica più ampia rispetto a quella costituita dalla maggioranza governativa (⁹⁸). L'elezione, quindi, appare uno strumento per favorire l'intesa fra i gruppi. A ciò corrisponde la disposizione, di valore anche simbolico, secondo cui nell'ufficio di presidenza devono essere rappresentati tutti i gruppi (art. 5, n. 3, reg. C.D.), disposizione questa che non trova riscontro nel regolamento del Senato.

22. - Un'altra differenza particolare fra i due regolamenti, attiene ad una delle più importanti innovazioni, quella relativa alle eventuali modificazioni da apportare alla program-

(⁹⁶) In tal senso, va intesa anche l'osservazione di P. G. LUCIFREDI, *Alcuni aspetti della riforma dei regolamenti parlamentari*, cit., p. 583 ss., secondo il quale elementi ed inclinazioni nel senso dell'assemblearismo — pur circoscritto e limitato — sono da ravvisare in misura maggiore nel regolamento della Camera rispetto a quello del Senato.

(⁹⁷) S. Tosi, *Diritto Parlamentare*, cit., p. 178, rileva, come carattere principale del regolamento della Camera, « l'esaltazione della direzione collegiale e dell'eguaglianza di peso specifico attribuito a tutti i gruppi per quanto attiene all'organizzazione dei lavori, indipendentemente dalla loro forza numerica; il secondo più ispirato al temperamento di codesto criterio con quello di un residuale ruolo presidenziale, certo attenuato rispetto al passato ma tuttora rintracciabile fra le norme ».

(⁹⁸) Sul punto, v. S. Tosi, *Diritto Parlamentare*, cit., p. 139. V., anche, S. ANTONELLI, *I gruppi parlamentari*, cit. p. 83 s.

L'on. R. LUCIFREDI, nella seduta della Camera dei deputati del 21 luglio 1970 (v. il vol. *Il nuovo regolamento della Camera dei deputati illustrato con i lavori preparatori* [a cura della « Camera dei Deputati » - « Segretario generale - Servizio documentazione e statistiche parlamentari »], p. 40) criticò tale alto *quorum*, quale espressione di una tendenza unanimistica.

mazione dei lavori, dopo l'approvazione da parte della Conferenza dei capigruppo.

Alla Camera dei deputati, qualsiasi esame di richiesta di modificazioni o di inserimento di nuove questioni nel calendario dei lavori importa sempre una riunione della Conferenza dei capigruppo, che decide sul nuovo calendario (art. 24, n. 4, reg. C.D.). Al Senato, invece, in « situazioni sopravvenute ed urgenti » il Presidente dello stesso Senato, oppure otto senatori, possono proporre all'assemblea di inserire nel calendario anche argomenti non compresi nel programma o di invertire l'ordine degli argomenti fissati. Su queste proposte vota direttamente il *plenum* del Senato, per alzata di mano (art. 55, n. 4, reg. S.), senza passaggio alla Conferenza.

Procedendo con altri esempi, si può ricordare come, secondo il regolamento della Camera, i Presidenti dei gruppi possano — da soli — far valere tutta una serie di poteri procedurali che, altrimenti, richiederebbero l'adesione di un numero minimo di dieci deputati (chiedere l'appello nominale o la votazione segreta: artt. 16, n. 4, e 51, n. 2 reg. C.D.; chiedere che un progetto di legge sia esaminato con urgenza: art. 69, n. 1 reg. C.D.; presentare sub-emendamenti fuori del termine ordinario; art. 86, n. 5, reg. C.D.; presentare una mozione: art. 110, reg. C.D.). È, quindi, grandemente favorito il gruppo, in sè e per sè, anche se composto (come i cosiddetti « microgruppi ») di un numero minimo di aderenti (*ex art.* 14, n. 2, reg. C.D.). Per le stesse materie, invece, il regolamento del Senato segue il principio secondo il quale occorre un certo numero minimo di senatori per presentare la richiesta. Tale diversità può anche risultare emblematica nel contrapporre i parlamentari isolati ad una struttura istituzionale.

23. - È stato anche autorevolmente osservato che il nostro Parlamento, oggi, presenta due profili distinti, ancorché

collegati ⁽⁹⁹⁾. Da una parte, sono conservati molti dei principi classici, informati all'idea di una concezione dialettica fra il singolo parlamentare definito indipendente (in forza dell'art. 67 Cost.) e l'intera Camera; dall'altra, sono stabiliti criteri e norme informati alla nuova concezione del Parlamento come organo dei gruppi ⁽¹⁰⁰⁾.

Ambedue le Camere presentano tale struttura dualistica. Tra di esse si sono, perciò, venute a determinare anche differenze in ragione del rapporto tra le due suddette, diverse concezioni generali. Più precisamente si tratta di differenze di misura dei due elementi combinati. Nel confronto fra i due rami del Parlamento, la Camera dei Deputati si presenta, in misura maggiore e più evidente rispetto al Senato della Repubblica, come una Camera dei gruppi (od associazione di Gruppi parlamentari), senza avere, però, perduto il carattere originario di Camera dei singoli Deputati, individualmente considerati ⁽¹⁰¹⁾. Solo che quest'ultimo carattere appare alquanto compresso, ed, almeno per tendenza, « residuale » ⁽¹⁰²⁾.

Anche nel Senato è presente il carattere di Camera dei gruppi, ma le prerogative di essi, così come giuridicamente definite, risultano assai più attenuate e sfumate a confronto di

⁽⁹⁹⁾ Vedi V. CRISAFULLI, *I Partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX Anniversario Assemblea Costituente*, II, Firenze 1969, p. 109, nonché il volume di P. DI MUCCIO, *Scritti sul Parlamento*, Roma 1978 ed i saggi contenuti nel volume collettivo, *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, Milano 1979.

⁽¹⁰⁰⁾ Per una affermazione in tal senso, già prima della approvazione dei regolamenti del 1971, v. A. SAVIGNANO, *I gruppi parlamentari*, Napoli 1965, p. 224, ove è detto, fra l'altro, che il Parlamento « si è trasformato in un'associazione di gruppi parlamentari » e ciò con riferimento all'importanza già allora assunta dai gruppi nell'organizzazione e nell'attività della Camera. V., anche S. ANTONELLI, *I gruppi parlamentari*, cit. p. 42 ss. e *passim*.

⁽¹⁰¹⁾ In proposito, v. P. G. LUCIFREDI, *Alcuni aspetti della riforma dei regolamenti parlamentari*, cit., p. 590 ss.

⁽¹⁰²⁾ L'espressione forse più autorevole di tale orientamento si può leggere nella « Relazione della Giunta del regolamento » della Camera dei Deputati « sul progetto di nuovo regolamento » (relatori gli onn. A. BOZZI, L. LUZZATTO e V. ROCNONI) presentato alla Presidenza della Camera il 10 luglio 1970. V. il vol. *Il nuovo regolamento della Camera dei Deputati*, cit., p. 10 s.

quanto previsto nei regolamenti della Camera. Come si è già notato risulta riservato uno spazio maggiore, rispetto al regolamento della Camera, ai singoli Senatori in quanto tali ed all'Assemblea nel suo immediato manifestarsi. Nello stesso senso sono anche da considerare il rilievo di fatto sempre riconosciuto ai senatori vitalizi non eletti; la conservazione del collegio uninominale nel sistema elettorale⁽¹⁰³⁾, utile a favorire la presentazione di uomini estranei agli apparati. In tale contesto, l'accentuazione in senso presidenzialistico del regolamento del Senato può anche apparire come obiettivamente idonea a garantire la continuità delle vecchie regole del parlamentarismo, di fronte alle contrarie tendenze ad attuare, fino all'estremo, la concezione propria della « Camera dei gruppi ».

Nell'insieme, pertanto, il Senato appare caratterizzarsi in confronto con la Camera dei Deputati per il rilievo proporzionalmente maggiore attribuito al modello di Camera dei singoli parlamentari anziché al modello di Camera dei gruppi.

24. - Ad una differenziazione determinatasi nei regolamenti parlamentari, nella legge, oltreché nella prassi interna di ciascuna assemblea, corrispondono talune tendenze determinatesi nella pratica della distribuzione del lavoro tra i due rami del Parlamento.

Va così osservata l'accentuata pratica di riconoscere, di fatto, al Senato una competenza specifica per i problemi di carattere regionale. Anche la Commissione bicamerale per i problemi delle Regioni prevista nell'art. 126, co. 4, Cost. ha la propria sede presso il Senato⁽¹⁰⁴⁾. Ora si può notare come,

(103) Sul carattere misto uninominalistico (fondato sulla candidatura individuale) e proporzionalistico di gruppo, nella concezione originaria del sistema elettorale del Senato, v., tuttora, le osservazioni di A. LA PERGOLA, *La successione al seggio senatoriale attribuito a primo scrutinio*, in *Giur. Cost.* 1957, p. 543 ss. e *passim*.

(104) V., C. CHIMENTI, *Organi bicamerali nel Parlamento italiano*, cit. Per un accenno v., anche, P. VIRCA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 12 e nota 3.

sul piano dei principi ideologici ed istituzionali, ogni decentramento contenga una attenuazione od una articolazione dialettica delle più consequenziarie visioni di partito e, quindi, anche della più rigida concezione della Camera dei gruppi. Il decentramento può, pertanto, conferire un certo spazio alle istanze del singolo parlamentare, posto che i nostri gruppi parlamentari appaiono organismi di « rappresentanza nazionale » unitaria e centrale ⁽¹⁰⁵⁾.

25. - Trascorrendo ad un diverso ordine di problemi, merita un cenno la cosiddetta questione di fiducia, che, come è noto, è un istituto non esplicitamente previsto dalla Costituzione, introdotto in via di fatto, ed, in generale, riconosciuto legittimo ⁽¹⁰⁶⁾. La prassi aveva, in proposito, determinato una sorta di regolamentazione, in rapporto alla dialettica Parlamento-Governo e della necessità di mantenere o rinsaldare la connessione fiduciaria fra Governo e maggioranza parlamentare, oppure come strumento atto a contrastare l'ostruzionismo delle opposizioni ⁽¹⁰⁷⁾. In sostanza, tutto si risolveva nella di-

⁽¹⁰⁵⁾ Il carattere del presente scritto non consente di esaminare il fenomeno c.d. del « predominio dei parlamentari sul partito » a séguito del quale la struttura del partito tende a decentrarsi al massimo, suddividendosi in molti comitati elettorali individuali. È stato osservato, peraltro, che i sistemi proporzionali favoriscono strutture di partito accentrate. In materia, v. M. DUVERGER, *I partiti politici*, trad. it., Milano 1975, p. 239 ss. Sia consentito, ancora una volta, rinviare alle osservazioni da noi svolte nel lavoro, *I gruppi parlamentari*, cit.

⁽¹⁰⁶⁾ Sul tema, v. A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Governo e Parlamento*, Milano 1973, *passim*, in ispecie p. 307 ss.; G. BOCCACCINI, *La questione di fiducia*, Milano 1974, p. 23 ss. e *passim*; L. VENTURA, *La questione di fiducia: spunti problematici*, in *Studi parlam. e di pol. cost.*, 1973, n. 2.

Sul tema, considerato in una più ampia visione delle convenzioni e consuetudini costituzionali, v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 1976, p. 152 ss. ed, in ispecie, p. 158.

⁽¹⁰⁷⁾ In particolare, v. S. TOSI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 376 ss., nonché A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia*, cit., p. 325 s.; sulla prassi v., anche, A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1969, 3-4, p. 7 s. ed in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1970, p. 250 ss.; G. U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, p. 77 ss.; *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 422.

chiarazione ufficiale, da parte del Governo, che sarebbe stato considerato rilevante il risultato della votazione sul testo in discussione ai fini della permanenza o delle dimissioni del Governo stesso ⁽¹⁰⁸⁾.

Nel 1971, per la Camera dei Deputati, con il nuovo regolamento, all'art. 116, è stata introdotta una disciplina difforme dalla vecchia prassi ⁽¹⁰⁹⁾, mentre, per il Senato, furono mantenute le regole « convenzionali » dettate dalla stessa prassi ⁽¹¹⁰⁾. Ne è derivata una notevole disparità pratica, tale da rendere, di fatto, « claudicante tutto il sistema bicamerale », almeno secondo l'espressione di un noto parlamentare e cultore del diritto pubblico ⁽¹¹¹⁾.

Va notato, infatti, che secondo le regole convenzionali, elaborate prima dei regolamenti del 1971, la questione di fiducia poteva essere proposta in ambedue i rami del Parlamento, prima della votazione, per qualsiasi testo in discussione: atti legislativi, atti di indirizzo o di controllo, atti di orga-

⁽¹⁰⁸⁾ Non è questa la sede per riesaminare il problema della legittimità costituzionale di tale istituzione, legittimità, del resto, riconosciuta dalla maggioranza della dottrina. V., per tutti, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 205, in nota; M. GALIZIA, s.v. *Crisi di Gabinetto*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1967, p. 372, 374, 379, 382 ss.; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia*, cit., p. 325 ss., e *passim*: A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia*, cit.

Contra v. A. DE VALLES, *Limiti al potere di porre la questione di fiducia da diritto pubblico*, Padova 1978, p. 173, che considera « almeno *praeter constitutionem* » parte del governo, in *Riv. Amm.* 1954, p. 614 ss. V., anche, P. BARILE, *Istituzioni di « il porre la questione di fiducia su atto diverso da una mozione »*; P. G. GRASSO, *Note in tema di dimissioni del governo*, in *Giur. Cost.* 1979, p. 179 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ In proposito, v. S. TOSI, *Innovazioni e conferme nella recente riforma del regolamento*, cit., p. 15 ss.; gli interventi di G. DUNI, *ibidem*, p. 51 e di G. AMATO, *regolamenti parlamentari*, nel volume collettivo *L'indirizzo politico nel nuovo re-ibidem*, p. 84 s.

⁽¹¹⁰⁾ In tal senso, si è espresso l'on. A. BOZZI nel suo intervento nel volume collettivo *L'indirizzo politico nel nuovo regolamento*, cit., p. 33 ss.; S. TOSI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 393.

⁽¹¹¹⁾ V. A. BOZZI, nell'intervento di cui alla nota precedente.

⁽¹¹²⁾ Per tale classificazione v. S. TOSI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 378 ss.

nizzazione od incidentali. Tale disciplina è rimasta in vigore solo per il Senato.

Per quanto concerne la Camera dei Deputati, come è noto, l'art. 116 reg. C.D. ha introdotto una serie di importanti e gravose limitazioni e restrizioni che sono state, sotto il profilo logico, ripartite in due categorie ⁽¹¹²⁾. La questione di fiducia, pertanto, non può essere proposta per i seguenti oggetti: a) procedimenti che attengono alla struttura, al funzionamento interno delle assemblee, ai titoli di ammissione e stato giuridico dei loro componenti; b) questioni di rilievo politico (inchieste, deliberazioni sull'ordine dei lavori, votazioni finali dei progetti di legge). Inoltre, la questione di fiducia ha perduto il suo carattere di arma anti-ostruzionismo, poiché, anche quando è posta per i singoli articoli di un progetto di legge, non strozza le discussioni nè preclude l'illustrazione degli emendamenti (art. 116, n. 1 e 2, reg. C.D.). In tal modo, il regolamento della Camera comporta, all'art. 116, una notevole restrizione per uno strumento fra i più adoperati dal Governo per affermare il proprio indirizzo politico. E ciò spiega come nella pratica sia stato avvertito un certo orientamento del Governo a proporre la questione di fiducia solo al Senato, ove non sono previste restrizioni, come quelle di cui all'art. 116, e si continua, come già si è detto, ad osservare la vecchia pratica, decisamente più elastica.

Da tale orientamento si pensa che possa anche derivare, come risultato ultimo, una sorta di trasferimento delle questioni in tema di indirizzo politico, da Montecitorio a Palazzo Madama ⁽¹¹³⁾.

Qui importa, soprattutto, osservare come le richiamate preclusioni al potere del Governo, contenute nell'art. 116 reg. C.D., siano correlate, in notevole misura, alla concezione

⁽¹¹³⁾ In tal senso v. le osservazioni di A. Bozzi e S. Tosi nei lavori citati, *supra*, n. 110.

conseguenziaria e rigida di « direzione collegiale » — mediante il concorso dei gruppi nelle decisioni — del lavoro parlamentare, accolta nel regolamento della Camera dei deputati. Si vogliono, infatti, sottrarre alla questione di fiducia molte, importanti decisioni sull'organizzazione dei lavori parlamentari, dotate di un rilievo politico (114). In definitiva, pertanto, si può scorgere una attuazione consequenziaria del proposito di seguire il modello della « Camera dei gruppi » anche in questa materia, attuazione che non si riscontra, invece, nel regolamento del Senato.

26. - Le pagine che precedono non esauriscono né pretendano certamente di esaurire il tema, vasto ed irto di molte difficoltà, del sistema bicamerale, intorno al quale si sono affaticati cultori di diritto costituzionale, di storia e di scienza politica, senza, peraltro, portare a soluzione sicura e definitiva le questioni principali.

Oggi il sistema bicamerale appare, quasi dovunque, in crisi, a cominciare dal paese, dove aveva avuto origine attraverso una mirabile e complessa evoluzione storica: l'Inghilterra (115). Le più recenti esperienze sembrano, del resto, offrire qualche ulteriore motivo ai fautori della teoria democratica radicale, sempre vivi, nel senso di riproporre il dilemma fra inaccettabilità di una Camera non designata secondo le concezioni democratiche e conservazione di un inutile doppiopione. D'altro canto, anche le strutture federali, oggi, sono

(114) È stato notato che, in forza dell'art. 116 reg. C.D., la questione di fiducia risulta esclusa per molte delle materie attinenti all'ordine da seguire nello svolgimento dei lavori parlamentari, genericamente comprese nella formula per cui detta questione non può essere proposta e « su tutti quegli argomenti per i quali il regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o per scrutinio segreto » (art. 116, n. 4 reg. C.D.). V. le osservazioni di S. Tosi, *Diritto parlamentare*, cit., p. 380 ss.

(115) Sulla questione v. L. STORLESE, *La crisi del bicameralismo in Inghilterra*, Milano 1966; F. G. MARX, *La chambre des Lords et l'actualité politique britannique*, in *Rev. dr. publ. et sc. polit.* 1968, p. 334 ss.; M. CHARLOT, *L'impossible réforme de la Chambre des Lords*, in *Rev. fr. sc. pol.*, 1969, p. 793 ss.

divenute alquanto problematiche. La crisi del bicameralismo, dunque, appare un fenomeno particolarmente diffuso negli ordinamenti occidentali, e non solo in Italia ⁽¹¹⁶⁾.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, si possono accogliere come particolarmente significative le proposizioni: « Il grave problema [del bicameralismo] è stato solo parzialmente affrontato dalla nostra Costituzione »; « ... il sistema bicamerale, quale istituto della nostra Costituzione, non è stato ritenuto aver dato buoni risultati » ⁽¹¹⁷⁾. Se vi sono seri motivi che inducono a riconoscere come fondate le critiche mosse alle statuizioni date nella nostra Carta costituzionale ⁽¹¹⁸⁾, va, di contro, rilevato che criticare l'inadeguatezza di una certa soluzione non significa affatto negare fondamento al problema *de quo* né propugnare una cancellazione mediante una abrogazione legale. Il critico coerente del Senato della Repubblica, pertanto, non dovrebbe essere senz'altro incline alla soppressione di esso. Oppugnare la infelice soluzione data ad un problema, comporta, infatti, la riaffermazione dell'esistenza ed, anche, dell'urgenza del problema stesso.

D'altro canto, certe proposte di riforma troppo sottili e sofisticate rischiano di eludere o quanto meno, di allontanare la soluzione stessa. Si può, per contro, pensare che qualunque tentativo di riforma, per riuscire efficace, debba muovere da una esatta ricognizione dello stato e dei risultati riconosciuti nella pratica, ossia dal « diritto vivente » ⁽¹¹⁹⁾. Nella materia *de qua*, sono rilevabili indicazioni, se non ancora idonee ad impostare una riforma organica, almeno sufficienti ad illuminare le necessità postulate dai fatti.

(116) V., Y. WEBER, *La crise du bicameralisme*, in *Rev. dr. publ. et sc. polit.* 1972, p. 573 ss., con ampia bibliografia in materia.

(117) V., G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 215 s.

(118) V., da ultimo, le osservazioni di F. MODUGNO, *Il sistema parlamentare al tramonto?*, in *Il Mulino* 1979, p. 469 ss.

(119) In questo senso v., da ultimo, P. BARILE-C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, cit., p. 3 ss.

ANNA MARIA DEL VECCHIO

**CENNI CIRCA IL CONTENUTO E L'APPLICAZIONE
DELL'ART. 100 DEL TRATTATO C.E.E.**

SOMMARIO: 1. Premesse generali. — 2. La portata e i limiti dell'art. 100 del Trattato C.E.E. — 3. Problemi terminologici in materia di ravvicinamento delle legislazioni. I rapporti tra la norma generale di cui all'art. 100 e le norme speciali. — 4. Il concetto di ravvicinamento rispetto a quello di unificazione. L'opportunità della scelta operata dal legislatore comunitario tra i due concetti indicati. — 5. Lo strumento giuridico preordinato all'attuazione del ravvicinamento delle legislazioni. Considerazioni sui caratteri dell'atto di direttiva. — 6. La prassi comunitaria dell'emanazione di direttive dettagliate. I problemi da essa derivanti. — 7. L'ammissibilità, in materia di ravvicinamento delle legislazioni, delle direttive che limitano la competenza esecutiva degli Stati. — 8. Il procedimento formativo delle direttive di ravvicinamento. La determinazione del contenuto di esse attraverso il contemperamento degli interessi nazionali e comunitari. — 9. I problemi posti in concreto dall'applicazione dell'art. 100. — 10. Le soluzioni proposte dalla Commissione C.E.E. e dalla dottrina italiana per risolvere tali problemi.

1. - Gli Stati che fanno parte della Comunità economica europea, nonostante siano reciprocamente legati da numerosi vincoli di cooperazione generale e di solidarietà economica, impliciti nell'instaurazione del mercato comune, sono tuttavia portatori di un proprio ordinamento giuridico, il quale conserva i propri caratteri e la propria individualità. È quindi normale che in relazione alla disciplina della medesima materia sussistano anche notevoli disparità nell'ambito dei singoli ordinamenti statuali ed una autonoma e spesso divergente elaborazione, e ciò rispetto a materie la cui disciplina può avere un'incidenza diretta ai fini dell'attuazione degli obiettivi comunitari.

Va infatti rilevato come l'attuazione di un mercato comune integrale, quale è quello previsto dal Trattato di Roma, non comporti unicamente la liberalizzazione dei fattori della produzione ed il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, ma presupponga necessariamente anche una certa affinità delle legislazioni tra gli Stati medesimi nelle

materie che rientrano nell'ambito di previsione del Trattato; altrimenti sarebbe estremamente arduo conseguire i fini che il Trattato impone agli organi comunitari.

Il problema, postosi già all'atto della costituzione della Comunità economica europea, ha assunto una particolare rilevanza in seguito all'ampliamento della Comunità per cui, accanto ai sistemi giuridici dei sei Stati fondatori — peraltro abbastanza affini tra loro in quanto tutti appartenenti al cppo dei c.d. diritti romanistici — sono venuti a coesistere sistemi di diversa origine e natura. Il che, anche in vista di un ulteriore allargamento della Comunità europea alla Spagna e al Portogallo, rende sempre più necessaria l'attuazione di ravvicinamento tra i vari sistemi, al fine di rendere meno difformi norme che presentano tra loro notevoli divergenze, le quali possono rendere le norme medesime contrastanti con gli obiettivi comunitari, o quanto meno causa di fenomeni che non sono conformi al buon funzionamento del mercato comune europeo ⁽¹⁾.

(1) In generale, sul ravvicinamento delle legislazioni, cfr. DRAETTA, *Il ravvicinamento delle legislazioni nel Trattato istitutivo della C.E.E.*, in *Dir. internaz.* 1962, p. 43 e ss.; *Id.*, *Commento agli artt. 100-102*, in *Commentario C.E.E.*, Milano, 1965, II, p. 787 e sg.; MALINTOPPI, *Il ravvicinamento delle legislazioni come problema di diritto internazionale*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1959, p. 239; MONACO, *Le rapprochement des législations nationales dans le cadre du Marché Commun*, in *Annuaire français*, 1957, p. 558; *Id.*, *L'adeguamento delle legislazioni nazionali nell'ambito del mercato comune europeo*, in *Diritto dell'economia*, 1957, pp. 1147-1160; *ibidem*, in *Scritti di diritto europeo*, Milano, 1972, p. 233 e s.; *Id.*, *Caratteri istituzionali della C.E.E.*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1958; *Id.*, *Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen*, in *Revue int. de droit comparé*, 1960, p. 61; *Id.*, *Observations préliminaires sur le rapprochement des législations dans le cadre du marché commun*, Roma, 1957, p. 17; *Id.*, *La méthode de l'harmonisation normative dans le marché commun européen*, in *Jus et Lex, Fest. Max Gutzwiller*, 1959, p. 149; CATALANO, *La C.E.E. et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation des droits des Etats membres*, in *Revue int. de droit comparé*, 1961, p. 5; *Id.*, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962; GRISOLI, *Integrazione economica europea ed unificazione del diritto*, in *Riv. di dir. comm.*, 1959, p. 461 e s.; UDINA, *L'armonizzazione delle legislazioni nazionali dei paesi membri delle comunità europee*, in *Annuario di dir. comm.*, 1959, p. 191; REUTER, *Communautés euro-*

2. - Il concetto di ravvicinamento non costituisce, in realtà, un *quid novi* introdotto dal Trattato C.E.E. potendosi già individuare negli ordinamenti degli enti di cooperazione europea anteriori alla C.E.E. un complesso di norme e di principi i quali, predisponendo degli obiettivi comuni e attribuendo agli organi istituzionali dei poteri per il raggiungimento di questi obiettivi, favoriscono indirettamente il processo di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri⁽²⁾.

Il problema, comunque, è stato per la prima volta specificamente e direttamente posto nel Trattato C.E.E. con un corpo di norme generali, le quali predispongono una procedura di intervento diretta, senza limiti di materia, abilitando gli organi della Comunità al ravvicinamento di disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri. Ciò nel caso in cui venga riconosciuto che una divergenza nella struttura degli ordinamenti giuridici nazionali incide direttamente sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune (art. 100 C.E.E.); qualora, in seguito all'eliminazione di una disparità nei principi legislativi, regolamentari e amministrativi degli Stati membri, possa venire meno una distorsione nelle condizioni di concorrenza del mercato comune (art. 101 C.E.E.); qualora, infine, vi sia motivo di temere una distorsione dall'emanazione o dalla modifica di disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative. (art. 102 C.E.E.).

Poiché con le norme suddette il ravvicinamento delle legislazioni è stato per la prima volta disciplinato in via generale, nonché specificamente posto come uno degli obiettivi di un trattato internazionale ad attuazione differita, la dottri-

pécennes et techniques d'unification, Les problèmes jur. et écon. du marché commun, Paris, 1960, pp. 15-25; LIMPENS, *Harmonisation des législations dans le cadre du Mec*, in *Revue int. de droit comparé*, 1967, p. 622.

(2) Cfr. DRAETTA, in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 785.

na ha posto in rilievo come esso assurga al rango di problema di diritto internazionale ⁽³⁾.

A) Tra le ipotesi ricomprese nel Trattato C.E.E. sotto il titolo « ravvicinamento delle legislazioni », quella contenuta nella norma di cui all'art. 100 è di gran lunga la più importante. Il ravvicinamento delle legislazioni quale viene configurato in tale norma, si basa, in sostanza, sul riconoscimento alla Comunità del potere giuridico di promuovere un'attività normativa di adeguamento agli impegni derivanti dal Trattato, mediante l'eliminazione degli ostacoli di ordine legislativo, suscettibili di ostacolarne l'attuazione: ciò al fine di garantire le condizioni necessarie per la realizzazione del mercato comune nell'ambito degli ordinamenti statuali ⁽⁴⁾.

Il processo di ravvicinamento delle legislazioni di cui all'art. 100 deve pertanto intendersi in senso quantitativamente ristretto, essendo esso preordinato per realizzarsi nell'ambito specifico di quelle norme « che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune ». L'espressione, nonostante venga utilizzata anche in altre norme del Trattato, è poco chiara: quasi tutte le norme giuridiche degli Stati membri, sottoposte ad una rigida interpretazione, possono infatti rivelare tale incidenza diretta sulla vita economica e, quindi, sul funzionamento del mercato comune. La conclusione porterebbe però ad ampliare in modo contra-

(3) Così, particolarmente, MALINTOPPI, *Il ravvicinamento delle legislazioni...*, cit., p. 250 e s., per cui dovrebbe però distinguersi tra l'art. 100 e gli artt. 101 e 102. Secondo questo Autore, solo l'art. 100 atterrebbe effettivamente al ravvicinamento delle legislazioni, mentre nelle altre due disposizioni il ravvicinamento delle legislazioni non costituirebbe « l'oggetto specifico ed immediato delle norme internazionali, sibbene soltanto la conseguenza dell'eliminazione di distorsioni causate da regole nazionali sulla concorrenza economica », eliminazione resa obbligatoria nei limiti e secondo le modalità predisposti dal Trattato C.E.E. (*op. cit.*, p. 251). In senso difforme, a tale proposito, vedi però DRAETTA, *op. ult. cit.*, p. 275.

(7) Cfr. GRISOLI, *op. cit.*, p. 464; MONACÓ, *Le rapprochement des législations nationales...*, cit., p. 568.

rio alla salvaguardia dell'equilibrio tra gli interessi statuali e comunitari l'ambito di applicazione dell'art. 100.

Né si può condividere la tesi per cui un'influenza sul mercato comune potrebbe aversi solo nel caso in cui le difformità tra le norme volte a disciplinare le relazioni commerciali tra le imprese degli Stati membri e le condizioni della concorrenza impediscano il funzionamento del mercato comune in quanto tale ⁽⁵⁾: l'affermazione è infatti caratterizzata da una visione troppo restrittiva dell'ambito di applicazione e dello scopo dell'art. 100 ⁽⁶⁾.

Non si rivela quindi l'opportunità di ricercare, in questa materia, un criterio di distinzione preciso che finirebbe anzi con il travisare il senso e la portata dell'art. 100, spettando piuttosto alle istituzioni comunitarie operare una valutazione discrezionale dei singoli casi, attraverso un'indagine comparativa delle varie disposizioni statuali, al fine di accertare in esse l'esistenza o meno dell'influenza in oggetto e della sua natura ⁽⁷⁾.

B) Sotto l'aspetto qualitativo il ravvicinamento delle legislazioni di cui all'art. 100 va invece considerato in senso ampio, in quanto concerne non solo le disposizioni legislative, ma anche le disposizioni regolamentari ed amministrative.

Il riferimento alle disposizioni amministrative, in particolare, ha fatto sorgere qualche problema in ordine alla determinazione esatta del contenuto dell'atto. Alcuni scrittori hanno sostenuto che andrebbero esclusi gli atti amministrativi

(5) La tesi è sostenuta da WOHLFAHRT, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, in *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag*, Berlin-Frankfurt, 1960, p. 302 e s.

(6) Così BERNINI, *Profili di diritto delle Comunità europee*, Napoli, 1968, p. 260.

(7) In senso sostanzialmente conforme DRETTA, in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 791.

aventi carattere individuale ⁽⁸⁾; altri, invece, hanno affermato la necessità dell'inclusione di essi ⁽⁹⁾. Ciò per il fatto che l'interpretazione della formula « disposizioni amministrative » non comporta, né giustifica restrizioni di sorta, le quali non sarebbero conformi all'impostazione da cui muove il legislatore comunitario, ispirata dall'esigenza di correggere qualsiasi disparità incompatibile con il funzionamento del mercato comune.

Anche senza porre espressamente limitazioni all'interpretazione dell'espressione in esame, va rilevato come l'inclusione nell'art. 100 delle disposizioni di carattere amministrativo appaia estremamente necessaria ai fini del conseguimento degli obiettivi comunitari. È infatti assai frequente il caso in cui da atti amministrativi difformi, pur in presenza di testi legislativi abbastanza analoghi o addirittura uniformi, possa derivare una regolamentazione notevolmente diversa del caso di specie ⁽¹⁰⁾.

Sempre in relazione alla portata dell'art. 100 va poi rilevato come l'azione di ravvicinamento non debba considerarsi limitata alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in vigore negli ordinamenti degli Stati membri al momento della ratifica del Trattato C.E.E., ma vada estesa a tutte le disposizioni che, nelle stesse materie ed entro i limiti indicati dall'art. 100, saranno adottate in futuro da parte dei singoli Stati membri, e ciò anche nell'ipotesi in cui le mutazioni degli ordinamenti statuali si ricolleghino all'attuazione concreta che gli organi comunitari abbiano operato rispetto ai principi del Trattato. Non può escludersi in-

⁽⁸⁾L'affermazione è condivisa da MONACO, *Le rapprochement des législations nationales...*, cit., p. 560; WOHLFARTH e altri, cit., p. 302; DRAETTA, *op. ult. cit.*, p. 791.

⁽⁹⁾La concezione è avanzata da VALENTI-PAOLINI, *Commentario: problemi terminologici in materia di « ravvicinamento delle legislazioni » nel Trattato istitutivo della C.E.E.*, in *Riv. di dir. europeo*, 1962, p. 286.

⁽¹⁰⁾Cfr. BERNINI, *op. cit.*, p. 263.

fatti che proprio tale azione abbia messo in luce divergenze nei sistemi degli Stati membri.

La considerazione muove dall'ampia formulazione dell'art. 100, il quale parla di incidenza diretta, oltre che sull'instaurazione, sul funzionamento del mercato comune: il che conferisce una particolare ampiezza all'azione di ravvicinamento, la quale diviene pertanto un'opera praticamente indeterminata nel tempo, potendo essa manifestarsi anche in fasi molto avanzate di realizzazione dell'integrazione economica europea ⁽¹¹⁾.

3. - Va peraltro rilevato come l'azione comunitaria di ravvicinamento delle legislazioni nazionali venga disciplinata nel Trattato C.E.E. in duplice forma. Oltre alle norme generali di cui agli artt. 100-102, il Trattato contiene infatti una serie di norme speciali le quali contemplanò e disciplinano espressamente ipotesi concrete di adeguamento ⁽¹²⁾. Senonché la terminologia usata dal Trattato in questi casi speciali è varia (adeguamento, coordinamento, armonizzazione, adattamento, riordinamento, posizione di norme comuni).

In dottrina si è discusso ampiamente se questi termini debbano considerarsi come concettualmente diversi oppure come sinonimi nell'ambito del Trattato. Taluni si sono mostrati favorevoli ad una loro differenziazione ⁽¹³⁾; altri, in-

(11) Vedi, in questo senso, MONACO, *Comparaison et rapprochement des législations...*, cit., p. 67; *Id.*, *Le rapprochement...*, cit., p. 560.

(12) Cfr., ad es., le disposizioni relative alle tariffe doganali (art. 27); le norme intese a eliminare gli ostacoli alle prestazioni di lavoro e al diritto di stabilimento nei limiti in cui possa facilitarne l'accesso e l'esercizio in uno Stato membro diverso da quello di origine a prestatori d'opera non salariati (artt. 54, 57, 58 e 66); le norme speciali restrittive delle attività di persone o società straniere, fondate su ragioni di sicurezza, salute e ordine pubblici (art. 56); le disposizioni fiscali riguardanti l'imposta sulla cifra d'affari, le imposte di consumo ed altre imposte indirette, ivi comprese le misure di compensazione applicabili agli scambi fra gli Stati membri (art. 99).

(13) Così DRAETTA, *Il ravvicinamento delle legislazioni nel Trattato istitu-*

vece, hanno ritenuto inutile una distinzione tra essi ⁽¹⁴⁾, per il rilievo che lo stesso Trattato non è scritto in modo da giustificarla ⁽¹⁵⁾.

In effetti ad ognuno dei termini indicati, sulla base delle disposizioni costituzionali della Comunità, nella loro formulazione letterale, è possibile attribuire un significato preciso. Senonché, muovendo da siffatta impostazione, si rischia di perdere di vista la vera essenza delle statuizioni del legislatore comunitario, con il rischio di ingenerare la convinzione che esse abbiano voluto perseguire tanti fini distinti quanti sono i termini usati, attribuendo a ciascuno di essi una portata del tutto autonoma ⁽¹⁶⁾; mentre è invece evidente che i vari termini indicati nel Trattato non corrispondono ad altrettanti fini specifici perseguiti dal Trattato medesimo, ma si innestano in uno schema logico nel cui ambito ognuno di essi appare come mezzo di attuazione di un fine unico perseguito dal legislatore comunitario, che è dato dalla instaurazione e dal corretto funzionamento del mercato comune.

Siffatta conclusione induce a ritenere che, almeno in linea di principio, la disposizione generale di cui all'art. 100 possa venire applicata anche in relazione a quelle materie per cui il Trattato prevede una disciplina speciale ⁽¹⁷⁾, nonostante le disposizioni relative non contengano in genere un esplicito richiamo all'art. 100: l'applicazione del disposto dell'art. 100 non incontra infatti limiti quanto alla materia sem-

tivo C.E.E., in *Dir. internaz.*, 1962, pp. 49-50; Id., in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 794; in senso conforme MONACO, *Comparaison et rapprochement...*, cit., pp. 63-65.

⁽¹⁴⁾ Cfr. LALIVE, *Harmonisation et rapprochement des législations européennes*, *Integration européenne*, Genève, 1964, p. 60.

⁽¹⁵⁾ Cfr. STEIN, *Assimilation of law as a function of european integration*, in *The American Journal of int. law*, 1964, p. 5.

⁽¹⁶⁾ Nel senso indicato vedi VALENTI-PAOLINI, *op. cit.*, p. 282.

⁽¹⁷⁾ Esclude l'applicabilità dell'art. 100, relativamente ad alcuni settori, quali ad es. trasporti e agricoltura, per i quali è prevista una politica comune, il WOHLFARTH e altri, cit., p. 203. In senso critico nei confronti di tale concezione cfr. DRAETTA, in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 795.

pre che ricorrano le condizioni desumibili dal contenuto della norma. L'unico limite all'applicazione della norma generale di cui all'art. 100 ai casi speciali, espressamente previsti dal Trattato, è dato dalla circostanza che le disposizioni specifiche, ad essi relative, importino una procedura per certi aspetti più rigorosa rispetto a quella prevista dall'art. 100: il che non trova conferma nel testo del Trattato (18).

4. - Una diversità sostanziale sussiste invece tra il concetto di ravvicinamento o armonizzazione dei diritti e unificazione degli stessi (19).

Quando si parla di unificazione, o di uniformizzazione del diritto si indica la creazione, nell'ambito dei sistemi giuridici di un certo numero di Stati, di norme identiche, rispetto ad una stessa materia e comprendenti la regolamentazione di interi istituti. Tale obiettivo può venire realizzato in primo luogo attraverso convenzioni internazionali di diritto uniforme, il cui procedimento di formazione e di esecuzione negli ordinamenti statuali si sviluppa in genere entro termini considerevolmente lunghi (20); esso, inoltre, può attuarsi con riferimento all'attività all'uopo posta in essere da taluni enti internazionali, mediante la recezione obbligatoria delle norme emanate dagli organi dell'ente, per cui si viene a costituire, nei singoli Stati, un diritto interno uniforme mutuato dall'ordinamento dell'ente internazionale: e pertanto, rispetto alla regolamentazione della materia che ha costituito oggetto dell'atti-

(18) Secondo il GRISOLI (*Integrazione economica europea...*, cit., p. 463) l'applicazione dell'art. 100 dovrebbe estendersi anche a quei casi, come quello dell'art. 220, in cui il Trattato, pur delineando nuovi campi di attuazione dell'opera di armonizzazione, non definisce alcuna modalità all'intervento degli organi comunitari.

(19) Vedi, sul punto, anche per le indicazioni bibliografiche, DRAETTA, *op. cit.*, p. 788.

(20) Cfr. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *Le coordination ou l'unification du droit par voie de convention entre les Etats membres*, in *Les instruments du rapprochement des législations dans la C.E.E.*, Bruxelles, 1976, p. 153.

vità normativa dell'organizzazione, gli ordinamenti interni degli Stati non si differenziano più gli uni rispetto agli altri ⁽²¹⁾.

In entrambi i casi, tuttavia, è riscontrabile una certa forzatura, in quanto il mutamento prodottosi nell'ambito del diritto positivo interno viene imposto dall'esterno. Ne deriva che un'effettiva unificazione non è facilmente attuabile in concreto; ed anche qualora sia possibile realizzare l'immissione di norme uniformi negli ordinamenti giuridici di una pluralità di Stati, bisogna tenere presente che tali norme possono venire ad assumere un significato diverso in rapporto ai vari ordinamenti degli Stati in cui vengono immesse, e possono venire interpretate in modo difforme da parte degli organi di giurisdizione dei singoli Stati.

Nell'ipotesi di ravvicinamento, invece, la situazione è diversa. Anche in questo caso si tende a realizzare un « movimento degli ordinamenti giuridici l'uno verso l'altro » ⁽²²⁾; diversamente dall'ipotesi di unificazione, tale movimento avviene però gradualmente e senza fratture, in quanto gli strumenti normativi preordinati all'attuazione di esso sono in genere tali da consentire agli Stati un certo margine di discrezionalità.

Nel Trattato C.E.E. il concetto di ravvicinamento è stato preferito a quello di unificazione. Ciò, evidentemente, anche per la considerazione che le difformità esistenti tra i vari sistemi statuali, in relazione alle materie concernenti il mercato comune, sono determinate da diverse situazioni ambientali ⁽²³⁾: di qui l'opportunità di superarle in una maniera graduale, senza contrasti violenti.

Non va infatti dimenticato che il Trattato C.E.E. si ba-

⁽²¹⁾ Cfr. LOVIS, *Le règlement source directe d'unification des législations*, in *Les instruments du rapprochement des législations*, cit., p. 15.

⁽²²⁾ Così, testualmente, BERNINI, *Profili di diritto delle Comunità europee*, cit., p. 256.

⁽²³⁾ Vedi, in questo senso, DRAETTA, in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 789.

sa su di un complesso e delicato rapporto di poteri e competenze, in cui prevalgono talora gli Stati membri e tal'altra le istituzioni comunitarie, per cui il mantenimento di un equilibrio tra le due componenti appare di estrema importanza ⁽²⁴⁾. Ai fini della salvaguardia di tale equilibrio un sistema di leggi uniformi o di norme imposte dall'esterno — le quali, per la loro attuazione concreta negli ordinamenti statuali, prescindano dall'attività esecutiva degli organi competenti degli Stati — avrebbe potuto rivelarsi inadeguato, in quanto suscettibile di dare luogo a contrasti tra la Comunità e gli Stati membri. Di qui la previsione, nell'art. 100 del Trattato, di un sistema più flessibile il quale, pur vincolando gli Stati membri ai principi fissati in modo inderogabile dalle istituzioni comunitarie, consenta agli Stati medesimi una certa libertà di azione in ordine all'attuazione dei principi indicati.

5. - L'elasticità del procedimento di cui all'art. 100 appare dallo strumento giuridico scelto dal legislatore comunitario per attuare il ravvicinamento: il 1° comma della norma in questione prevede infatti che l'azione comunitaria di ravvicinamento delle legislazioni nazionali debba attuarsi mediante « direttive » adottate all'unanimità dal Consiglio, su proposta della Commissione.

A) Sulla natura dell'atto di direttiva si è ampiamente discusso in dottrina, con tesi spesso contrastanti.

Secondo taluni la direttiva dovrebbe venire esclusa dalla categoria degli atti normativi ⁽²⁵⁾, o almeno dovrebbe venire considerata solo fonte indiretta di disposizioni normative (quelle adottate dagli Stati membri in adempimento di es-

⁽²⁴⁾ L'esigenza è particolarmente avvertita da MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano, 1962, p. 60, e partic. cap. V.

⁽²⁵⁾ Cfr. ΟΡΗΪΛΣ, *Les règlements et les directives dans les Traités de Rome*, in *Cahiers de droit européen*, 1966, n. 2, p. 6.

se) ⁽²⁶⁾: ciò in quanto ad essa non può ricollegarsi l'efficacia vincolante generale e diretta che è propria degli atti normativi.

Altri, invece, hanno sostenuto che la direttiva dovrebbe venire ricompresa tra gli atti normativi in senso lato ⁽²⁷⁾. Altri, ancora, hanno affermato che la direttiva dovrebbe considerarsi, quanto alla natura ed agli effetti prodotti, un atto semi-obbligatorio ⁽²⁸⁾. Più specificamente, nell'atto di direttiva dovrebbero distinguersi due parti: l'una, quella che attiene all'obiettivo da raggiungere, a carattere precettivo; l'altra, quella che attiene ai mezzi da utilizzare, a carattere dispositivo, e quindi derogabile. Di qui il carattere misto dell'atto, in parte obbligatorio ed in parte non vincolante ⁽²⁹⁾.

In effetti, tenuto conto che la direttiva impone agli Stati cui è indirizzata soltanto un'obbligazione di risultato, lasciando loro la scelta delle misure di esecuzione, è evidente come ad essa non possa venire riconosciuta la stessa efficacia normativa che è propria del regolamento ⁽³⁰⁾. Mentre que-

⁽²⁶⁾ Tale è la concezione accolta da CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, cit., p. 130. In senso conforme cfr. PESCATORE, *Les aspects fonctionnels de la C.E.E., notamment les sources de droit*, in *Les aspects juridiques du Marché commun*, Liège, 1958, p. 58 e s.; DE VERGOTTINI, *Note sugli atti amministrativi e normativi dell'ordinamento comunitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1963, p. 915.

⁽²⁷⁾ In questo senso cfr. BERNINI, *op. cit.*, p. 148 e s.

⁽²⁸⁾ Cfr. MONACO, *Le istituzioni internazionali di cooperazione europea*, Milano, 1956, pp. 26 e 59.

⁽²⁹⁾ La costruzione del MONACO, elaborata in relazione alle raccomandazioni della C.E.C.A., è stata poi sottoposta a riesame dal MALINTOPPI (*Le raccomandazioni internazionali*, Milano, 1958, p. 14 e seg.), il quale ha circoscritto il contenuto della direttiva alla determinazione dell'obiettivo da raggiungere. Secondo questo Autore l'indicazione delle forme e dei mezzi utilizzabili a tal fine resterebbe estranea alla direttiva, per cui essa dovrebbe ritenersi un atto obbligatorio il cui oggetto è istituzionalmente limitato all'enunciazione di un risultato da conseguire.

⁽³⁰⁾ Sulla natura e l'efficacia dei regolamenti comunitari vedi tra gli altri, nella dottrina italiana meno recente, TOSATO, *I regolamenti della C.E.E.*, Milano, 1963; GASPARRI, *Studi sulla giustizia amministrativa nelle Comunità europee*, Milano, 1965. Per la dottrina più recente, e per un richiamo della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale italiana in proposito, vedi LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, p. 30 e sg.

st'ultimo costituisce uno strumento di azione diretta nella Comunità, in quanto pone in determinate materie un complesso di norme immediatamente efficaci nei confronti di tutti i soggetti comunitari, ivi comprese le persone fisiche e giuridiche, la direttiva si limita a disciplinare soltanto l'azione degli Stati destinatari, imponendo ad essi l'adozione di provvedimenti di un contenuto determinato.

Pur presupponendo la direttiva, ai fini della sua attuazione, la cooperazione dell'apparato istituzionale degli Stati destinatari, va comunque rilevato come anche tale atto comporti delle obbligazioni⁽³¹⁾, se pure di carattere internazionale e, quindi, riferibili essenzialmente agli Stati e non ai soggetti di diritto operanti nell'ambito degli Stati. È peraltro evidente che, essendo gli Stati destinatari della direttiva vincolati al risultato in essa prescritto in modo inderogabile, una eventuale modifica apportata dagli Stati medesimi al risultato indicato configura inevitabilmente una violazione dell'obbligazione derivante dalla direttiva e, di conseguenza, un comportamento illegale degli Stati in questione, sanzionabile innanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee ai sensi degli artt. 169 e 170 del Trattato C.E.E. Entro i limiti indicati la natura obbligatoria dell'atto di direttiva non può essere quindi contestata, così come non può dubitarsi che, entro gli stessi limiti ed ai medesimi effetti l'adozione di una direttiva costituisca l'esercizio di un vero e proprio potere giuridico⁽³²⁾.

B) Sempre in relazione alla natura dell'atto di direttiva va poi rilevato che tale atto può avere tanto portata generale quanto effetto singolare. Ed infatti la definizione alquanto equivoca al riguardo, contenuta nell'art. 189 (« la direttiva vin-

(31) Cfr. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes, Etudes des sources du droit communautaire*, 1971, p. 90.

(32) Cfr. MALINTOPPI, *Il ravvicinamento delle legislazioni*. cit., p. 256.

cola lo Stato membro cui è rivolta . . . ») non deve far pensare ad una contrapposizione sotto tale aspetto tra il regolamento (il quale, così come viene configurato nel medesimo articolo, ha carattere esclusivamente generale) e la direttiva (cui dovrebbe essere riconosciuta un'efficacia meramente singolare). Muovendo da siffatta impostazione, giustamente respinta dalla dottrina⁽³³⁾, si dovrebbe ritenere che in materia di ravvicinamento delle legislazioni, non essendo sinora ammessa l'emanazione di regolamenti, i poteri degli organi comunitari siano limitati ad atti aventi efficacia singolare: il che snaturerebbe il concetto stesso di ravvicinamento, il quale presuppone appunto il contemporaneo e reciproco ravvicinamento delle legislazioni di tutti gli Stati membri⁽³⁴⁾.

Salvo restando il carattere puramente generale del regolamento, la formula dell'art. 189 del Trattato va quindi interpretata in modo da porre in luce la differenza intercorrente tra regolamenti e direttive dal punto di vista della loro efficacia obiettiva, e non anche di quello della loro potenziale sfera di efficacia soggettiva.

Una tendenza ad ampliare gli schemi predisposti dall'art. 189, rispetto all'efficacia dell'atto di direttiva, si è d'altronde andata delineando con sempre maggiore evidenza in questi ultimi anni, ed in conformità con tale orientamento si è ammesso che anche alle disposizioni contenute nelle direttive possa venire talora riconosciuta efficacia diretta nell'ordinamento statale, nel senso che esse possano far sorgere in capo ai privati diritti soggettivi che i giudici interni debbono tutelare. Tale impostazione, accolta dalla più recente dottri-

(33) Cfr. particolarmente MALINTOPPI, *op. cit.*, p. 256, in nota.

(34) Secondo il DRAETTA (in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 793), ciò è confermato dal secondo comma dell'art. 10 che prevede la preventiva consultazione del Parlamento e del Comitato economico e sociale in merito alle direttive « la cui esecuzione importerebbe, in uno o più Stati membri, una modificazione nelle disposizioni legislative »: solo una direttiva generale può provocare modificazioni nelle legislazioni di più Stati membri.

na⁽³⁵⁾, si ricollega all'indirizzo seguito dalla Corte comunitaria, in un primo tempo in relazione all'applicabilità diretta delle norme del Trattato, e successivamente anche a proposito degli effetti delle direttive, la cui efficacia diretta nell'ordinamento interno è stata affermata dalla Corte a condizione che le disposizioni in esse contenute prevedano la disciplina di situazioni giuridiche effettuata in modo chiaro, preciso ed incondizionato⁽³⁶⁾.

Il principio, che è stato poi accolto, se pure con qualche esitazione, anche dalla giurisprudenza italiana⁽³⁷⁾, si inserisce in un orientamento costantemente seguito dalla Corte di Giustizia, ed ispirato al principio che qualsiasi atto comunitario, il cui scopo ed il cui contenuto lo consentano, deve possedere un'efficacia diretta e quindi, sempre a tali condizioni, natura obbligatoria. In ultima analisi ciò si connette all'affermazione del principio dell'effetto utile nei sistemi comunitari, per cui ogni norma od atto posto nell'ambito della Comunità si suppone formulato con un senso logico, e dotato della capacità di una ragionevole applicazione⁽³⁸⁾.

(35) In questo senso vedi tra gli altri, nella dottrina italiana, CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità economica europea*, in *Riv. di dir. internaz. priv. e proc.*, 1972, p. 225 e s.; ID., *La direttiva comunitaria nel diritto interno*, Relazione alla VII Tavola Rotonda sul diritto delle Comunità europee, UCSC, Milano 9-10-11/73, p. 4; ASTOLFI, *Sulla diretta applicabilità della direttiva comunitaria*, in *Il diritto negli scambi internazionali*, 1971, p. 239 e sg.; BISCOTTINI, *Sull'applicabilità immediata di talune direttive comunitarie*, in *Riv. di dir. internaz. priv. e proc.*, 1974, p. 230; SBOLCI, *L'applicabilità immediata delle direttive comunitarie e l'ordinamento italiano*, in *Riv. di dir. internaz.* 1977, p. 17 e sg.; POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1979, 2^a ed., p. 216 e sg.

(36) Cfr. in partic. sent. 6 ottobre 1970, in causa 9/70, e sent. 17 dic. 1970, in causa 33/70, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, XVI, p. 1213 e s.

(37) Il principio dell'efficacia diretta dell'atto di direttiva, alle condizioni indicate dalla Corte comunitaria, è stato ammesso dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza del 22 luglio 1976, n. 182, in *Foro it.* 1976, 2325 e s. Più cauta al riguardo appare la posizione assunta dalla stessa Corte nella sentenza 29 dicembre 1977, n. 163, in *Foro it.*, 1978, I, 1.

(38) Cfr. MONACO, *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. di dir. europeo*, 1963, p. 3, e s.

6. - In linea generale, peraltro, le disposizioni contenute in una direttiva istituiscono un rapporto esclusivamente tra la Comunità e gli Stati, senza immettersi direttamente nei sistemi statuali ed acquisire rilevanza giuridica per i privati. Limitandosi ad imporre agli Stati destinatari un'obbligazione di risultato, è infatti evidente che esse non possono ritenersi produttive di effetti per soggetti diversi dagli Stati stessi indipendentemente dall'esistenza di misure esecutive interne, la scelta delle quali è rimessa alla competenza discrezionale degli Stati in questione.

Non di rado, tuttavia, la discrezionalità degli Stati in ordine all'attuazione di una direttiva è più apparente che reale. Ciò in quanto gli organi della Comunità manifestano la tendenza ad emanare direttive dal contenuto sempre più particolareggiato, per cui la competenza applicativa degli Stati si riduce talora soltanto alla scelta della forma giuridica esterna (legislativa o amministrativa) da dare alla norma già fissata sul piano comunitario, nonché del termine di attuazione del risultato prescritto, il quale è pertanto condizionato solo negli strumenti tecnici o formali prescelti per la sua realizzazione. In certi casi, poi, anche sotto l'aspetto meramente formale la competenza applicativa degli Stati viene ad essere vincolata: la scelta del termine, infatti, è sovente limitata alla presenza di una data entro la quale deve venire obbligatoriamente attuata la trasposizione sul piano nazionale della norma comunitaria e la scelta delle forme attiene unicamente alla denominazione dell'atto, potendo talora sussistere per gli organi statuali preposti all'attuazione di una direttiva l'obbligo di riportare testualmente nell'atto di diritto interno il contenuto dell'atto comunitario ⁽³⁹⁾.

(39) Vedi, in materia, le considerazioni di KELLERMANN, *Les directives de la C.E.E. dans l'ordre juridique néerlandais*, in *Cahiers de droit européen*, 1969, p. 262; e, più di recente, ADINOLFI, *Il ravvicinamento delle legislazioni e l'eliminazione degli ostacoli tecnici agli scambi*, in *Il diritto negli scambi internazionali*, 1974, p.

Il che fa sorgere qualche problema nell'ipotesi in cui la materia oggetto della direttiva sia tale da richiedere l'intervento del potere legislativo: in questo caso, infatti, la direttiva obbliga il Parlamento a legiferare, imponendogli però il contenuto della sua legislazione.

Il problema è stato dibattuto in dottrina in relazione alla natura della legge interna adottata in esecuzione della direttiva. Alcuni scrittori, accentuando la posizione di supremazia del diritto comunitario nei confronti del diritto interno, hanno configurato gli organi legislativi nazionali come strumenti esecutivi del diritto comunitario⁽⁴⁰⁾. L'affermazione, nella sostanza, è condivisa da altri scrittori i quali, portandola alle estreme conseguenze, hanno ravvisato nell'emanazione della legge interna in esecuzione di una direttiva « l'exercice par le législateur national d'une compétence liée »⁽⁴¹⁾. Si sarebbe quindi in presenza di una legislazione delegata, per cui verrebbe ad istituirsi un rapporto di complementarietà tra diritto interno e diritto comunitario, con assoluta preminenza di quest'ultimo⁽⁴²⁾.

A questo punto appare peraltro inevitabile il rilievo concernente l'effettiva possibilità per gli organi comunitari di delegare i propri poteri anche qualora il Trattato istitutivo non abbia conferito loro la piena ed assoluta titolarità di essi.

Ammettendo infatti che attraverso l'emanazione di una direttiva si concreti legittimamente una delega di poteri dalla

329, nonché i lavori di CONFORTI, *Sulle direttive...*, cit., p. 225 e s.; e di SBOLCI, *L'applicabilità immediata...*, cit., p. 30 e s.

(40) Cfr. COSTANTINIDES-MEGRET, *Le droit de la C.E.E. et l'ordre juridique des Etats membres*, Paris, 1967, p. 134.

(41) Così, testualmente, PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes, Etudes des sources du droit communautaire*, Liège, 1975, p. 192 e s.

(42) Cfr., in questo senso, CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, cit., p. 45; BEL, *L'harmonisation des dispositions techniques dans le cadre de la C.E.E.*, in *Revue du Marché Commun*, 1966, p. 30; SCHARZ, *La conception du rapprochement des législations dans la C.E.E.*, in *Revue trim. de droit européen*, 1967, p. 267.

Comunità agli Stati membri, si deve superare il concetto di integrazione fra ordinamenti comunitari e ordinamenti degli Stati membri, così come viene comunemente inteso, e si deve necessariamente presupporre l'esistenza di poteri propri ed esclusivi della Comunità, per cui ad essa sarebbe in ogni caso consentito di scegliere se esercitarli direttamente ovvero delegarne l'esercizio agli Stati membri⁽⁴³⁾. La Comunità, in definitiva, dovrebbe poter sempre scegliere tra l'emanazione di un atto normativo di tipo diretto, quale è il regolamento, ed uno strumento di normazione mediata quale è la direttiva. Tale possibilità, invece, non è di frequente concessa dal legislatore comunitario, in genere poco incline ad ammettere l'impiego alternativo di più strumenti formali. Così nell'ipotesi di ravvicinamento delle legislazioni in cui la direttiva è, almeno sinora, l'unico strumento a disposizione degli organi comunitari per disciplinare la materia, non prevedendo l'art. 100 del Trattato l'adozione di strumenti alternativi.

7. - Si pone pertanto, in materia di ravvicinamento delle legislazioni, il problema della legittimità delle direttive che comprimono nel senso indicato la competenza applicativa degli Stati.

Considerando il problema essenzialmente alla luce della disposizione contenuta nell'art. 189 del Trattato, è evidente che la emanazione, in questa materia, di direttive aventi le caratteristiche suaccennate potrebbe apparire come un mezzo per aggirare la volontà del legislatore comunitario di stabilire nella materia indicata una subordinazione meno intensa degli Stati membri alla Comunità. In particolare si potrebbe ritenere che direttive di questo tipo possano alterare la distinzione, tracciata nell'art. 189, tra le varie categorie di atti comuni-

(43) Cfr. FUSSE, *Die Rechtslinie des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1965, p. 83 e s.

tari, apparendo esse sostanzialmente affini ad altri tipi di provvedimenti della Comunità richiamati dalla norma in questione (44). Più specificamente, una direttiva dettagliata, rivolta a tutti gli Stati membri e contenente norme di portata generale può venire assimilata, nella sostanza, ad un regolamento.

Senonché, rilevando le diversità di contenuto e di oggetto esistenti tra regolamenti e direttive, non sembra che la differenza tra questi due tipi di atti possa fondarsi sul margine di discrezionalità concesso agli Stati membri in ordine alle misure di esecuzione (45). Ed infatti, essendo la direttiva un atto il quale si rivolge unicamente agli Stati cui è indirizzata, è evidente che anche una direttiva rivolta a tutti gli Stati membri non ha per destinatari i medesimi soggetti a cui si indirizza un regolamento: come si è già notato, mentre quest'ultimo è un atto di portata generale che si rivolge in via immediata a tutti i soggetti comunitari, ivi comprese le persone fisiche e giuridiche, la direttiva, in quanto strumento mediato dell'azione comunitaria, non raggiunge di regola gli individui. Ed anche ammettendo, conformemente ai più recenti indirizzi dottrinali e giurisprudenziali, che alle disposizioni contenute in una direttiva possa talora ricollegarsi efficacia diretta nell'ordinamento statale, va rilevato che tale efficacia, per quanto concerne i soggetti privati, si esprime unicamente nella attribuzione ad essi di diritti subiettivi che i medesimi possono far valere innanzi ai giudici nazionali; ciò in quanto gli Stati membri restano pur sempre i destinatari immediati della direttiva. Né l'efficacia diretta per le persone fisiche e giuridiche, che può caratterizzare talune o tutte le disposizioni della

(44) Cfr. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità economica europea*, p. 225 e s.

(45) Vedi, in questo senso, i pertinenti rilievi di BISCOTTINI, *Sull'applicabilità immediata di talune direttive comunitarie*, cit., p. 233 e s.

direttiva dettagliata è sufficiente a far perdere all'atto la sua natura caratteristica ⁽⁴⁶⁾.

Alla luce di tali rilievi va quindi considerata la tendenza degli organi comunitari ad utilizzare lo strumento della direttiva per porre una serie di norme dal contenuto estremamente dettagliato, e tale da lasciare scarsa autonomia agli Stati membri nell'attuazione dei principi così posti anche in materie, come il ravvicinamento delle legislazioni, in cui la direttiva è l'unico strumento previsto dal Trattato per attuare i fini della Comunità. Tale orientamento, pur non apparendo del tutto conforme alla lettera del Trattato, riflette però una convinzione, comune alla Corte di Giustizia ⁽⁴⁷⁾, tendente ad ampliare, per quanto possibile, l'incidenza diretta della normativa comunitaria sulle situazioni subiettive nell'attuazione del Trattato.

Un esame più approfondito del Trattato stesso può d'altronde chiarire la prassi seguita dalle istituzioni comunitarie. Ed infatti la direttiva viene spesso prevista come l'unico strumento vincolante per dare attuazione pratica a programmi, principi e criteri che sono indicati dal Trattato medesimo o determinati con provvedimento separato ⁽⁴⁸⁾. Si tratta di casi

(46) Cfr., per considerazioni affini, anche se non identiche, LAUWAARS, *Lawfulness and legal force of Community decisions*, Leyden, 1973, p. 27 e s.

(47) Cfr. in particolare, fra le decisioni meno recenti, le *sentenze della Corte 5 febbraio 1963*, in causa 26/62 (in *Foro Padano*, 1963, V, c. 29, con nota di CATALANO) e *27 marzo 1963* nelle cause riunite 28, 29 e 30/62 (in *Foro Padano*, 1963, V, c. 49, con le conclusioni dell'avv. LAGRANGE) e fra le più recenti, le *sentenze 17 dicembre 1970* in causa 33/70, in *Raccolta 1970*, p. 1213; *4 dicembre 1974* in causa 41/79 in *Raccolta 1974*, p. 1337 e s.; *1 febbraio 1977* in causa 51/76, in *Raccolta*, 1977, p. 113 e s.

(48) Così, secondo l'art. 54, il Consiglio fissa il programma per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento ed emana con direttive le disposizioni necessarie per attuarlo; l'art. 63 contiene una disposizione analoga per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi; l'art. 14 conferisce al Consiglio il potere di emanare direttive non soltanto per determinare il ritmo delle riduzioni dei dazi doganali, ma anche per risolvere problemi particolari sollevati dall'applicazione delle riduzioni previste dal Trattato.

in cui l'incidenza del diritto comunitario sulle situazioni giuridiche subiettive viene, in definitiva, già precisata dal Trattato, ma, per l'attuazione degli obiettivi da raggiungere, si rende necessaria l'emanazione di direttive dal contenuto assai ampio, che può estendersi sino all'enunciazione delle regole più particolareggiate, nei limiti delle materie stabilite dal Trattato stesso: soltanto l'emanazione di direttive aventi tali caratteristiche consente infatti di assicurare un'attuazione fedele delle norme del Trattato. E pertanto la prassi seguita dalle istituzioni comunitarie è spesso ispirata da considerazioni di indubbia rilevanza, riflettenti la preoccupazione di assicurare nel modo più pieno la realizzazione degli obiettivi della Comunità.

Ne deriva che il problema della legittimità e dell'obbligatorietà delle direttive dettagliate, anche in materia di ravvicinamento delle legislazioni, deve venire considerato con riferimento alle singole norme del Trattato che disciplinano singole situazioni, e non facendo riferimento soltanto al principio generale sancito nell'art. 189. Esso, in ogni caso, non ammette una soluzione univoca, la quale non sarebbe conforme alla dinamica dell'azione comunitaria e finirebbe, anzi, con l'ostacolare l'attuazione concreta dei fini della Comunità.

Determinante al riguardo sarà, in ogni singolo caso, l'atteggiamento degli Stati destinatari cui, in ultima analisi, spetterà la scelta tra l'esecuzione di una direttiva che comprime i loro poteri discrezionali in ordine alle forme ed ai mezzi di esecuzione, ed il ricorso alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 173 del Trattato, per fare accertare un eventuale eccesso di potere da parte delle istituzioni comunitarie.

Va comunque rilevato come l'esigenza di definire il contenuto di una direttiva attraverso la descrizione particolareggiata del risultato, soprattutto in relazione all'armonizzazione delle disposizioni amministrative e tecniche, sia stata chiaramente avvertita anche dagli esperti degli Stati membri i quali,

come si dirà, partecipano all'elaborazione delle direttive di ravvicinamento: ciò, evidentemente, per la considerazione che solo una regolamentazione concreta e dettagliata dell'atto può in certi casi garantire effettivamente l'attuazione dei fini indicati (49).

8. - Allo scopo di favorire in concreto la realizzazione dell'obiettivo comunitario consistente nel ravvicinamento delle legislazioni nazionali appare evidente l'opportunità di promuovere, per quanto possibile, la conformità degli atti con cui gli organi comunitari perseguono tale scopo agli effettivi interessi degli Stati membri. Il procedimento di cui all'art. 100 fornisce una certa garanzia al riguardo, pur presentando taluni inconvenienti cui occorrerebbe porre rimedio.

L'art. 100 del Trattato prevede che le direttive volte al ravvicinamento delle legislazioni debbano venire deliberate dal Consiglio *all'unanimità*, su proposta della Commissione: principio che conserva un'indubbia efficacia anche dopo che l'evoluzione dei sistemi comunitari ha portato ad escludere in sostanza l'attuazione del principio della maggioranza nelle delibere del Consiglio (50).

A) La regola dell'umanità ora di applicazione costante, ma prevista dal Trattato solo per le delibere più importanti e politicamente impegnate esprime senz'altro, rispetto alle direttive di ravvicinamento delle legislazioni, una scelta di indole politica, nel senso che l'adesione di tutti gli Stati membri sia frutto di una concorde volontà degli Stati stessi intesa ad eliminare le situazioni di disparità tra le varie legislazioni nazionali nelle materie di competenza comunitaria (51).

(49) Cfr. SCHWARZ, *La conception du rapprochement des législations dans la C.E.E.*, cit., p. 263.

(50) Sull'evoluzione del principio di votazione in seno al Consiglio vedi POCAN, *Lezioni di diritto delle C.E.*, 2ª ed., cit., p. 101 e s.

(51) Così BERNINI, *Profili di diritto delle Comunità europee*, cit., p. 264.

E pertanto il consenso unanime degli Stati membri in relazione alla proposta della Commissione va considerato come una salvaguardia riflettente l'opportunità politica ed economica che ad un adeguamento di legislazione si pervenga o meno in un determinato momento.

In pratica, tuttavia, la regola dell'unanimità può ostacolare l'emanazione delle direttive di ravvicinamento, com'è documentato dalla prassi comunitaria. Un temperamento alla rigidità del principio si desume comunque dal disposto dell'art. 148-3° cpv. per cui « le astensioni dei membri presenti o rappresentati non ostano all'adozione delle deliberazioni del Consiglio per le quali è richiesta l'unanimità »; l'opportunità della previsione di tale disposto si rivela precipuamente nel caso in cui non sia possibile ottenere da parte di uno Stato membro un esplicito voto favorevole in ordine all'emanazione di una delibera.

La preoccupazione di evitare, per quanto possibile, l'insorgere di elementi di divergenza tra le varie posizioni statuali in relazione alla determinazione del contenuto delle delibere di ravvicinamento è anche alla base della concezione, oggi prevalentemente accolta, per cui il Consiglio, nel definire tale contenuto, non debba necessariamente conformarsi ad un modello prefissato, magari sulla falsariga di quella tra le legislazioni nazionali ritenuta la migliore⁽⁵²⁾. Ciò in quanto l'obiettivo perseguito dal Trattato non è quello di imporre a tutti gli Stati membri un modello di legislazione astratto, ovvero un adeguamento totale del sistema di alcuni Stati a quel-

(52) In questo senso vedi DRAETTA, in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 793; BERNINI, *op. cit.*, pp. 266-267. In senso difforme GRISOLI, *Integrazione economica europea...*, cit., p. 464, nota 15, per cui il termine *rapprochement* importerebbe invece l'idea di adeguamento ad un modello prefissato. Le difficoltà che, rispetto ad una determinata materia, non esista tra le varie legislazioni degli Stati membri quella da assumere a modello è avvertita da MONACO, *L'adeguamento delle legislazioni nazionali nell'ambito del mercato comune europeo*, in *Scritti di dir. europeo*, Milano, 1972, p. 247.

lo di altri, bensì di eliminare le difformità esistenti tra i vari sistemi giuridici, presumibilmente attraverso concessioni reciproche tra gli Stati membri della Comunità.

B) La salvaguardia degli interessi nazionali viene contenuta, nel procedimento di cui all'art. 100 del Trattato, con il rispetto degli equilibri istituzionali, costantemente garantito nel Trattato C.E.E.; il che avviene mediante la partecipazione di altre istituzioni comunitarie, oltre al Consiglio, al procedimento formativo delle direttive di ravvicinamento.

La Commissione, la quale, per la sua stessa natura, costituisce l'espressione degli interessi della Comunità⁽⁵³⁾, è l'organo propulsore del procedimento. Ad essa spetta infatti un potere di iniziativa, che si esprime nella formulazione di una proposta, contenente l'indicazione delle misure più opportune per effettuare il ravvicinamento: ciò, ovviamente, dopo avere esperito le necessarie indagini tecniche e comparative volte ad accertare se il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in un determinato settore si riveli indispensabile per un migliore funzionamento del mercato comune.

Nella sua qualità di organo tecnico a competenza generale la Commissione è particolarmente idonea ad espletare questo compito; per favorire lo svolgimento di esso nell'ambito della Commissione agisce in pratica un'apposita divisione a cui affluiscono tutte le notizie sulla varia legislazione dei singoli Stati, ed a cui spetta il compito di raccogliere e selezionare le disposizioni che dovranno formare oggetto del ravvicinamento⁽⁵⁴⁾.

Nello svolgimento di questa funzione la Commissione si

(53) Sulle funzioni della Commissione vedi, nella dottrina italiana, DRAETTA, *La Commissione delle Comunità europee*, Milano, 1974; FERRARI BRAVO, *Poteri della Commissione C.E.E. e suo ruolo nello sviluppo dell'integrazione europea, Relazione all'VIII Tavola Rotonda sul diritto delle Comunità europee*, UCSC, Milano, 15-16/11/1974; TREVES, *La Commissione*, in *Relazione all'VIII Tavola Rotonda*, cit.

(54) Cfr. MONACO, *Comparaison et rapprochement...*, cit., p. 65.

avvale del concorso di esperti nazionali i quali agiscono, almeno teoricamente, in qualità di esperti privati della Commissione⁽⁵⁵⁾. Ma, dal momento che tali soggetti sono in pratica gli stessi che si riuniscono poi in seno ai gruppi di lavoro del Consiglio, vi è il rischio che gli Stati membri non manchino di esercitare anche in questa fase del procedimento la loro influenza⁽⁵⁶⁾: questo però, in effetti, può facilitare successivamente l'adozione della delibera da parte del Consiglio.

La considerazione è evidentemente alla base di una certa propensione, manifestata dalla Commissione, a ricercare, preventivamente alla redazione della proposta, un accordo con le amministrazioni nazionali « soit par les contacts directes entre ses services et ceux de ces administrations, soit par l'intermédiaire des représentants permanents »⁽⁵⁷⁾, con il rischio di rendere però meno netta la sua posizione di indipendenza nell'ambito della Comunità.

C) Per quanto concerne l'adozione delle direttive di maggiore rilevanza, cioè quelle « la cui esecuzione importerebbe, in uno o più Stati membri, una modificazione delle disposizioni legislative » è richiesta, ai sensi del secondo comma dell'art. 100, la preventiva consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale.

L'opportunità della partecipazione di questi due organi al procedimento di formazione delle direttive che si riferiscono a norme di legge è ampiamente rilevata dalla dottrina in base alla considerazione che, venendo in questo caso la di-

(55) Vedi HAIGH, *Harmonisation des législations des denrées alimentaires, ainsi que des additifs et contaminants alimentaires*, in *Revue du Marché Commun*, 1978, p. 306 e s.

(56) Il rilievo è avanzato particolarmente da NOEL, *Le pouvoir d'initiative de la Commission*, Colloque sur « La Commission des Com. Europ. et l'élargissement de l'Europe », Bruxelles, 23-24-25 nov. 1972, p. 9.

(57) Così, testualmente, LAGRANCE, *Le pouvoir de décision dans les Communautés européennes: Théorie et réalité*, in *Revue trim. de droit européen*, 1967, p. 25.

rettiva ad incidere su una delle prerogative sovrane degli Stati partecipanti, e cioè quella della libera determinazione del potere legislativo, appare necessario che l'adozione di essa venga confortata da garanzie di ponderatezza e di cautela ⁽⁵⁸⁾.

Senonché, come si è giustamente notato ⁽⁵⁹⁾, la formula di cui al secondo comma dell'art. 100 non è delle più felici. Essa induce infatti a ritenere che si possa addivenire al ravvicinamento di più disposizioni legislative senza modificarne alcuna, mentre, data la rigidità che comporta in ogni ordinamento giuridico la modificazione di legge, ciò appare quanto meno improbabile. Sembra pertanto più conforme all'idea stessa di ravvicinamento interpretare in senso estensivo la formula di cui all'art. 100 in modo da ammetterne l'applicazione ogniqualvolta le direttive del Consiglio abbiano ad oggetto disposizioni legislative ⁽⁶⁰⁾.

Per quanto riguarda, in particolare, la partecipazione del Parlamento europeo al procedimento di formazione delle direttive di ravvicinamento aventi ad oggetto disposizioni legislative le quali, nell'ordinamento interno, sono deferite alla competenza dei parlamenti nazionali, ne è evidente la necessità. Ed infatti la possibilità che il Consiglio, il quale costituisce l'espressione dei Governi degli Stati membri, sia arbitro di emanare disposizioni vincolanti — sia pure sotto l'aspetto finalistico — per gli organi legislativi nazionali indipendentemente da un controllo parlamentare, accentuerebbe anche in questo caso lo scavalcamento dei parlamenti nazionali ad opera degli esecutivi ⁽⁶¹⁾: ciò con conseguenze ancora più gra-

⁽⁵⁸⁾ Cfr., tra gli altri, BERNINI, *op. cit.*, p. 267; DRAETTA, in *Commentario C.E.E.*, cit., p. 793; MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. II, *Diritto dell'integrazione europea*, Torino, 1975, p. 346.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. particolarmente DRAETTA, *op. loc. cit.*

⁽⁶⁰⁾ Vedi, in questo senso, DRAETTA, *op. loc. cit.*; MONACO, *op. ult. cit.*, p. 346.

⁽⁶¹⁾ Sul punto vedi i pertinenti rilievi di POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, cit., p. 197. In senso conforme VIGNES, *Techniques employées et*

vi nell'ipotesi in cui la direttiva del Consiglio abbia un carattere particolareggiato e un contenuto dettagliato, tale da comprimere la discrezionalità degli organi legislativi degli Stati competenti ad attuarla.

Per ovviare agli inconvenienti indicati occorrerebbe però un controllo effettivo del Parlamento europeo, da attuarsi mediante l'attribuzione a tale organo di veri e propri poteri decisionali, mentre ai sensi del Trattato, esso dispone soltanto di un potere consultivo, che si estrinseca nell'emanazione di un parere; tale parere, pur essendo obbligatorio nel senso che se la delibera del Consiglio non viene preceduta dalla consultazione del Parlamento essa è impugnabile innanzi alla Corte di Giustizia, non è però vincolante per il Consiglio. È infatti riconosciuta al Consiglio stesso piena libertà di apprezzamento del parere, da cui può legittimamente discostarsi senza essere neppure tenuto a motivare le ragioni per cui, eventualmente, ritenga di non accoglierlo.

L'unica possibilità, offerta dalla prassi comunitaria, per rendere il Parlamento europeo più direttamente partecipe della formazione delle direttive di ravvicinamento è quindi quella di promuovere, mediante negoziati, il contemperamento delle posizioni eventualmente difformi assunte dai due organi in materia. Una funzione di rilievo a tal fine può essere svolta dalla Commissione. Nella sua qualità di organo sovranazionale, soggetto al controllo politico del Parlamento europeo, essa si trova nella posizione ideale per esercitare un'azione di mediazione tra il Parlamento e il Consiglio, facendosi portavoce innanzi a quest'ultimo dei vari interessi espressi da forze diverse nell'ambito parlamentare. Il che è facilitato anche dal fatto che i membri della Commissione partecipano di pieno diritto alle riunioni del Consiglio ⁽⁶²⁾.

résultats atteints par la C.E.E. dans le domaine de l'unification du droit des Etats membres, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 1966, p. 7 e s.

(62) Su tale aspetto dell'azione della Commissione vedi NOEL-ETIENNE, *Le Co-*

Va poi considerato che la consultazione del Parlamento europeo sulla proposta della Commissione avviene prima che il Consiglio possa pronunciarsi in merito, e che, precedentemente alla redazione del parere scritto da parte del Parlamento, i rappresentanti di quest'ultimo hanno la possibilità di discuterne il contenuto con i membri della Commissione. La Commissione stessa, qualora lo ritenga opportuno, può d'altronde apportare modifiche alla sua proposta alla luce degli orientamenti emersi nell'ambito parlamentare, ovvero a seguito degli emendamenti contenuti nel parere del Parlamento.

Senonché, pur mostrandosi indubbiamente tesa ad assicurarsi il sostegno generale del Parlamento, nei cui confronti è responsabile della politica seguita in materia di ravvicinamento delle legislazioni, la Commissione non perde di vista l'opportunità di ampliare le possibilità di accettazione della sua proposta da parte del Consiglio — il quale delibera all'unanimità — ricercando, come si è già notato, un accordo preventivo con le amministrazioni nazionali. Il che non facilita l'intesa con l'organo parlamentare e neppure l'esercizio del potere di controllo politico di quest'ultimo sull'operato della Commissione ⁽⁶³⁾.

Vi è poi da aggiungere che il Parlamento europeo ed il Comitato economico e sociale vengono in genere consultati quasi contemporaneamente: la circostanza, oltre a privare il Parlamento di un elemento di giudizio, fa sì che vengano posti su di un piano di parità due pareri che andrebbero invece nettamente distinti, sia per la loro portata che per il loro contenuto ⁽⁶⁴⁾, con la conseguenza di sminuire la rilevan-

mité des représentants permanents et l'approfondissement des Communautés, in *Riv. di dir. europeo*, 1972, p. 47.

(63) Cfr. ALTING VON GESAU, *Problèmes institutionnels des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1966, p. 237-240. In senso conforme LAGRANGE, *op. cit.*, p. 25.

(64) Sulla funzione svolta dal Parlamento europeo e dal Comitato economico e sociale nel procedimento di ravvicinamento delle legislazioni cfr. NIBLOCH,

za dell'intervento del Parlamento europeo il quale, nel procedimento di ravvicinamento delle legislazioni, finisce con l'assumere una funzione secondaria rispetto a quella del Consiglio e della Commissione.

È pertanto auspicabile che, correlativamente al potenziamento della struttura del Parlamento ed all'accentuazione della sua funzione di organo rappresentativo degli interessi dei popoli della Comunità, attuati di recente con l'elezione a suffragio universale diretto, si addivenga in materia di ravvicinamento delle legislazioni, come in altri settori che rientrano nell'ambito di previsione del Trattato, ad un ampliamento dei poteri parlamentari, anche per garantire una maggiore aderenza dell'azione comunitaria agli effettivi interessi nazionali. Come si è opportunamente notato ⁽⁶⁵⁾, la mancanza di poteri decisionali da parte del Parlamento europeo diviene infatti sempre più grave politicamente con l'aumentare delle competenze della Comunità. Tali competenze sono sinora sostanzialmente in mano al Consiglio, cioè ai Governi nazionali, con la conseguenza che, in concreto, questi possono, nelle materie contemplate dal Trattato, emanare atti normativi vincolanti nell'ambito degli Stati membri, senza alcun controllo parlamentare, né a livello nazionale, né a livello comunitario: ciò con inevitabile pregiudizio della democraticità della struttura comunitaria.

9. - L'attribuzione di poteri decisionali al Parlamento europeo, in rapporto al procedimento formativo delle direttive di ravvicinamento, produrrebbe effetti positivi anche rispetto all'attuazione concreta di tali atti nei sistemi statuali

The E.E.C.: National Parliaments in Community decisions making, Chatham house, PEP, Eur. Series n. 17, London 1971, pp. 20-24, 47-53; WOLF, *Les organes subsidiaires dans la C.E.E.*, in *Annuaire français de droit int.*, pp. 772-780; MORAND, *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1970, pp. 624-644.

(65) Cfr. POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, 2^a ed. cit., p. 89.

la quale, come appare dalla prassi comunitaria, non è esente da difficoltà e da problemi.

È infatti ampiamente documentata la tendenza degli organi statuali ad attuare in modo inadeguato e tardivo le direttive di ravvicinamento, con la conseguenza di rendere più arduo il compito della Commissione cui, ai sensi del Trattato, spetta di esercitare il controllo sulla conformità della normativa interna alle direttive stesse.

Siffatto orientamento viene in genere ricollegato alla prassi comunitaria delle direttive dettagliate le quali, comprimendo la discrezionalità degli organi statuali competenti ad attuarle, determinano talora reazioni negative, da parte dei medesimi. È poi nota la tendenza degli organi comunitari ad emanare direttive in cui i confini tra risultato e mezzi non sono sempre definiti in modo chiaro e preciso: il che può dare luogo a divergenze sul merito dei principi in esse enunciati, ritardandone o rendendone più difficile l'esecuzione ⁽⁶⁶⁾.

Senonché l'attuazione inadeguata o ritardata delle direttive di ravvicinamento non è sempre determinata da considerazioni di merito, bensì anche da un atteggiamento dei parlamenti nazionali, i quali manifestano in genere scarsa propensione a svolgere un compito a termine di carattere prevalentemente tecnico in relazione all'esecuzione di norme alla cui formazione essi non hanno in alcun modo partecipato, tanto più quando tale compito sia ad essi assegnato da un organo considerato estraneo.

Il conferimento al Parlamento europeo di veri e propri poteri deliberativi in ordine alla formazione delle direttive del tipo indicato potrebbe in parte ovviare a tali inconvenienti, attenuando le resistenze degli organi legislativi nazionali: ciò in quanto il limite apportato ai poteri dei parlamenti nazio-

(66) Vedi, sull'argomento, le esatte considerazioni di GAJA, *Armonizzazione delle legislazioni a mezzo di regolamenti comunitari?*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1978, p. 426 e s.

nali dalla normativa comunitaria, in un sistema in cui il Parlamento europeo partecipi in modo determinante all'elaborazione della normativa in questione, assume una rilevanza minore rispetto ai casi in cui tale limite viene invece imposto esclusivamente a vantaggio della competenza del Consiglio.

Oltre che nella fase esecutiva del procedimento, l'applicazione dell'art. 100 ha dato luogo a difficoltà anche nella fase deliberativa. In particolare la regola dell'unanimità, espressamente prevista ai fini dell'adozione delle direttive, ha talora ostacolato lo sviluppo del procedimento formativo delle medesime, contribuendo a rendere non molto frequente il ricorso allo strumento della direttiva.

Il fenomeno si è manifestato con evidenza soprattutto nel periodo transitorio in cui la norma generale di cui all'art. 100 è stata utilizzata prevalentemente ai fini dell'istituzione e del funzionamento del mercato comune dei prodotti ⁽⁶⁷⁾. Ed infatti per realizzare l'armonizzazione delle disposizioni nazionali relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed alle altre imposte indirette si è in genere richiamato il procedimento previsto nell'art. 99 del Trattato ⁽⁶⁸⁾, così come per armonizzare le tariffe doganali e le legislazioni doganali sono state utilizzate le norme speciali di cui agli artt. 28, 111 e 125 ⁽⁶⁹⁾. Va poi notato come un esplicito richiamo alle norme speciali fosse spesso contenuto nelle direttive emanate in base al disposto di cui all'art. 100 ⁽⁷⁰⁾.

(67) Per un'analisi della prassi comunitaria relativa all'applicazione dell'art. 100 del Trattato nel periodo transitorio cfr. BEUVE-MERY, *Les applications des articles 100, 101 et 102 du Traité de la C.E.E. dès 1958 à 1970*, in *Revue trim. de droit europ.*, 1970, p. 303 e s.

(68) In relazione all'applicazione dell'art. 99 del Trattato vedi BALLARINO, *Considerazioni sull'art. 99 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, in *Dir. internaz.* 1965, pp. 115 e s.

(69) BEUVE-MERY, *Les applications des articles 100, 101 e 102 du Traité...* cit., p. 305.

(70) Cfr., ad es., la direttiva concernente le imposte indirette che colpiscono il *rassemblement* dei capitali, in data 17 luglio 1969, fondata sugli artt. 99 e 100 del

Nel periodo transitorio, tuttavia, il richiamo alle norme speciali anziché alla norma generale prevista nell'art. 100 appare motivato non tanto dall'opportunità di evitare la regola dell'unanimità — posto che tale regola, almeno limitatamente a questo periodo, era prevista nell'art. 99 ed anche nella maggior parte delle norme speciali — quanto da considerazioni di altra natura.

Occorre infatti tenere presente il metodo con cui nel Trattato C.E.E. è prevista la creazione del mercato comune, attraverso la realizzazione progressiva della libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. La considerazione della gradualità del fenomeno comunitario, unitamente a quella della dinamica dell'azione della Comunità hanno indotto il legislatore comunitario a disciplinare in forma specifica i mezzi di azione della Comunità aventi carattere prioritario, e a definire in termini più generali i poteri di azione attribuiti agli organi comunitari per sopperire alle esigenze future del mercato comune ⁽⁷¹⁾.

Non potendo evidentemente esaurire con la previsione di una serie di norme speciali la disciplina dell'armonizzazione delle disposizioni nazionali in relazione ai vari settori attinenti alla creazione ed al funzionamento del mercato comune, il trattato istitutivo, con la norma di cui all'art. 100, ha conferito alle istituzioni comunitarie poteri generali per eliminare le difformità esistenti tra le legislazioni nazionali in ogni settore attinente al mercato comune, in quanto tali da ostacolarne gli sviluppi futuri.

La norma generale sancita nell'art. 100 va pertanto inquadrata e considerata in questa prospettiva, e con riferi-

Trattato, e le due direttive del Consiglio in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle tasse sulla cifra d'affari, in data 11 aprile 1967, emanate parimenti in base agli artt. 99 e 100 del Trattato.

(71) Vedi, in questo senso, BEUVE-MERY, *Les applications des articles 100, 101 e 102 du Traité de la C.E.E.*, cit., p. 307.

mento al fine cui essa è preordinata, fine il quale, come si è già notato, coincide con gli obiettivi perseguiti attraverso la previsione delle norme speciali, ed è dato dal corretto funzionamento del mercato comune.

In attuazione del fine indicato, per armonizzare tra loro le disposizioni nazionali, spetta alle istituzioni comunitarie competenti scegliere di volta in volta, in base al Trattato istitutivo, la norma più idonea al caso in esame. Per considerazioni di opportunità è evidente che il procedimento di cui all'art. 100 viene utilizzato soltanto qualora non sia possibile, mediante il ricorso alle norme speciali, pervenire in modo più facile all'adozione della delibera⁽⁷²⁾. Nella maggior parte di tali norme, infatti, il principio maggioritario era stato sostituito dal Trattato, successivamente al periodo transitorio, alla regola dell'unanimità la quale, come si è detto a più riprese, è spesso causa di *impasses* nel procedimento formativo delle direttive emanate ai sensi dell'art. 100. L'evoluzione successiva ha però portato, attraverso il rafforzamento della regola dell'unanimità, ad una maggiore internazionalizzazione del sistema comunitario e, in definitiva, ad una modificazione dei caratteri ad esso attribuiti dal Trattato istitutivo.

10. - La considerazione delle difficoltà derivanti, in concreto, dall'applicazione dell'art. 100 ha indotto di recente la Commissione ad esaminare il problema dell'adeguatezza di esso in relazione all'armonizzazione delle norme interne che rientrano nell'ambito di previsione di tale disposto.

Il problema si pone con particolare evidenza nella prospettiva dell'ulteriore allargamento della Comunità europea

(72) Cfr. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, cit., p. 116. Secondo questo Autore, proprio per il rilievo suesposto, la norma generale di cui all'art. 100 andrebbe considerata come una disposizione « suppletiva » rispetto alle norme speciali.

alla Spagna ed al Portogallo: ciò in quanto, a giudizio della Commissione « la presenza di dodici membri sottoporra le istituzioni e le procedure decisionali a considerevoli tensioni ed esporrà la Comunità a rischi di blocco e di dilazioni, se non vengono migliorate le condizioni pratiche nelle quali essa funziona » ⁽⁷³⁾ (e d'altronde un effetto analogo è stato già prodotto dall'allargamento della Comunità a dieci membri). Per impedire il verificarsi di tali conseguenze la Commissione ha, tra l'altro, proposto una modifica dell'art. 100 del Trattato C.E.E., mostrando con ciò di avere rilevato gli inconvenienti cui l'applicazione concreta di tale disposto ha dato luogo.

La considerazione che lo strumento della direttiva si è in pratica rivelato inidoneo ai fini del ravvicinamento delle legislazioni nazionali è alla base della proposta della Commissione di consentire al Consiglio della Comunità di emanare anche regolamenti, oltre che direttive, per realizzare l'obiettivo indicato. Per facilitare l'adozione delle delibere da parte del Consiglio si è poi proposto di sostituire alla regola dell'unanimità quella della maggioranza qualificata, almeno nei casi in cui la normativa comunitaria non venga ad incidere su norme statali attinenti all'ordine pubblico, alla sicurezza ed alla sanità pubblica. Il che, per quanto si è rilevato in precedenza, potrebbe produrre conseguenze di rilievo in relazione allo sviluppo della normativa comunitaria emanata in base alla norma generale di cui all'art. 100.

Per quanto concerne la proposta di conferire al Consiglio una potestà regolamentare in materia di ravvicinamento delle legislazioni, si sono avanzate in dottrina alcune riserve circa la opportunità di disciplinare a mezzo regolamento la materia. In particolare si è rilevato che, sino a quando la

⁽⁷³⁾ Cfr. il rapporto della Commissione « Periodo di transizione e conseguenze istituzionali dell'allargamento », doc. C.O.M. (78) 190 del 20 aprile 1978.

potestà normativa sia sostanzialmente attribuita al Consiglio e, quindi, ai Governi degli Stati membri, l'estensione dell'ambito di applicazione dei regolamenti a un settore quale quello indicato potrebbe essere considerata opinabile sul piano politico, in quanto tendente ad esautorare largamente le autorità nazionali, ed in particolare i Parlamenti degli Stati membri (74).

L'obiezione potrebbe venire però superata attraverso una partecipazione più incisiva del Parlamento europeo al procedimento formativo dei regolamenti volti al ravvicinamento delle legislazioni nazionali. In questo modo si neutralizzerebbe l'argomento, già sollevato nella Relazione Vedel, per cui il regolamento « mutila il potere legislativo nazionale »: come si è già notato, la limitazione all'esercizio dei poteri dei Parlamenti nazionali, operata da una norma comunitaria, è certamente meno grave qualora l'emanazione della delibera ad essa relativa non sia di esclusiva competenza del Consiglio, ma in ordine ad essa sussista un effettivo controllo parlamentare, sia pure a livello comunitario.

Per ovviare agli inconvenienti derivanti dal ricorso a direttive in materia di ravvicinamento delle legislazioni altre soluzioni sono state comunque prese in considerazione dalla dottrina. In primo luogo quella di ricorrere, anziché a direttive, ad accordi integrativi (75).

Il sistema, rispetto al ravvicinamento attuato mediante direttive, presenta il vantaggio di una applicazione contestuale delle norme nei sistemi statuali, per cui, sotto tale aspetto, esso appare affine al ravvicinamento attuato mediante regolamenti. Diversamente da quanto avviene in relazione al pro-

(74) In questo senso vedi particolarmente GAJA, *Armonizzazione delle legislazioni a mezzo di regolamenti comunitari?*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1978, p. 427, il quale si richiama alle enunciazioni contenute nella *Relazione Vedel* (cfr. *Riv. di dir. internaz.*, 1973, pp. 181-182).

(75) Cfr. GAJA, *op. cit.*, p. 427.

cedimento formativo dei regolamenti, vi è però il rischio di una partecipazione del tutto marginale delle istituzioni comunitarie alla formazione degli accordi: ciò con inevitabile pregiudizio per il conseguimento degli obiettivi comunitari e, quindi, per gli sviluppi dell'azione comunitaria, la quale deve necessariamente procedere attraverso il contemperamento degli interessi degli Stati e della Comunità ⁽⁷⁶⁾.

Va poi notato che, non rientrando gli accordi medesimi nella categoria degli atti comunitari, è evidente che essi sfuggono alla competenza interpretativa della Corte di Giustizia la quale, ai sensi dell'art. 177 del Trattato C.E.E., ha facoltà di pronunciarsi essenzialmente sull'interpretazione e la validità degli atti comunitari, oltre che sull'interpretazione del Trattato. Il che nuoce all'autonomia della Comunità, e pregiudica inoltre la tutela giurisdizionale dei diritti subiettivi dei singoli la quale, come si è esattamente notato, costituisce « une des fonctions essentielles de l'article 177 » ⁽⁷⁷⁾.

Un ulteriore rilievo in relazione al ravvicinamento delle legislazioni da attuarsi mediante lo strumento dell'accordo concerne i tempi di attuazione di esso, i quali rischiano di non essere brevi. La fase esecutiva, in particolare, può svilupparsi entro termini considerevolmente lunghi. La circostanza, ampiamente documentata dalla prassi comunitaria relativa alle convenzioni concluse tra gli Stati membri della Comunità in attuazione degli obiettivi comunitari ⁽⁷⁸⁾, è in parte do-

⁽⁷⁶⁾ Vedi, in materia, le considerazioni di SCHWARTZ, *Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté européenne: règlements de la Communauté ou conventions entre les Etats membres?*, in *Journal de droit international*, 1978, p. 762.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. GAUDEY, *La coopération judiciaire, instrument d'édification de l'ordre juridique communautaire*, in *Festschrift für Hallstein*, Frankfurt, 1966, p. 202; in senso conforme cfr. anche ZUELEG, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, Kölner Schriften zum Europarecht (KSE), vol. 9, Köln, 1969, p. 353.

⁽⁷⁸⁾ Per un'analisi della prassi comunitaria in materia vedi il contributo di SCHWARTZ, *Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté européenne...*, cit., p. 793 e s.

vuta al fatto che nella maggior parte degli Stati sinora partecipanti alla Comunità non vi è coincidenza tra gli organi cui spetta il potere di concludere accordi internazionali e quelli che hanno invece il compito di renderli esecutivi negli ordinamenti interni.

Per superare l'« impasse » derivante dall'esecuzione degli accordi integrativi si è opportunamente proposto di conferire agli organi comunitari il potere di emanare direttive le quali sanciscano in modo vincolante i principi espressi negli accordi medesimi, in modo da indurre gli Stati che ne sono parte ad adeguare ad essi, entro un termine indicato, i propri ordinamenti interni ⁽⁷⁹⁾. La soluzione, tuttavia non eliminerebbe i noti problemi posti in concreto dall'attuazione delle direttive nei sistemi statuali.

Più idonea a questo scopo appare una ulteriore proposta, diretta ad ampliare la categoria degli atti comunitari mediante la previsione di un nuovo tipo di atto, che consenta di realizzare il ravvicinamento delle legislazioni nazionali senza gli inconvenienti cui l'emanazione di direttive, nella fase esecutiva dell'atto, ha dato luogo. Più specificamente, si è auspicata la creazione di un atto comunitario contenente una normativa di principio, inderogabile, e una normativa di dettaglio, che possa invece venire modificata da parte degli Stati destinatari dell'atto ⁽⁸⁰⁾. Nel caso in cui le autorità nazionali competenti non provvedano ad emanare, entro un termine indicato, norme interne atte a dare esecuzione alla normativa di principio, l'atto dovrebbe conseguire efficacia in ogni suo elemento nell'ordinamento statale.

L'idea della creazione di un atto di questo tipo, mutuata dalla recente esperienza in tema di rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale in Italia, non è però di facile

⁽⁷⁹⁾ Cfr. GAJA, *op. loc. cit.*

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem.*

realizzazione. In primo luogo essa presuppone una modifica del Trattato C.E.E., la quale, ai sensi dell'art. 136, richiede il consenso di tutti gli Stati membri.

Sussisterebbero poi, anche in questo caso, i problemi derivanti dall'esecuzione della normativa di dettaglio, essendovi la possibilità che gli organi nazionali competenti, non ritenendosi vincolati sotto tale aspetto alle previsioni delle istituzioni comunitarie, introducano modifiche tali da compromettere l'uniformità nell'applicazione dell'atto nei vari sistemi statuali, potendosi facilmente determinare, in tal senso, discordanze tra l'uno e l'altro sistema. La scelta tra le varie soluzioni proposte in ordine all'attuazione del ravvicinamento delle legislazioni richiede quindi una considerazione attenta ed approfondita circa l'idoneità di esse a conseguire l'obiettivo indicato, salvaguardando al contempo l'equilibrio nei rapporti tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie.

PIERO GUALTIERI

ANCORA SULLA NATURA DEGLI ATTI DI POLIZIA
GIUDIZIARIA E DELLA *NOTITIA CRIMINIS*

SOMMARIO: 1. Gli atti di polizia giudiziaria. — 2. Gli atti compiuti dalle persone di cui al terzo comma dell'art. 221 c.p.p. — 3. Gli atti contenenti la *notitia criminis*.

1 - *La natura degli atti di polizia giudiziaria*

Mentre è fuori discussione la natura extra-processuale delle funzioni di polizia amministrativa, che si risolvono nel potere di controllo e di vigilanza dell'attività privata spettante istituzionalmente alla pubblica amministrazione, le opinioni continuano ad essere discordi su quelle di polizia giudiziaria, cioè dirette a prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, assicurare le prove, ricercare i colpevoli e raccogliere quant'altro possa servire all'applicazione della legge penale (art. 219 cod. proc. pen.) (1).

La importanza che le conclusioni cui si approdi possono avere per una più o meno ampia attuazione in questa delicata fase delle garanzie difensive e del sistema delle nullità, induce a svolgere alcune brevi osservazioni in ordine all'appartenenza al « procedimento » penale della fase medesima, condizione per la piena operatività del principio stabilito dall'art. 24, comma secondo, cost.

In dottrina escludono la processualità degli atti di polizia giudiziaria quanti ritengono che il momento genetico del processo si abbia con la presa di contatto fra pubblico ministero e giudice (2) o, quanto meno, fra pubblico ministero e im-

(1) Sulla differenza fra funzioni di polizia amministrativa e funzioni di polizia giudiziaria, cfr. Corte cost. 8 maggio 1974, n. 122, in *Foro it.* 1974, I, c. 1979.

(2) BETTIOL, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936, p. 91; GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano,

putato⁽³⁾; altri, individuando l'inizio del processo nel momento in cui si profila un attacco al diritto di libertà di un determinato soggetto attraverso un riferimento a lui del fatto, distinguono due categorie di atti di polizia giudiziaria, quelli con natura istruttoria (processuali) e quelli con natura amministrativa (le proprie indagini)⁽⁴⁾; altri ancora definiscono gli atti di polizia giudiziaria senz'altro amministrativi⁽⁵⁾, o giurisdizionali⁽⁶⁾, altri autori, infine, ne affermano l'integrale processualità⁽⁷⁾.

1939, p. 81; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934, p. 81.

(3) CRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Roma 1945, p. 91; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, vol. I, p. 236, vol. II, p. 83; NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Milano, 1943, p. 27. Per la verità la posizione del LEONE appare più articolata; adottando una particolare nozione di atto processuale ("come l'azione umana volontaria di un soggetto processuale o di un soggetto estraneo al rapporto processuale, che la legge utilizza ai fini della costituzione, dello svolgimento, della modificazione e dell'estinzione del rapporto processuale") arriva infatti a ricomprendervi il processo verbale dell'ufficiale o agente di polizia giudiziaria, oltre alla querela e alla denuncia (*op. cit.*, vol. I, p. 600). Secondo CORBERO, *Procedura penale*, Milano, 1971, il processo ha inizio con l'imputazione (p. 54 e 376).

(4) MENCARELLI, *Atti di polizia giudiziaria e procedimento*, in *Giust. pen.*, 1971, III, c. 15.

(5) FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. IV, Torino 1958, p. 281; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1956, vol. II, p. 251, nota 3, e p. 261; VIRCA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, p. 34; nel VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1979, p. 21, gli atti di polizia giudiziaria, sebbene necessari a determinare un procedimento penale, non sono ritenuti atti del procedimento penale, salvo che non siano compiuti dal magistrato o su suo ordine o con il suo intervento. Nella nota 30 bis si osserva tuttavia che dopo le sentenze n. 86 del 1968 e n. 62 del 1971 della Corte costituzionale e la legge n. 932 del 1969, l'ambito del concetto di atto processuale tende ad estendersi a qualunque atto della polizia giudiziaria concernente la *notitia criminis*, la quale sempre più si profila come l'oggetto del processo penale, suscettibile di divenire nel prosieguo l'imputazione.

(6) TAORMINA, *L'istruzione preliminare*, Roma, 1968, p. 177; VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino 1942, p. 155. CERQUA, *Le sommarie indagini di polizia giudiziaria (art. 225 c.p.p.)*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 413, considera l'attività di polizia giudiziaria come attività processuale avente natura giurisdizionale.

(7) CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1967, p. 225 seg.; CONSO, *Atti processuali penali*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, p. 152; DINACCI, *Il momento*

Parimenti incerte appaiono le posizioni assunte al riguardo dalla corte costituzionale.

Le sentenze n. 86 del 1968 ⁽⁸⁾ e 148 e 149 del 1969 ⁽⁹⁾ affermavano l'appartenenza al processo degli atti di polizia giudiziaria sul rilievo che essi rientrano in indagini preordinate ad una pronuncia penale e sono destinati a tradursi in processi verbali di cui è consentita la lettura al dibattimento ⁽¹⁰⁾, e l'assunto veniva ribadito con alcune chiarissime proposizioni laddove si diceva esplicitamente che le ispezioni, i prelievi di campioni e la loro prima analisi, in quanto intervengono prima che vi sia un indiziato di reato, « non possono essere considerati atti processuali di istruzione » ⁽¹¹⁾ e che la linea di demarcazione « fra indagini generiche ed atti istruttori » si identifica necessariamente nella soggettivizzazione a carico di una determinata persona di un indizio di reità ⁽¹²⁾: e ciò invero ha l'inequivocabile significato che, a parere della Corte, tutti gli atti successivi a tale momento, indipendentemente dall'autorità che li pone in essere, sono « atti processuali di istruttoria » ⁽¹³⁾.

genetico del processo, ne *Il Tommaso Natale*, 1976, p. 60 seg.; FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, Milano 1961, p. 36; Id., *Diritti della difesa ed istruzione preliminare*, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2407; SIRACUSANO, *Preistruzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1966, vol. XIII, p. 618; TAORMINA, *L'istruzione preliminare*, cit., pp. 23 e 63; Io., *Profilo dell'istruzione preliminare alla luce della riforma*, del 5 dicembre 1969, in *Foro it.*, 1970, V, c. 223. DE GENNARO - BRUNO, *L'iniziativa della polizia giudiziaria*, Milano, 1969, p. 24, dopo avere evidenziato la sostanziale unitarietà della istruzione preliminare, concludono riconoscendo all'attività di polizia giudiziaria non soltanto natura processuale, ma anche qualifica e natura giudiziaria.

(8) *Foro it.*, 1968, I, c. 1681 seg.

(9) *Foro it.*, 1970, I, c. 8 seg.

(10) Sent. n. 86, cit., c. 1685.

(11) Sent. n. 149, cit., c. 10.

(12) Sent. n. 149, cit., c. 12.

(13) Questa delimitazione sarebbe resa necessaria dall'esigenza di evitare una dilatazione del concetto di procedimento oltre quei confini necessari e sufficienti per garantire il diritto di difesa « il quale, com'è ovvio, non può essere operante prima che un indizio di reato ci sia e prima che esso si soggettivizzi nei confronti di una determinata persona » (sent. n. 149, loc. ult. cit.).

Ma, veniva ancora osservato, in un sistema in cui l'assunzione di vere e proprie prove di reità e quindi la formazione di atti aventi nel giudizio uguale efficacia di quelli tipicamente istruttori, può avvenire in una fase anteriore e preliminare rispetto al processo, l'esclusione della partecipazione difensiva dell'interessato deve essere considerata illegittima preclusione di un diritto definito inviolabile dalla costituzione. Se, dunque, al termine « procedimento » si desse un significato restrittivo, escludendo da esso tutte le attività svolte da organi diversi dal giudice, il principio affermato nell'art. 24, resterebbe sostanzialmente eluso: ciò non vuol dire precludere alla polizia giudiziaria lo svolgimento di proprie indagini, ma soltanto porre limiti a quelle che si risolvono in veri e propri atti istruttori ⁽¹⁴⁾.

Successivamente la stessa Corte, nella sentenza n. 2 del 22 gennaio 1970 ⁽¹⁵⁾, osservava come il diritto inviolabile di difesa dovesse trovare attuazione nella formazione di tutti gli atti che « anche se posti in essere prima dell'apertura del vero e proprio procedimento penale », possono essere assunti dal giudice a base del suo convincimento, e nella decisione n. 208 del 28 luglio 1976, andava ancora oltre, affermando che gli atti di cui all'art. 225 c.p.p non sono di per sè delle prove, bensì mezzi di ricerca delle prove che la polizia giudiziaria offre e propone al magistrato: sono in altre parole elementi che il magistrato controlla, valuta ed elabora. In sostanza « gli atti preliminari della polizia giudiziaria anticipano il procedimento, ma non sono fase di esso, e, pertanto, esulano *stricto sensu* dagli stati e gradi del procedimento presidiati dal diritto inviolabile della difesa » ⁽¹⁶⁾.

Uguali incertezze ed oscillazioni si riscontrano negli orien-

(14) Sent. n. 149, *cit.*, c. 11 e 12.

(15) In *Foro it.*, 1970, I, c. 375.

(16) In *Giust. pen.*, 1976, I, c. 331.

tamenti della Corte di cassazione, la quale ha riconosciuto che « l'art. 78, secondo comma, nella sua nuova formulazione, identifica la fase della investigazione di polizia giudiziaria con la « fase di procedimento »: cosicché, a tenore della vigente legislazione processuale, ogni dubbio interpretativo non ha più ragione di essere. Gli atti di polizia giudiziaria, ai quali si estende per effetto della menzionata riforma (sollecitata dalla Corte costituzionale come soluzione intermedia), il regime garantistico regolato per l'istruttoria in attuazione dell'art. 24, secondo comma, cost. hanno natura processuale (anche se non giurisdizionale) quanto meno dal punto di vista finalistico » (17).

Ma lo stesso supremo collegio, in numerose decisioni, ha ritenuto extra-processuale l'attività di polizia giudiziaria diretta a controllare la fondatezza di un mero sospetto di reato non ancora soggettivizzato (18) o affermato che l'istruzione preliminare non costituisce una fase del processo in senso tecnico (19): e continua a riconoscere valore probatorio alle c.d. « dichiarazioni spontanee » rese dall'indiziato alla polizia giudiziaria, con la ovvia conseguenza di vanificare le garanzie difensive previste dagli artt. 78, 304 e 225 c.p.p. (20).

(17) Cass. 12 dicembre 1975, Dalfiore, in *Giust. pen.*, 1976, III, c. 206; conf. Cass. 24 maggio 1975, Gallori, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1976, p. 845; Cass. 25 maggio 1974, Piromalli, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 585; Cass. 13 dicembre 1971, Scalera, *ivi*, 1973, c. 737 e più recentemente Cass. 15 aprile 1978, Berini, in *Giust. pen.*, 1978, III, c. 602.

(18) Cfr. Cass. 16 marzo 1978, Bellandi, in *Riv. pen.*, 1978, p. 890; Cass. 27 febbraio 1978, Marino e altri, *ibidem*, p. 469; Cass. 12 ottobre 1977, La Sala, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1978, p. 423; Cass. 14 marzo 1977, Argese, in *Giust. pen.*, 1978, III, c. 31.

(19) Cass. 12 gennaio 1979, p.m. in c. Callagirone, in *Giust. pen.*, 1980, III, c. 582.

(20) Vedi, da ultimo, Cass. 22 gennaio 1979, Noli, in *Giust. pen.*, 1980, III, c. 102, n. 55; Cass. 13 dicembre 1977, Moglia, in *Riv. pen.*, 1978, p. 883; Cass. 27 aprile 1977, Pepe, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1978, p. 1404; Cass. 20 febbraio 1976, Pongelli, *ivi*, 1977, p. 1243. Sul punto vedi l'ampio saggio di GREVI, *Sommario informazioni di polizia e diritto di difesa dell'indiziato nel nuovo art. 225 bis c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 96 seg.

Le oscillazioni sul tema della giurisprudenza costituzionale hanno consentito acutamente di osservare che non sarebbe esatto utilizzare le sentenze n. 86, 148 e 149 per inferire la natura processuale degli atti di istruzione preliminare poiché la Corte costituzionale non si sarebbe preoccupata di preffissare una nozione di procedimento a livello costituzionale cui ancorare la base del giudizio né addentrata nella delicata questione del momento iniziale del processo secondo le norme ordinarie, limitandosi ad estendere le stesse garanzie predisposte dal legislatore per gli atti istruttori alle operazioni preistruttorie, attesa la loro natura e rilevanza probatoria ⁽²¹⁾.

Il riferimento a prove formate fuori « del vero e proprio processo » accennato nella sentenza n. 149 del 1969 e ribadito nella successiva sentenza n. 2 del 1970, dimostrerebbe come il concetto di procedimento così ricavabile spiegherebbe unicamente la sua efficacia sul piano costituzionale senza coinvolgere minimamente il problema dell'appartenenza o meno al processo delle indagini preliminari dal punto di vista della normativa ordinaria: sarebbe quindi più corretto parlare di *giurisdizionalizzazione* delle indagini preliminari ⁽²²⁾, intendendosi con questo termine il trasferimento ad esse dell'intero sistema degli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater* cod. proc. pen.

Si potrebbe anche convenire sul fatto che la Corte abbia elaborato una nozione di procedimento valevole ai soli fini della individuazione del momento in cui sorge concretamente il diritto alla difesa, ma da ciò non discende secondo noi l'esclusione dal processo degli atti di polizia giudiziaria poiché l'attuazione legislativa dei principi affermati nelle sentenze n. 86, 148 e 149 con le modifiche degli artt. 78, 134 e

⁽²¹⁾ AMODIO, *Attuazione giudiziale e attuazione legislativa delle garanzie difensive nelle indagini preliminari all'istruzione*, in *Giur. cost.*, 1969, II, p. 2254 seg.

⁽²²⁾ AMODIO, *op. cit.*, p. 2275.

225 c.p.p. ⁽²³⁾ ha chiaramente riconosciuto natura processuale alla fase delle indagini preliminari ⁽²⁴⁾.

Ai sensi dell'art. 78 c.p.p., considerare imputato ai fini del compimento di un *atto processuale* chi risulta indiziato di reità « in qualsiasi fase del procedimento, compresa la fase delle indagini di polizia giudiziaria », evidenzia la indiscutibile sussunzione di questi atti nel processo, anche se compiuti anteriormente alla soggettivizzazione dell'indizio di reità ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Artt. 1, 2 e 3 legge 5 dicembre 1969, n. 932 e 7 legge 14 ottobre 1974, n. 497.

⁽²⁴⁾ Cfr. la relazione VASSALLI sul testo unificato dei progetti di legge confluiti nella legge 5 dicembre 1969, n. 932, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, p. 917 seg., ove è detto che la sentenza n. 86 del 1968 della Corte costituzionale « travolge tutte le barriere di carattere terminologico e tutte le forme di equivoco: sia che ci si trovi, con la fase delle indagini preliminari, nell'ambito del procedimento sia che si tratti o meno di una fase o di un grado del procedimento stesso ». Al legislatore ordinario sarebbe stata aperta « una duplice strada: a) quella della limitazione delle attività della polizia giudiziaria, vuoi di diretta iniziativa (art. 225), vuoi delegate dal p.m. ai sensi dell'art. 232; b) quella di estendere le garanzie proprie dell'istruzione a questa fase delle indagini preliminari ». (*Relazione, cit.*, p. 925-926). Ed in effetti è stata prescelta proprio la seconda via anche se non in linea con l'allora disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura penale. (Cfr. per una critica a questo indirizzo NOBILI, *La natura degli accertamenti tecnico scientifici di polizia e i diritti della difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1187 e 1194).

⁽²⁵⁾ *Contra* MENCARELLI, *op. cit.*, c. 14 il quale dopo aver distinto fra atti di polizia giudiziaria, che corrispondono ad atti istruttori e debbono godere delle stesse garanzie, ed atti che non trovano un equivalente istruttorio e delle garanzie non usufruiscono, osserva come gli atti del primo gruppo presuppongono l'esistenza di un soggetto al compimento dei quali il medesimo presenta un diretto e rilevante interesse per le possibili ripercussioni negative sul proprio diritto di libertà, mentre gli altri si collegano (così, in genere, le sommarie informazioni) piuttosto alla funzione di un controllo e di una prima delibazione della *notitia criminis*. Da ciò conseguirebbe la conclusione che i primi hanno natura processuale, al contrario dei secondi, di contenuto amministrativo poiché non coinvolgono immediatamente i diritti di alcun soggetto ma si ricollegano soprattutto al fine di tutela dell'ordinamento. Sarebbe dunque lecito parlare di un'attività amministrativa di polizia giudiziaria di contenuto pressoché analogo a quella della polizia di sicurezza, dalla quale si differenzerebbe per intervenire dopo la commissione o la presunta commissione di un reato e per essere condotta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. L'esattezza di queste osservazioni, secondo il Mencarelli, troverebbe conferma nell'istituto dell'archiviazione, utilizzabile solo per chiudere le indagini di polizia giudiziaria di natura amministra-

Inoltre, nell'art. 134, in ossequio alla declaratoria di incostituzionalità sul punto pronunciata dalla sentenza n. 148 del 1969, appare abrogato il divieto agli ufficiali ed agenti della polizia giudiziaria di ricevere la nomina del difensore, appunto possibile solo in « atti del procedimento » ricevuti

tiva, identificabili in pratica con le « proprie indagini » esperibili nell'attività di polizia giudiziaria ai sensi della sentenza n. 86 del 1968, il cui contenuto è delineato dall'art. 219 c.p.p.: la stessa Corte costituzionale, d'altronde, ha affermato nella sentenza n. 103 del 1964 che il decreto di archiviazione non chiude né definisce alcun procedimento istruttorio, che anzi dichiara di non voler iniziare, riferendosi soltanto all'esperimento di indagini.

L'esposta tesi non appare condivisibile. Vi è anzitutto la difficoltà a ritenere di natura amministrativa atti compiuti sotto il controllo dell'autorità giudiziaria e comunque sempre ad essa imputabili ai sensi dell'art. 220 del cod. proc. pen., difficoltà non superabile con l'affermazione che la figura del p.m. è congegnata in modo tale da poter essere chiamata a sviluppare una attività amministrativa: le garanzie di indipendenza riconosciute a questi magistrati e le funzioni da essi svolte nel processo escludono una loro classificazione quali organi amministrativi e inducono viceversa ad affermare la natura giudiziaria (e quindi processuale) dei loro atti (cfr. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 389 seg.; vedi anche CHIAVARIO, *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 714 seg.; CONSO, *Ambiguità ed anomalie dell'istruzione formale*, *ivi*, 1960, p. 361; PETROCELLI, *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Arch. pen.*, 1966, I, p. 253; VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, Bologna, 1970, II, p. 13 seg. *Contra*, FOSCHINI, *Il pubblico ministero nella struttura di un processo penale giurisdizionale*, in *Riv. pen.* 1966, I, p. 317; *Id.*, *Un errore pendolare: l'accusatore giudice e il giudice accusatore*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 16 seg.; LEONE, *Trattato, cit.*, vol. II, p. 332; VANNINI-COCCHIARDI, *op. cit.*, p. 95).

Né appare convincente il richiamo al decreto di archiviazione e alla sentenza n. 104 del 1963 della Corte costituzionale: il decreto di archiviazione è effettivamente un modo di conclusione esclusivo dell'istruzione preliminare (cfr., in termini, CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p. 360; FOSCHINI, *Diritti della difesa ed istruzione preliminare*, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2409; TAORMINA, *L'istruzione preliminare, cit.*, pp. 55-62; *contra* CARULLI, *L'archiviazione*, Milano, 1958, p. 58 seg.), assumendo rilevanza al riguardo solo l'eventuale formulazione di un'accusa, cioè l'attribuzione di un reato ad una persona da parte del p.m. In altre parole il momento preclusivo dell'archiviazione coincide con l'inizio dell'azione penale (Cass. Sez. Un. 27 ottobre 1951, Dreoni, *Giur. compl. Cass. pen.*, 1951, III, p. 3208, nota MARUCCI, e più recentemente, Cass. 23 gennaio 1970, p.m. in c. Volpe, in *Giust. pen.*, 1970, III, c. 109, n. 73), ma questo può essere preceduto sia da indagini generiche sia da atti con valore e contenuto istruttorio: e se esistono atti anteriori all'imputazione con natura processuale, la tesi criticata perde il suo presupposto.

dall'autorità giudiziaria o ad essa presentati, ed in virtù degli artt. 225, 222 e 223 è stata imposta l'osservanza delle norme sull'istruzione formale per il compimento delle sommarie indagini (leggi 18 marzo 1971, n. 61 e 14 ottobre 1974, n. 497), e dei sequestri, accertamenti ed operazioni tecniche (sentenza n. 148 del 1969 della Corte costituzionale).

Nè va dimenticato che, normalmente, per giungere alla formalizzazione di un'accusa si passa attraverso l'istruzione preliminare, la quale può così essere ritenuta una fase del processo, se non proprio indefettibile, quasi sempre necessaria ⁽²⁶⁾.

Il testo del nuovo art. 225 *bis* cod. proc. pen. convalida a nostro giudizio definitivamente l'indirizzo delineato.

La norma, invero, stabilisce che sono prive di ogni valore ai fini processuali le informazioni assunte dall'indiziato, dall'arrestato o dal fermato senza la presenza del difensore: essa ha un campo di applicazione estremamente limitato sia perché regola unicamente le sommarie informazioni rese dall'indiziato, dall'arrestato e dal fermato, e non, quindi, gli altri atti a contenuto probatorio della polizia giudiziaria, sia perché consente l'assunzione delle informazioni medesime soltanto nei casi di assoluta urgenza e al solo scopo di proseguire le indagini in ordine ai reati di cui all'art. 165 *ter*.

La sua eccezionalità non consente pertanto di darle rilevanza tale da poter superare le altre particolari generali previsioni normative, di cui abbiamo parlato, e riportare nell'ambito extra processuale gli atti di polizia giudiziaria: ma, anzi, argomentando *a contrario*, nel suo contenuto è lecito individuare un ulteriore elemento in favore della processualità dell'istruzione preliminare della polizia, in quanto l'affermazione che

(26) Sostengono l'indefettibilità della istruzione preliminare FOSCHINI, *Sistema*, cit., vol. II, p. 42; SIRACUSANO, *Preistruzione*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1966, vol. XIII, p. 618; TAORMINA, *L'istruzione preliminare*, cit., p. 64. *Contra*, vedi CARULLI, *Agonia dell'istruzione sommaria*, in *Arch. pen.*, 1965, II p. 103; MENCARELLI, *op. cit.*, c. 21.

solo quelle particolari informazioni sono prive di valore processuale, consente di dedurre che tale valore e contenuto hanno per converso gli altri e diversi atti della polizia giudiziaria.

D'altronde le disposizioni ora ricordate si inseriscono in un ordinamento dalla cui attenta esegesi un'autorevole dottrina aveva già da lungo tempo tratto la conclusione dell'appartenenza al processo di tali atti (27).

Si pensi all'art. 616 cod. proc. pen. applicabile solo dopo « il primo atto del procedimento contro l'imputato »; gli atti diretti contro l'imputato possono dunque essere preceduti da altri atti processuali e pertanto il primo atto del procedimento non è sempre e necessariamente un atto contro l'imputato. Di questo assunto offrono la riprova l'art. 78, comma secondo, cod. proc. pen., ammettendo il compimento di atti processuali rispetto a cui la legge riconosce determinati diritti all'imputato già prima che taluno assuma tale qualità, e l'art. 378, comma terzo, contemplando l'ipotesi di un'istruzione formale contro ignoti. Almeno fino ad un certo momento, quindi, il processo penale è in grado di prescindere dalla presenza dell'imputato.

Inoltre, ad escludere gli atti di polizia giudiziaria dal novero di quelli processuali, si dovrebbe negare l'applicabilità del principio di tassatività delle nullità: la conseguenza sarebbe che, non essendo per essi prevista alcuna speciale sanatoria, la nullità da cui fossero eventualmente colpiti persisterebbe oltre alle nullità concernenti gli atti istruttori e gli atti del giudizio. Lo stesso primo comma dell'art. 78 fa del resto riferimento ad una situazione, per l'assunzione della qualità di imputato, quale la semplice messa a disposizione delle autorità giudiziaria in stato di arresto, senz'altro anteriore all'inizio dell'istruzione preliminare del procuratore della Repubblica e del pretore: parimenti l'art. 40, nell'indicare le

(27) CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 149 seg.

regole per la determinazione della competenza territoriale, opera una significativa correlazione fra il primo atto del procedimento e un tipico atto di polizia giudiziaria quale l'arresto in flagranza.

Vi è poi « tutta una serie di considerazioni a sfondo più generale che sconsigliano di adottare per gli atti di polizia giudiziaria una soluzione diversa da quella accolta per gli atti di istruzione preliminare. Si pensi all'analogia delle funzioni a cui gli uni e gli altri sono preordinati, allo stretto vincolo che intercorre tra la polizia giudiziaria e gli organi dell'istruzione preliminare, ai tipi di atti, in gran parte strutturalmente identici, che si possono compiere nelle due fasi: il tutto ribadito, anzi imperniato, sulla comune regolamentazione nell'ambito di uno stesso capo del codice » (28).

Agli atti di polizia giudiziaria, quindi, in virtù delle argomentazioni sopra svolte, va riconosciuta natura processuale.

Essi, salve le specifiche diverse regolamentazioni (cfr. ad esempio l'art. 225 c.p.p. in riferimento agli atti di cui all'art. 304 bis), potranno essere espletati solo nel rigoroso rispetto del sistema delle garanzie difensive previste per l'istruzione formale, (come d'altronde prevedono gli artt. 222, 223 come modificato dalla sentenza n. 148 del 1969 della corte costituzionale, 224 e 225), e soprattutto, del sistema delle nullità.

2 - *Gli atti compiuti dalle persone di cui al terzo comma dell'art. 221 cod. proc. pen.*

Alla stregua di quanto esposto, le « proprie indagini » sono dunque da ricondursi nell'alveo del processo sia per intervenire dopo l'acquisizione della *notitia criminis* sia per essere, in relazione alla qualifica dei soggetti che li eseguono, atti di polizia giudiziaria.

(28) Conso, *op. cit.*, p. 154, 155.

Appare opportuno chiedersi se lo stesso discorso possa valere per le attività svolte ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 221 cod. proc. pen., ove sono qualificate agenti o ufficiali di polizia giudiziaria, nei limiti del servizio a cui sono destinate e secondo le attribuzioni ad esse conferite dalle leggi e dai regolamenti, tutte le altre persone incaricate di ricercare ed accertare determinate specie di reati: il pensiero corre subito alla polizia tributaria, ai vigili sanitari, agli ispettori del lavoro ⁽²⁹⁾.

Rispetto alla ipotesi delle « proprie indagini » della polizia giudiziaria vi è una differenza di presupposti: di norma le proprie indagini sono dirette alla individuazione di una persona cui attribuire un reato del quale si è avuta la notizia, le attività regolate dal terzo comma dell'art. 221 c.p.p. viceversa a stabilire se un soggetto già identificato abbia o meno commesso un reato.

Ma le diversità si fermano qui. Poiché se non appare discutibile l'inapplicabilità in sede di proprie indagini degli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater* finché non intervenga la soggettivizzazione dell'indizio di reità, mancando appunto fino a questo momento il destinatario di tali disposizioni, le persone di cui al terzo comma dell'art. 221 c.p.p. si trovano subito in presenza di un soggetto ben individuato, portatore di un interesse diretto e rilevante al compimento delle « ricerche » ed « accertamenti » per le possibili ripercussioni negative sul proprio diritto di libertà che da esse potrebbero discendere a causa della loro finalizzazione a dar origine ad un procedimento penale ⁽³⁰⁾. Vi è insomma la certezza che, qualora emer-

(29) Per una elencazione di persone aventi tali qualifiche, cfr. DE GENNARO - BRUNO, *op. cit.*, p. 27, seg.

In particolare sulle perquisizioni ed ispezioni di polizia tributaria ci si consenta di far rinvio a GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, Milano, 1979, p. 121 seg.

(30) Scopo di queste attività è quello di « ricercare e accertare determinate

gano illeciti, la persona acquisterà lo *status* di indiziato per cui l'ostacolo addotto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 148 del 1969 per negare le garanzie, potrebbe apparire del tutto fittizio.

D'altro canto, come le proprie indagini, tali attività sono preordinate ad una possibile pronuncia penale e sono traducibili in verbali utilizzabili in sede dibattimentale ai sensi degli artt. 463 e 466 cod. proc. pen. in guisa che da essi il giudice può trarre elementi di prova: circostanze, queste, poste a fondamento delle più volte ricordate declaratorie di incostituzionalità operate con le sentenze n. 86 del 1968 e 149 del 1969⁽³¹⁾ unitamente all'altra per cui se la legge ordinaria, collocando la formazione delle prove a carico di un soggetto ad opera di una pubblica autorità, fuori del vero e proprio processo, potesse farne discendere l'inapplicabilità delle garanzie difensive, il principio vigorosamente affermato dall'art. 24 della costituzione resterebbe sostanzialmente eluso⁽³²⁾.

Ciò indurrebbe ad affermare la necessità di rispettare anche per il compimento di questi atti le norme previste a tutela del diritto di difesa: ci riferiamo, in particolare,

specie di reati» (art. 221). FRIGO, *Diritto di difesa e atti di polizia giudiziaria nel processo per frodi alimentari*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 2291, ritiene sufficiente per rendere operanti le garanzie difensive il fatto che, nella materia delle frodi alimentari, pur in difetto di indizi di reato, sono anticipatamente noti e individuabili — ove tale indizi sorgessero in seguito all'analisi — coloro cui dovrebbero essere attribuiti: cioè il produttore o il detentore delle sostanze alimentari ovvero entrambi.

(31) Sent. 3 luglio 1968, n. 86, *cit.*, c. 1684-85 « tali atti non sono estranei al giudizio poiché rientrano in indagini preordinate ad una pronuncia penale e si traducono in processi verbali di cui è consentita la lettura al dibattimento »; sent. n. 149 *cit.*, c. 15: « i verbali concernenti le attività espletate dalla polizia ai sensi dell'art. 223 possono essere letti nel dibattimento — ultimo comma art. 463 — senza che occorra il consenso delle parti e si acquistano così al processo elementi probatori di indubbia rilevanza ».

(32) Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 148, *cit.*, c. 11.

agli artt. 304 *bis*, *ter*, *quater* e 185 cod. proc. pen. poiché qualora gli accertamenti e le ricerche andassero ad incidere sui diritti alla libertà personale e domiciliare dovrebbero comunque osservarsi le garanzie previste dagli artt. 13 e 14 cost. e dalle norme processuali ad esse collegate.

La soluzione del problema dovrebbe però essere ricercata attraverso una indagine sull'ammissibilità di una applicazione diretta o analogica del sistema garantistico ora richiamato, non essendo prospettabile una questione di legittimità costituzionale della normativa in esame per contrasto con l'art. 24, comma secondo, cost., poiché le attività compiute dalle persone di cui al terzo comma dell'art. 224 c.p.p. sono normalmente estranee al processo, potendo intervenire prima dell'accertamento e dell'acquisizione della *notitia criminis*.

Al riguardo una tesi suggestiva potrebbe essere la seguente.

L'art. 154, comma primo, cod. proc. pen. fa obbligo, fra gli altri, agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di osservare le norme stabilite nel codice di procedura penale, anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione particolare; nella più recente legislazione e nella giurisprudenza della corte costituzionale, come si è visto, si è andato affermando il principio che agli atti di polizia giudiziaria si applicano le norme previste per l'istruzione formale e quindi gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater*, la cui eventuale inosservanza integrerebbe una ipotesi di nullità trattandosi di disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato.

Le persone incaricate di ricercare ed accertare determinate specie di reati ex art. 221, ultimo comma, sono agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria: tenuto conto della finalizzazione degli atti in esame ad un procedimento penale, del loro potenziale lesivo del diritto di libertà, della rilevanza probatoria che potranno assumere nel processo e della presenza di una ben individuata persona contro cui si dirigono, potrebbe apparire giustifi-

cata un'interpretazione estensiva delle disposizioni ora dichiarate e la loro conseguente applicazione (33).

(33) In due recenti sentenze della Corte costituzionale, n. 21 del 29 aprile 1975 in *Giust. pen.*, 1975, I, c. 302, e n. 145 del 22 maggio 1974, *ivi*, 1974, I c. 363, sono state rispettivamente dichiarate infondate, in riferimento all'art. 24 secondo comma della costituzione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 55 del D.P.R. 9 aprile 1959, n. 28 che demanda ai funzionari del corpo delle miniere accertamenti tecnici su fatti che possono costituire reato, e dell'art. 29, comma secondo, della legge 25 novembre 1962, n. 1684, in riferimento agli artt. 3 primo comma e 24 secondo comma cost., nella parte in cui consente all'ingegnere capo del genio civile di compiere accertamenti di carattere tecnico in ordine alle violazioni delle norme previste dalla legge antisismica. In entrambi i casi si è osservato come i funzionari suddetti, nel compiere gli accertamenti ad essi demandati, agiscano come ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 221 c.p.p. e in tale qualità siano obbligati ad osservare nei confronti dell'indiziato di reato tutte le garanzie difensive a questo ultimo spettanti in sede di indagini preliminari. Nella sentenza n. 91 si specifica che « come persona incaricata di ricercare ed accertare determinate specie di reati, il funzionario delle miniere, ai sensi dell'art. 221, terzo comma, c.p.p., è certamente da ritenersi ufficiale di polizia giudiziaria e, come tale, vincolato al rispetto di tutti gli adempimenti previsti nell'art. 225 c.p.p. (nel testo di cui all'art. 3 della legge 18 marzo 1971, n. 62) e nell'art. 223 dello stesso codice. Egli deve perciò osservare, nel compimento degli accertamenti commessigli, le norme sull'istruzione formale, comprese quelle previste dall'art. 304 bis c.p.p.; e ciò in base al preciso disposto delle norme citate. Può aggiungersi in via generale, ed in conformità di quanto deciso dalla Corte nella sentenza 145 del 1974, che quando una norma di una legge speciale attribuisce a taluno il potere di procedere all'accertamento di fatti costituenti reato, senza nulla disporre in merito alle norme da seguire perché siano rispettati i diritti di difesa dell'indiziato, non consegue da tale omissione alcuna violazione di norme che tutelano quel diritto, essendo questo assicurato da norme generali, al cui rispetto sono tenuti tutti coloro cui quel potere è conferito ».

Corte cost. 8 maggio 1974, n. 122, *cit.* si limita ad osservare che gli ufficiali e gli agenti di polizia tributaria svolgono funzioni di polizia amministrativa quando operano per accertare violazioni delle leggi finanziarie non costituenti reato, mentre Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 3, *cit.*, definisce senz'altro amministrativa l'attività di prelievo di campioni di sostanze alimentari e della loro prima analisi. Egualmente Corte cost. 8 luglio 1975, n. 186, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2420, sostiene che la contestazione di una contravvenzione stradale non depenalizzata e la compilazione del relativo processo verbale con l'inserzione delle eventuali dichiarazioni del contravventore, appartengono ad una fase antecedente l'inizio e l'istruttoria del procedimento penale e l'assunzione della qualità d'imputato secondo l'art. 78 c.p.p.: questo sistema differirebbe quindi dall'interrogatorio dell'imputato e da ciò discenderebbe l'inapplicabilità degli artt. 78, 3° comma, 304 bis, *ter* e *quater* c.p.p.

La Corte di cassazione è tuttavia costante nell'escludere in questi casi l'applicabilità delle norme poste a garanzia della difesa, ritenendo trattarsi di mere attività amministrative di constatazione e di controllo. Vedi, da ultimo, Cass. 9 gennaio

Va anche osservato come gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater* possano ritenersi estrinsecazione dei principi generali di tutela dei diritti alla libertà e alla difesa, certamente presenti nel nostro ordinamento ⁽³⁴⁾: poiché nelle ipotesi discusse si pro-

1976, Imperato, in *Giust. pen.*, 1977, II, c. 298, n. 208 e Cass. 23 gennaio 1976, Marzorati, *ivi*, 1976, III c. 699, relativa ad accertamenti svolti presso una ditta da funzionari dell'ispettorato del lavoro; Cass. 24 aprile 1975, Bazzolo, *ibidem*, c. 424, nella quale si esclude che l'ispezione periodica biennale del medico provinciale alle farmacie della sua provincia debba sottostare alle norme poste a fondamento del diritto di difesa, costituendo esclusivamente in funzioni di vigilanza amministrativa, nettamente distinte dall'attività di polizia giudiziaria pur quando portino all'accertamento di un reato; Cass. 24 marzo 1975, Sorrentino, *ibidem*, c. 359, n. 251 e Cass. 11 marzo 1975, Zarettieri, *ibidem*, c. 359, n. 252, ove vengono ritenuti mere attività amministrative gli accertamenti di carattere tecnico demandati dal codice della strada e dal relativo regolamento all'ispettorato della motorizzazione civile; Cass. 10 febbraio 1975, *ibidem*, c. 87, in tema di prelievo di campioni di acque onde accertarne l'eventuale potere inquinante. In senso contrario, su quest'ultimo punto vedi tuttavia Cass. 4 aprile 1974, *ivi*, 1975, III, c. 322, n. 204 e, più recentemente, Cass. 8 marzo 1977, Colasuonno, in *Giur. it.*, 1978, II, c. 334.

(34) Basterà al riguardo far riferimento alle norme contenute nella parte prima, titolo primo, della costituzione, e in particolare agli artt. 13, 14 e 24.

Alcune di queste leggi prevedono delle garanzie per le persone inquisite. Vedi, ad esempio, gli artt. 97, 98 e 99 e 100 del R.D. 1 luglio 1926, n. 1361, Regolamento per l'esecuzione del R.D.L. 15 ottobre 1925, n. 2033, ove sono stabilite le modalità da osservarsi obbligatoriamente nelle operazioni di prelievamento dei campioni di sostanze di uso agrario e dei prodotti agrari; l'art. 100, comma secondo, regolamento *cit.* che concede all'interessato il diritto di apporre il proprio timbro sul campione prelevato; l'art. 101 che prevede l'obbligo di consegna all'interessato di uno dei campioni; l'art. 105 nel quale sono prescritte le indicazioni da riportare nei processi verbali da compilarsi in esecuzione dei precedenti articoli, fra cui assumono particolare rilievo gli obblighi di indicare i motivi per le quali è stata elevata contravvenzione ed eventualmente eseguito il sequestro, di inserire la dichiarazione che il verbale è stato letto e firmato dall'interessato e dell'eventuale suo rifiuto a firmare, di trascrivere le eventuali dichiarazioni dell'interessato. Infine l'obbligo di redigere il verbale in duplice originale, uno dei quali da rilasciarsi all'interessato, e di effettuare le analisi secondo i metodi prescritti dal Ministero per l'agricoltura e le foreste. Analoghe disposizioni sono contenute in altre norme (art. 78, comma secondo, legge 7 dicembre 1951, n. 1559 sulla disciplina del commercio delle acqueviti; art. 23 D.P.R. 30 maggio 1953, n. 567 per gli estratti alimentari e prodotti affini, art. 11 R.D. 27 giugno 1929, n. 1427 per gli alimenti ittici): particolare rilievo ha in materia il Regolamento di esecuzione della legge 30 aprile 1962, n. 283 approvato con D.P.R. 26 marzo 1980 n. 327 (vedi in particolare gli artt. da 5 a 20 e l'allegato A).

Si tratta, peraltro, di garanzie incomplete poiché non è espressamente prevista alcuna sanzione per la loro inosservanza. Ed in proposito la Corte di cassazione ha rite-

fila una lesione di tali principi, le norme ora citate potrebbero essere applicate analogamente.

Ci pare, tuttavia, che la tesi esposta non sia accoglibile.

L'interesse e la necessità di esplicitare il diritto alla difesa sorgono allorquando sussistano contemporaneamente due presupposti: un indizio di reità e la sua soggettivizzazione a carico di taluno.

Per cui restano fuori dalla sfera di applicazione del sistema delle garanzie difensive tutti i casi in cui si verifichi solo uno di tali presupposti. L'accertamento di un reato senza l'inviduazione di colui al quale esso sia attribuibile, rende chiaramente inoperante la normativa garantista per la mancanza nel processo di chi dovrebbe beneficiarne. Ma anche la sola presenza di una persona nei cui confronti potrebbe emergere (ma non è ancora emersa) una ipotesi criminosa, non appare sufficiente a far scattare i meccanismi di tutela in quanto, finché non sia scaturita una *notitia criminis*, non esiste un procedimento penale e non è conseguentemente ammissibile l'obbligo di osservare norme per esso stabilite.

Le attività in esame, pertanto, pur dirette alla ricerca e all'accertamento di determinare specie di reato, sono da ritenersi essenzialmente preventive ed extra-processuali e possono essere compiute prescindendo dalle disposizioni previste dal codice di procedura penale fino all'insorgere di un indizio di reità e della sua soggettivizzazione: successivamente a tale momento, esse acquistano natura processuale e devono venire sottoposte in maniera rigorosa a tutti i divieti, obblighi e sanzio-

auto che: « le irregolarità verificatesi nel prelevamento di campioni non determinano automaticamente la inefficacia delle susseguenti analisi, dalle quali il giudice di merito può senz'altro attingere le ragioni del suo convincimento » Cass. 8 maggio 1968, Salluzzi, in *Giust. pen.* 1969, II, c. 41 n. 27; conf. Cass. 9 novembre 1967, Cossio *ivi*, 1968, II, 711, 836; Cass. 24 ottobre 1962, Nieri, in *Riv. pen.*, 1964, II, 364; Cass. 10 novembre 1961, Caridà, *ivi*, 1962, c. 1017; Cass. 31 maggio 1960, Citti, *ibidem*, p. 735.

ni dettate in tema di partecipazione, anche inderogabile (vedi art. 225, commi quarto ed ottavo, c.p.p.) del difensore, di invio di avvisi e di deposito di atti (artt. 222, 223, 224, 225, 304 bis 304 ter, 304 quater e 185 c.p.p.).

3 - La natura della *notitia criminis*

Se, dunque, appare corretto individuare la genesi del procedimento nell'istante in cui la *notitia criminis* giunge a conoscenza della polizia giudiziaria o dell'autorità giudiziaria, tutti gli atti successivi a tale momento vanno considerati processuali e devono quindi sottostare alle forme e alle regole per essi previste, ivi compreso il sistema delle invalidità e delle norme poste a garanzia del diritto di difesa.

Ma possono ricondursi nell'ambito del processo anche gli atti costituenti i normali modi di estrinsecazione della *notitia criminis*, vale a dire la denuncia, il rapporto, il referto, la querela e l'istanza?

Secondo un'autorevole dottrina, pur favorevole, come si è visto, alla processualità degli atti di polizia giudiziaria, un'attenta interpretazione degli artt. 40 e 78, commi primo e secondo, cod. proc. pen. dovrebbe portare ad una risposta negativa ⁽³⁵⁾.

(35) Conso, *Atti processuali penali*, cit., p. 150, il quale osserva che, considerando la *notitia criminis* atto del procedimento, la competenza per territorio potrebbe essere in ogni caso determinata rispetto al luogo della sua presentazione, dato che alla base di ogni procedimento e di ogni problema di competenza non può non esservi una *notitia criminis*: il secondo comma dell'art. 40 non avrebbe quindi ragione di esistere ed anzi si vedrebbe preclusa ogni possibilità di applicazione.

Il principio troverebbe conferma nel raffronto fra il primo e il secondo comma dell'art. 78: gli atti in questione, nemmeno quando indichino qualcuno come reo, vengono considerati idonei a far assumere la qualità d'imputato (secondo comma) mentre tale idoneità è riconosciuta a qualsiasi «atto del procedimento» con cui venga attribuito un reato a una determinata persona (primo comma). Poiché non è certo la nota consistente nell'addebito di un reato a far difetto quando la *notitia*

L'opinione, senza dubbio esatta quando fu elaborata, può oggi essere riveduta ⁽³⁶⁾.

criminis indichi qualcuno come reo, si deve concludere che la non riconducibilità degli atti contenenti la *notitia criminis* fra quelli indicati nell'art. 78, primo comma, trova la sua spiegazione nel fatto che, per il legislatore, essi non presentano l'altra nota caratteristica degli ultimi, vale a dire la nota che permette di qualificarli atti del procedimento. Conseguentemente, secondo l'illustre Autore, né il primo comma dell'art. 136, né il primo comma dell'art. 137, né l'art. 184 sarebbero riferibili a questi atti, come, in tema di querela, l'art. 183 *bis*.

A noi, invece, sembra indiscutibile il collegamento fra gli artt. 136, comma 1°, e 8, comma 2° 9, comma 1°, e 10, comma 1°, c.p.p. (conf. BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958, p. 282 e 338; MANZINI, *op. cit.*, vol. IV, p. 10, 11 e 48; *Contra* CONSO, *Inapplicabilità degli artt. 136, primo comma, 137, primo comma, e 184 in materia di denuncia e querela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 1039; DE GENNARO-BRUNO, *op. cit.*, p. 52, 59; FARANDA, *Cenni sulla perfezione e sulla invalidità della denuncia*, in *Riv. proc. pen.*, 1961, p. 480); per converso concordiamo nel ritenere inapplicabile l'art. 183 *bis* poiché in effetti non appare ipotizzabile una restituzione in termini per proporre la querela, atteso che prima della sua proposizione non può esistere procedimento. Assai pertinente ci pare viceversa l'osservazione che fra le varie qualifiche usate dal legislatore per la invalidità di tale atto non trova posto la nullità, proprio perché la nullità è da lui considerata tipica figura di imperfezione dell'atto processuale penale (nella *Relazione al Re sul codice di procedura penale*, p. 3, in effetti si legge: « Il progetto definitivo stabiliva la nullità della querela se il verbale in cui era raccolta la relativa richiarazione orale non fosse sottoscritta dal querelante. Ma, non trattandosi di un atto processuale, è forse più proprio stabilire l'assoluta inefficacia dell'atto »): tuttavia ammettendo l'applicabilità a tali atti degli artt. 137 e 161 cod. proc. pen. discenderebbe conseguentemente la riferibilità delle nullità anche ad essi.

La stessa giurisprudenza ha inoltre applicato l'istituto della inesistenza alla querela. Cfr. Cass. 22 gennaio 1957, Nuzzo, in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 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 convalidazione. 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 *tan-quam non esset*, così come è giuridicamente inesistente la sentenza emessa a *non iudice* ».

(36) Il testo originario del secondo comma dell'art. 78, prima della modifica intervenuta con la legge 5 dicembre 1969, n. 932, era il seguente: « Fuori dei casi preveduti dalla disposizione precedente, quando si deve compiere un atto processuale rispetto al quale la legge riconosce un determinato diritto all'imputato, si considera tale chi, nel rapporto, nel referto, nella denuncia, nella querela, nella richiesta o nell'istanza è indicato come reo o risulta indiziato di reità ».

Il nuovo testo dell'art. 78 fornisce utili indicazioni in proposito: nel primo e nel secondo comma si leggono due espressioni apparentemente molto simili, rispettivamente « colui al quale in qualsiasi atto del procedimento viene attribuito il reato » e « chi risulta in qualsiasi fase del procedimento, compresa la fase delle indagini di polizia giudiziaria, indiziato di reità ». Parrebbe di trovarsi dinanzi ad un'inutile duplicazione: ma, a ben vedere, è possibile sceverare fra le due dizioni una previsione di situazioni differenziate dalla quale può derivarsi una nuova linea interpretativa. Il primo comma, invero, parlando di « attribuzione di reato » appare riferirsi al caso in cui vi sia il concretizzarsi dell'accusa in un fatto già delineato a seguito di determinate acquisizioni probatorie, mentre per atto del procedimento che la contenga dovrebbe intendersi un atto proveniente dal magistrato, proprio per la caratteristica di indicare un'accusa, un fatto preciso. Nel secondo, invece, è adoperato il termine « indizio » rappresentativo di una situazione di grave sospetto ed equivalente all'altro « indicato come reo » subito prima usato con riferimento al rapporto, al referto, alla denuncia, alla querela, alla richiesta e all'istanza. E la tutela attribuita a chiunque risulti indiziato di reità vale per qualsiasi fase del procedimento, compresa quella degli atti di polizia giudiziaria: poiché l'indizio dovrà necessariamente risultare da un atto del procedimento, (non necessariamente promanante dal magistrato atteso l'espresso richiamo alla fase degli atti di polizia giudiziaria), appare logico che in questo comma non si parli espressamente di « atto » come nel primo, ma ci si limiti a riferirsi a « fasi » del procedimento.

Insomma, le ipotesi considerate nell'alinea e nel capoverso dell'art. 78, pur riferendosi a tutte le fasi del procedimento e dovendo le differenti qualifiche essere contenute in atti processuali, sono chiaramente diverse, poiché nel primo

caso si disciplina l'assunzione della qualità d'*imputato*, nel secondo l'assunzione della qualità di *indiziato* ⁽³⁷⁾.

Più arduo da superare è invece l'ostacolo posto dall'art. 40, poiché è effettivamente impossibile ipotizzare un processo senza *notitia criminis*: molto difficile è però anche immaginare che alla *notitia criminis* non siano immediatamente o in prosieguo di tempo seguite indagini, vale a dire atti processuali ⁽³⁸⁾. Il fatto è che per il legislatore del 1930 non erano da considerarsi atti processuali neanche quelli di polizia giudiziaria; a maggior ragione non poteva esserlo la *notitia criminis*. La norma andrebbe dunque « riletta » anche alla luce dell'evoluzione dei principi in materia avanti evidenziati: sarà allora possibile ritenerla forse pleonastica (ma non completamente inutile, e non sarebbe certo la sola ad avere queste caratteristiche in un codice continuamente tormentato da dichiarazioni di incostituzionalità e modifiche legislative parziali) individuando la sua *ratio* nella intenzione garantistica di consentire, in ogni caso, la predeterminazione per legge del giudice competente.

Del resto, a favore della natura processuale degli atti contenenti la *notitia criminis* militano altri rilievi: che trattasi cioè di atti dai quali il procedimento trae origine, destinati ad ottenere necessariamente una decisione del giudice penale e tali da poter costituire fonte di prova essendone consentita la lettura nel dibattimento ai sensi dell'art. 466 cod. proc. pen. ⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ E ciò suona ulteriore conferma della processualità degli atti di polizia giudiziaria, emergendo l'indubbia possibilità dell'esistenza di atti processuali anteriori all'assunzione della qualità di indiziato.

⁽³⁸⁾ L'unico caso prospettabile è quello della dolosa distruzione dell'atto contenente la *notitia criminis* da parte del pubblico ufficiale che l'abbia ricevuta, da ritenersi rarissimo, poiché un simile comportamento ben difficilmente resterebbe impunito a causa delle prevedibili sollecitazioni che il denunciante rivolgerebbe.

⁽³⁹⁾ Cfr. Corte cost. 3 luglio 1968, n. 86, *cit.*, c. 1684-85.

Appare comunque fuori discussione la qualità di atti processuali dei rapporti presentati da ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria *ex art. 2, comma primo, cod. proc. pen.* sia per essere atti di polizia giudiziaria, sia per intervenire dopo la cognizione della *notitia criminis* da parte della polizia giudiziaria, sia, infine, perché di essi è possibile dare lettura al dibattimento (art. 466).

Conseguentemente, le parti di tali atti ove siano riferite circostanze acquisite in violazione del sistema delle garanzie difensive, cui siano collegate sanzioni di invalidità, dovranno essere dichiarate nulle o comunque processualmente inutilizzabili (⁴⁰).

(⁴⁰) Cfr. ad esempio, gli artt. 304, terzo comma, e 225, nono comma, contenente l'espresso riferimento all'art. 78, ultimo capoverso, stesso codice. Dovrebbero essere dichiarate affette da nullità o inutilizzabili anche le parti del rapporto ove vengano riferite le c.d. dichiarazioni spontanee dell'imputato (vedi *retro*, nota 20). Più in generale sulla utilizzabilità delle prove illegittime, ci si consenta di far riferimento a GUALTIERI, *Prove illegittime e sanzioni processuali*, in *Studi Urbinati*, Urbino, 1978, p. 121.

LUCIO MONACO

SUL RECESSO DAL DELITTO TENTATO

**PROBLEMI DI DELIMITAZIONE E SPUNTI CRITICI
PER LA REVISIONE DELL'ART. 56 III E IV c. C.P.**

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Dal codice Zanardelli al codice Rocco: recesso dal delitto tentato e codificazioni. — 2. La *ratio* unitaria dell'art. 56 III e IV c.: la teoria del "ponte d'oro". In particolare: il problema della diversa rilevanza penale del pentimento operoso rispetto alla desistenza dall'azione. — 3. Alcuni rilievi metodologici sull'approccio della teoria alla *ratio* dell'art. 56 IV c. Cenni critici sulla *ratio* dell'art. 56 III e IV c. c.p.

1. - L'istituto del recesso dal delitto tentato è per i penalisti « un figlio che dà un sacco di preoccupazioni »: così dichiarava nel 1928 un giovane studioso tedesco, che esprimeva in modo forse pittoresco ma certamente efficace e calzante un reale disagio della scienza penale del suo tempo ⁽¹⁾.

(1) La definizione del recesso quale « Sorgenkind » dei penalisti si deve a KEMSIERS, *Die tätige Reue als Schuldauflösungsgrund*, Diss. Königsberg 1928, 9. Negli anni alla fine dell'800, così come nei primi decenni del nostro secolo, si sviluppa in Germania una discussione dai toni molto acuti sulla normativa del recesso dal delitto tentato: le polemiche si accesero soprattutto durante i lavori preparatori del codice della Lega del Nord, e si potressero poi da allora pressoché ininterrottamente. Il più brillante tra gli oppositori del par. 44 dell'*Entwurf eines Norddeutschen Bundes*, in cui si sanciva l'impunità per il recedente, fu probabilmente JOHN, che per l'estrema lucidità delle sue impostazioni non mancò di creare gravi imbarazzi ai suoi antagonisti, i quali, alle sue richieste di vedere « fatti e cifre » che giustificassero l'utilità concreta della normativa sul recesso per la prassi, riuscivano spesso soltanto a rispondere, ad esempio con SEEGER, che tale utilità era insita nella « realtà stessa delle cose » (*in der Natur der Sache*), e che del resto la rilevanza penale del recesso si fondava « essenzialmente su una base giuridica » (v. JOHN, *Entwurf mit Motiven zu einem StGB für den Norddeutschen Bund*, 1868, 220 e ss.; la stessa tesi viene poi ribadita in *Das deutsche Strafrecht in Norddeutschland*, 1879, 16, nota al par. 31. V. invece SEEGER in: *Bemerkungen zu dem Entwurf eines Norddeutschen Strafgesetzbuches*, in *Archiv für preussisches Strafrecht*, Goldammer 1870, 233). Tra gli altri oppositori del recesso v. soprattutto COHN, il quale profetizzava che la relativa norma sarebbe rimasta semplicemente « lettera morta » (*Die Grundsätze über den Tatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des versuchtes*, 1889, 48, n. 16 e già prima v. anche *Zur Lehre vom versuchten und*

A distanza di molti anni questo « figlio » non cessa di preoccupare: ed i penalisti d'oltralpe continuano a seguirlo con assiduo interesse, anche se ormai di frequente emergono qua e là sintomi di stanchezza (2).

unvollendeten Verbrechen, 1880, 555 ss.; COHN rimase fermo a questo suo atteggiamento anche quando, molti anni dopo, tornò ad occuparsi del tema: *Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffs*, 1916, 152), OTTO *Vom Versuch der Verbrechen*, 1854, 85 ss. e v. BURI, *Zur Lehre vom Versuch*, in *Gerichtssaal* 19 (1867), 177 e *Über das Wesen vom Versuche*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 25 (1877), 291. Altri ponevano invece soprattutto l'accento sulla superfluità per la prassi di una norma che disciplinasse i casi di recesso dal tentativo: « casi di questo tipo nelle aule giudiziarie appartengono al novero delle rarità », affermava per esempio HERBST, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch nach § 46 Abs. 1 des deutschen StGB*, in *Archiv für Strafrecht (Goldammer)* 1884, 119; considerazioni più o meno analoghe facevano BAUER, *Wie unterscheiden sich der beendigte und der unbeendigte Versuch, und ist auch bei dem beendigten Versuch noch ein Rücktritt möglich?*, in *Gerichtssaal* 1865, 111; e SCHWARZE, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, II, 1871, 304. Quanto invece ai fautori del recesso, v. in seguito.

(2) Per dare un'idea della intensità del perdurante dibattito condotto dalla dottrina tedesca sui problemi del recesso basterà citare le più importanti monografie che solo in questi ultimissimi anni si occupano da vicino del tema: v. SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, 1972; BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung. Eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems von beendetem und unbeendetem Versuch*, 1975; BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976; ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976; BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, 1979; WALTER, *Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht*, 1980. Non minore importanza presenta poi la nutrita schiera di articoli, note, commenti che mantengono il problema costantemente sul tappeto: ad essi si farà ampio riferimento nel corso dell'indagine. La "stanchezza" cui si fa accenno nel testo si esprime nelle richieste, tutt'altro che sopite, di rinunciare al tradizionale effetto esimente del recesso, per sostituirvi una risposta penale più elastica, che consenta, se necessario, anche di infliggere una sanzione. Quest'orientamento era già stato portato da Welzel all'attenzione dei membri della *Grosse Strafrechtskommission*, ma era stato ivi respinto (v. *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1955, 2 Band, 198), fu poi negli anni successivi ripreso e fatto proprio da SCHRÖDER (*Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch*, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1956, 324, come anche *Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften*, in *Festschrift für Helmut Mayer*, 1966, 381), da Lang-Hinrichsen (*Bemerkungen zum Begriff der Tat*, in *Festschrift Engisch* 1969, 372) e da Dreher (*Anmerkung zu BGH 11.6.68*, in *Juristische Rundschau* 1969, 107). Più di recente si sono espressi in questo stesso senso ancora BURKHARDT, *op. cit.*, 184 ss. e 195 ss., ULSENHEIMER, *op. cit.*, 346

In Italia le cose sono andate in maniera diversa. Questo "figlio ribelle" non mancò per la verità di creare seri problemi ai penalisti nostrani, che se ne occuparono a lungo — come si sa — e con passione⁽³⁾. Poi lentamente si consolidò l'opinione che pronosticava nel sistema penale una proficua e tranquilla esistenza all'istituto del recesso⁽⁴⁾. Questa opinione

e 347, ESER, in Schönke-Schröder, *StGBKommentar*, 20 Auflage, 1980, § 24, n. 74, 323. V. però a questo proposito le osservazioni con cui Bottke (*op. cit.*, 569 ss.) motiva il suo atteggiamento « scettico » circa l'opportunità di una normativa più elastica, e quelle con cui WALTER (*op. cit.*, 55) arriva alla stessa conclusione, nel quadro però di una diversa prospettiva:

(3) Anche in Italia, in tutto il secolo scorso, vivissime erano le discussioni intorno all'istituto del recesso dal delitto tentato: discussioni che concernevano anche l'opportunità di esentare da pena il reo pentito, dal momento che su questo punto non erano proprio tutti d'accordo. Soprattutto GIOVANNI CARMIGNANI manifestò forti perplessità sull'opportunità di lasciare impunito il desistente, preferendo per casi del genere almeno una pena correzionale (così già in *Juris Criminalis Elementa*, Ed. V, 1823 (I ed. 1807), v. I, § 245 e n. 4): l'idea di « arrestare il braccio del facinoroso in mezzo al debito coll'allettamento della impunità » gli sembrava infatti il frutto « di una soverchia fiducia, che alcuni erroneamente collocano nella efficacia politica della pena » (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, 1833, libro II, 345). Su questa scia taluni, come BENEVOLO (*Il tentativo*, 1837, 85-86), si limitavano a chiedere per la desistenza comunque una pena, seppur « notevolmente mite », mentre invece altri, come per esempio BARSANTI (*Del pentimento nei reati*, 1885, n. 12, 22) ingaggiavano una vera e propria battaglia contro il recesso, cui non disconoscevano affatto la capacità di influenzare la psiche del reo, però in senso negativo, nel senso cioè di togliere all'agente remore ad intraprendere la commissione del reato!

(4) Grandissima influenza ebbe, ovviamente, l'opinione di CARRARA, il quale dichiarò che seppure da un punto di vista « ontologico » si sarebbe dovuto punire il desistente (*Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 1878, v. I, § 118), tuttavia « i riguardi politici debbono assorbire ogni altra considerazione di rigida giustizia » (ivi, § 119). Almeno nel merito, questo giudizio è avallato da tutta la dottrina, che coincide nel riconoscere al recesso il suo giusto posto nell'ordinamento penale: v. tra gli altri ALIMENA (*I limiti ed i modificatori dell'imputabilità*, 1896, II, 415), PESSINA (*Elementi di diritto penale*, 1871, 239 ss.), IMPALLOMENEI (*Istituzioni di diritto penale*, 1905, 354), CIVOLI (*Manuale di diritto penale*, 1900, 154 ss.), MANZINI (*Trattato di diritto penale*, 1920, v. II, 379). Se è del tutto fuori discussione che l'opinione dominante è nel senso di garantire l'impunità al desistente, per motivi prevalentemente riconducibili — come si vedrà — ad esigenze di politica-criminale, non va sottovalutato che una notevole efficacia stabilizzatrice di questo orientamento è sicuramente dovuta anche alla progressiva teorizzazione del principio secondo cui gli atti compiuti dal desistente rimangono punibili se costituiscono di per sé reato consumato: tale principio viene infatti elaborato anche co-

colse almeno in parte nel segno: il recesso dal delitto tentato non costituisce una « preoccupazione » per i penalisti da un buon numero di anni ⁽⁵⁾. Se a torto o a ragione, questo è un altro discorso.

Con l'art. 56 III e IV c. ⁽⁶⁾ il codice Rocco si pone nella scia di una tradizione legislativa che ininterrottamente, almeno dalle codificazioni preunitarie, riconosce effetti giuridico-penali al recesso volontario dal delitto tentato ⁽⁷⁾. Recepem-

me tentativo di compromesso tra le due opposte teorie che esigono rispettivamente la punibilità (piena o attenuata) e l'impunità del desistente. V. GIULIANI (*Istituzioni di diritto criminale*, III Ed. 1856, v. I, 137), che presenta appunto il principio in questione come ipotesi intermedia tra l'opinione di CARMIGNANI da un lato (*op. loc. ult. cit.*) e quella di DE SIMONI dall'altro (*Dei delitti considerati nel mero affetto*, 1783, p. I, cap. VII, par. VIII, 190 ss.), e PUCCIONI, (*Il codice penale illustrato*, 1855, v. II, 20 ss.).

(5) Gli ultimi contributi monografici sui problemi del recesso risalgono ormai alla prima metà degli anni '60 (CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, 1965; LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, 1963); quanto poi alla recente produzione non monografica sull'art. 56 III e IV c. la situazione è ancora più desolante, dal momento che non si rinvengono più di pochi contributi, e comunque in anni non proprio recentissimi: VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto del desistente*, in *Riv. it.*, 1968, 837; D'ARGENTO, *Brevi riflessioni in tema di desistenza volontaria*, in *Arch. Pen.* 1969, I, 246; MORELLI, *La desistenza volontaria del compartecipe nel contesto del reato concorsuale consumato*, in *Giust. pen.* 1971, II, 308; DE LEONE, *Appunti in tema di esistenza volontaria e pentimento operoso*, in *Arch. pen.* 1973, 499; CARPEGGIANI, *Desistenza volontaria e recesso attivo del concorrente non esecutore*, in *Riv. pen.* 1978, 361.

(6) Così dispongono rispettivamente:

« Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.

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

(7) Già nel Progetto di Codice penale per il Regno d'Italia del 1807, della cui redazione furono incaricati NANI e RAFFAELLI, l'art. 69, par. 1, prevedeva l'impunità per la desistenza volontaria (decisiva a tal riguardo l'influenza di NANI: *Principi di giurisprudenza criminale*, II ed., 1856 - I ed.: 1812 - 56, § 117); v. *Collezione dei travagli sul codice penale*, 1807, v. I. L'impunità al desistente veniva espressamente garantita anche dal codice del 1808 per il Regno di Napoli (art. 18), da quello del 1819 per il Regno delle due Sicilie (art. 73: v. il commento di ARABIA, *I principi del diritto penale*, 1859, 151 ss., ed altresì le osservazioni di NICOLINI, *Questioni di diritto*, I ed. 1842, 273 ss., e ROBERTI, *Corso di diritto penale*, v. II, n. 833 e ss.), dal codice del 1839 (art. 106) e da quello del 1859 per il regno di Sardegna

do gli affinamenti, le correzioni, gli sviluppi della dottrina del tentativo e mettendo a frutto le esperienze normative precedenti, già il codice Zanardelli aveva definito in verità con sufficiente precisione l'ambito di rilevanza della desistenza dal c.d. reato tentato ⁽⁸⁾: non così per il recesso dal c.d. reato mancato, dove l'obbiettiva ambiguità della formulazione legislativa rifletteva fedelmente i ritardi e le incertezze della dottrina nella concettualizzazione di questo specifico aspetto del fenomeno ⁽⁹⁾.

L'eliminazione di questa lacuna è appunto merito del legislatore del '30, che con l'art. 56 IV c. assume anche su questo punto una posizione estremamente chiara. I problemi del

(art. 101), dal codice toscano del 1853 (art. 48: v. al riguardo PUCCONI, *Il codice toscano illustrato*, 1855, v. II, 55 ss.). Invece, il Regolamento pontificio del 1832 prevedeva la pena della detenzione da 1 mese ad 1 anno (art. 11: v. al riguardo GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, III ed. 1856, v. I, 136 ss.).

(8) Art. 61 cpv.: « Se volontariamente desista dagli atti d'esecuzione del delitto, soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove questo costituisca di per sé un reato ». L'espressione « reato tentato » non è certo l'unica di cui si serve la dottrina per indicare la fase del tentativo in cui è possibile la desistenza dall'azione: cfr., ad esempio, per questa terminologia, PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III ed. 1871, 242.

(9) Art. 62: « Colui che, al fine di commettere un delitto, compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, se questo non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volontà, è punito... ». Poiché anche nella definizione normativa del reato tentato era inserita la condizione che la consumazione fosse stata impedita da circostanze indipendenti dalla volontà del colpevole (art. 61, I c.), ma ciò non ostante era espressamente prevista l'ipotesi della desistenza (art. 61 cpv.), si era verificata in dottrina una profonda spaccatura: da una parte coloro che esigevano l'impunità anche per l'impedimento volontario dell'evento, argomentando appunto che in tali casi non si realizzava un requisito essenziale alla punibilità del reato mancato (così IMPALLOMENI *op. cit.*, 355; MAINO, *Commento al codice penale*, 1915, v. I, n. 317; PESSINA, *op. cit.*, 241; VANNINI, *Desistenza volontaria e ravvedimento attuoso*, in *Suppl. Riv. pen.*, 1918, 183 ss.); dall'altra, invece, chi riteneva che in tali casi il reato mancato trapassasse semplicemente in reato tentato, con relativa cornice di pena (così ALIMENA, *Diritto penale*, v. I, 391; MANZINI, *op. cit.*, 390 ss.) ovvero che si dovesse solamente attenuare la pena prevista per il reato mancato, (così PUGLIA, *Manuale di diritto penale*, 1890, v. I, 230). Ma la disputa non era solo di carattere interpretativo del diritto vigente: uno sguardo alla letteratura fin qui richiamata lascia intendere agevolmente come fossero in realtà tutt'altro che chiare le idee sia sulla nozione del reato mancato e sia sulla possibilità stessa di

recesso — almeno quelli essenziali — sembrano così risolti una volta per tutte: dottrina e giurisprudenza possono dedicarsi con soddisfazione al dettaglio, alla precisazione dei soliti “piccoli” quesiti di cui nessun legislatore vuole, o può, preoccuparsi; possono ritornare per esempio con ritrovato, sereno distacco alla vecchia e defatigante polemica sulla « natura giuridica » dell'esonazione da pena concessa al desistente ⁽¹⁰⁾.

2. - « La legge, per prevenire il danno o il pericolo che può scaturire da un'azione non compiuta o per renderne meno gravi gli effetti, fa anche assegnamento sulla desistenza stessa dell'agente, rivolta a non completare il processo esecutivo del delitto; e fa pure assegnamento, nel caso di azione già compiuta, sull'opera dell'agente rivolta a impedire che l'evento si verifichi. Ciò spiega la ragione degli istituti della volontaria desistenza dall'azione e del pentimento operoso, (...) ». In questo modo, e negli anni stessi dell'entrata in vigore del nuovo codice, Saltelli—Romano Di Falco spiegavano la *ratio*

configurare, sul piano concettuale, il recesso dal reato mancato. Valga, per tutti, il riferimento a CARRARA, che da una parte consigliava l'eliminazione dal codice della figura del reato mancato proprio perché se pur « vera nel punto di vista scientifico » era tuttavia « difficile a capirsi dai non giuristi » e perciò fonte di « insuperabili difficoltà ed ingiustizie » nella pratica (in: *Codice penale dello Impero Germanico*, tradotto da Gultierotti e Feroci, con note di Ellero e Carrara, 1874, 12, n. 1) e dall'altra era costretto a complicate acrobazie logico-giuridico-politiche per mettere d'accordo in qualche modo reato mancato e recesso mediante impedimento dell'evento (v. *Programma del corso di diritto criminale*, 1871, Ed. IV, Parte generale v. I par. 417, 275).

⁽¹⁰⁾ Questo problema è senza dubbio tra quelli che con maggiore assiduità hanno riscosso l'attenzione della teoria del recesso. Un'informazione accurata ed esauriente circa lo stato della questione prima dell'entrata in vigore del codice Rocco può attingersi in VANNINI, *Desistenza volontaria e ravvedimento attuoso*, loc. cit.; Id., *La natura giuridica del ravvedimento attuoso*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914, I, 74 ss. Per quanto riguarda invece la dottrina successiva al 1930 v. PIOLETTI, *Ravvedimento del colpevole*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, XVII, 1149 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche; infine, per una completa trattazione del problema nella moderna teoria v. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., *passim*, e LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., *passim*, nel quadro di prospettive del tutto diverse.

delle norme sul recesso ⁽¹¹⁾. Non che ciò costituisse una novità, tutt'altro. Almeno da quando Franz v. Liszt aveva dichiarato, col peso della sua autorità, essere buona strategia penale costruire un « ponte d'oro » al reo che torna sui suoi passi, questa politica del recesso era all'apice della notorietà e del successo, in tutta l'area giuridico-culturale europea ⁽¹²⁾. E del resto ancor prima di v. Liszt la paternità scientifica della teoria « politica » del recesso veniva fatta risalire niente meno che a Feuerbach, il « fondatore della moderna scienza del diritto penale » ⁽¹³⁾. Di « garanzie » ce n'erano dunque

(11) *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, 1931, v. I, p. I, 378.

(12) v. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, 143-4. Per la verità già intorno alla metà dell'800 vi erano stati in Germania richiami abbastanza decisi ad « urgenti motivi di politica-criminale » che avrebbero consigliato di allettare il recedente con la promessa di un trattamento favorevole (LEONHARDT, *Commentar über das Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover*, 1846, 170), come del resto anche in altri paesi, e parecchi anni prima, non erano mancati accenni in tal senso (v. per esempio DE SIMONI, *op. loc. cit.*, NANI, *op. loc. cit.*, ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1852, 353). Ma è appunto con v. LISZT che la teoria criminal-politica del recesso viene compiutamente delineata, creando così le premesse della sua definitiva affermazione: per quanto riguarda la dottrina tedesca di quel tempo v. soprattutto v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1930, Bd. II, 411; ALLFELD, *Der Rücktritt vom Versuch*, in *Festgabe für Frank*, 1930, Bd. II, 76; ZIMMERL, *Der Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, 291.

(13) La definizione è di LÜBERSSEN, *Feuerbach P.J.A.*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1971, 1119. Nella famosa *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche* del 1804 scriveva infatti Feuerbach: « in presenza di certe condizioni lo Stato deve rinunciare totalmente alla minaccia di pena, se per impedire il tentativo non vuole invece favorire la consumazione del reato »: questo accadrebbe appunto se non si promettesse l'impunità a chi recede, dal momento che « il disgraziato, che si lasciò trasportare ad intraprendere un reato, saprebbe già, se così non fosse, di aver meritato la pena, di non aver più niente di consistente da guadagnare attraverso il pentimento, di non aver più niente di significativo da perdere con la consumazione del reato » (*Erster Theil*, 102-3). Più che di costruire un « ponte d'oro » al colpevole, dunque, Feuerbach si preoccupa piuttosto di non abbatterglielo: ed è questa una variante tutt'altro che secondaria rispetto alla teoria sviluppata poi da v. Liszt. L'ipotesi di Feuerbach si muove infatti (implicitamente) su condizioni empiriche diverse, e fa dipendere la sua validità da fattori empirici diversi rispetto ad una teoria come quella di v. Liszt; in breve: quest'ultima si colloca in una prospettiva *motivante* al recesso, la prima invece si preoccupa di non *demotivare* il recedente (cfr. BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*

a iosa perché la teoria del « ponte d'oro » potesse proseguire agevolmente il suo cammino ⁽¹⁴⁾.

Un cammino certo non breve, che la conduce senza scosse fino ai nostri giorni ⁽¹⁵⁾: naturalmente l'illusione di spingere qualcuno a « ravvedersi » attraverso la rinuncia alla pena, o con sconti più o meno consistenti, si è ormai da tempo rivelata per quello che è ⁽¹⁶⁾. Al di là di questa aspirazione ben difficilmente realizzabile rimane però la fiducia — non meno salda che ai tempi di v. Liszt — sulla funzione preventiva, di difesa sociale, che verrebbe appunto al meglio garantito dalla politica della « contropinta psicologica » in relazione ai rei non definitivamente decisi a portare a termine l'impresa. Di questa spiegazione la teoria del recesso è tuttora pienamente paga, né si preoccupa eccessivamente del *se* e del *come* si concili con questa prospettiva la diversa rilevanza assegnata

vom Versuch freiwillig?, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, 1419; BLOY, *op. cit.*, 150; ULSENHEIMER, *op. cit.*, 42).

⁽¹⁴⁾ Così dichiarava CARRARA che l'impunità concessa al desistente corrispondeva ad « un sommo principio di ragion politica, la quale esige che con ogni studio si provochi il pentimento » (*Programma*, cit., *Parte speciale*, I, par. 1180, 241), e ripeteva ALIMENA che « la società à interesse a far diminuire, in qualunque modo, il numero dei delitti. La desistenza, dunque, è sempre la benvenuta. » (*Diritto penale*, v. II, 379-80).

⁽¹⁵⁾ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 1975, *Parte gen.*, 405; MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 398; BETTIOL, *Diritto penale*, 1976, 541; GALLO, *Le forme del reato*, 1964, 71; BOScareLLI, *Compendio di diritto penale*, 1976, 151; SANTORO, *Tentativo*, in *Novissima Dig. it.*, 1152; DE MARSICO, *Diritto penale*, 1969, 257; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 1961, IV ed., v. II, 475 e 480; MACGIORE, *Diritto penale*, 1951, 550; BATTAGLINI, *Diritto penale*, 1949, 435; VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, 1952, 120. Sul problema della ratio del recesso non sembrano invece assumere esplicitamente posizione PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, 1972, 504 e NUVOLONE, *Sistema del diritto penale*, 1975, 392. Per un orientamento volto a ricercare la ratio dell'art. 56 III e IV c. e la loro diversa rilevanza in considerazioni attinenti alla capacità a delinquere, v. MESSINA, *La desistenza volontaria dal tentativo come causa di esclusione della capacità a delinquere*, in *Scuola positiva*, 1954, 11 ss. La teoria del « ponte d'oro » appare oggi seguita nella letteratura tedesca solo da MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 1971, 518.

⁽¹⁶⁾ *Contra*: BETTIOL, *op. cit.*, 541-2, e BÖCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*, cit., 1421 (ora anche in *Strafrecht, Allg. Teil*, 1975, 201).

alle ipotesi di recesso previste dall'art. 56 IV c. rispetto a quelle del comma III. Qualche voce in tal senso, per la verità, c'è sempre stata⁽¹⁷⁾; ed anche oggi non manca chi si domanda con perplessità se sia davvero opportuna o necessaria una tale divergenza⁽¹⁸⁾: sia tenendo in conto la maggiore intensità degli « stimoli » di cui ha certamente bisogno per recedere chi è già quasi alla fine del « lavoro », rispetto a chi è invece ancora agli inizi, e sia considerando che proprio le ipotesi di ravvedimento previste dall'art. 56 IV c. sarebbero meritevoli di miglior trattamento, dato il più forte « impegno di volontà » di cui esse sarebbero sempre espressione⁽¹⁹⁾.

A queste perplessità la teoria del recesso non ha mai attribuito soverchia importanza: soprattutto in anni meno recenti normalmente le ignorava, o sennò replicava seccamente, e con un tono di ovvietà piuttosto vicino — per intenderci — a quello con cui la Relazione ministeriale sul progetto semplicemente dava per scontata ed evidente la necessità di una diversa rilevanza delle due forme del recesso⁽²⁰⁾. Esentare

(17) V. soprattutto le perplessità espresse da DELITALA nelle *Dottrine generali del reato nel progetto Rocco* (ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, I, 309-10), poi ribadite da CARNELUTTI (*Teoria generale del reato*, 1933, 59). In una prospettiva diversa, tali perplessità venivano condivise anche da VANNINI, *op. cit.*, 121.

(18) BETTIOL, (*op. cit.*, 543) si chiede per esempio se vi sia davvero una « sufficiente giustificazione logica », mentre ANTOLISEI (*op. cit.*, 406) afferma chiaramente che essa « non si giustifica facilmente ».

(19) BOSCARELLI, *op. cit.*, 152-3.

(20) Si trova scritto nella Relazione (*Lav. prep., vol. V, p. I, Relaz. libro I*, 101): «...se la volontà operi prima che l'azione sia compiuta, evidentemente ricorre la vera e propria desistenza volontaria dell'agente, mentre se, avendo compiuta l'azione, costui riesce solo ad impedire l'evento, non può parlarsi più di desistenza (non si può desistere da un'azione già compiuta), ma solo di ravvedimento, o pentimento che dir si voglia. Le conseguenze giuridiche della distinzione non possono essere che quelle sanzionate dal Progetto: nel primo caso, la desistenza elimina la punibilità del tentativo, salva l'incriminabilità degli atti compiuti come fatti per sé considerati; nel secondo, il ravvedimento, o pentimento, può solo influire nella misura della pena ». Appoggiandosi implicitamente a questa « interpretazione autentica », spesso la teoria del recesso prendeva semplicemente atto della diversità di trattamento, senza spendere una sola parola per giustificarla o criticarla: DE MARSICO,

da pena anche chi avesse impedito l'evento sarebbe stato veramente « eccessivo », dicevano alcuni ⁽²¹⁾; l'azione esecutiva è in questi casi ormai completa, e la diminuzione della pena prevista per il delitto tentato costituisce una « elargizione » del legislatore, aggiungevano altri ⁽²²⁾; il momento in cui si verifica il recesso deve pur significare qualcosa, è giusto perciò che nelle ipotesi di pentimento operoso la pena sia solo diminuita ⁽²³⁾: più o meno in questi termini si chiudeva il discorso, senza prenderlo però neanche troppo sul serio — come ognuno avrà inteso. La moderna dottrina non ha tanto rivisto — nel merito — questo atteggiamento, quanto ha invece cercato, seppur fuggacemente, di precisarne meglio le ragioni: ed ha concluso che « una qualche sanzione penale » è in fondo giustificata ⁽²⁴⁾, perché il recesso mediante impedimento dell'evento si verifica nella fase del « tentativo compiuto », cioè una fase in cui — come viene precisato — sono già tutte poste le condizioni necessarie ai verificarsi del risultato lesivo, cosicché il tentativo ha ormai raggiunto « il massimo di pericolosità per il bene protetto » ⁽²⁵⁾.

op. cit., 257; RANIERI, *Diritto penale*, 1952, 372-3; FROSALI, *Sistema penale italiano*, 1958, v. II, 75 ss.; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, 1958, I, 465 ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, 1967, 652. BATTAGLINI, *op. cit.*, 437, si limitava invece ad affermare che « esattamente » il legislatore aveva attribuito al pentimento operoso una rilevanza solo attenuante della pena per il tentativo.

(21) Così SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, 380; anche MAGGIORE riteneva che bene avesse fatto il nuovo codice « schivando l'eccesso della impunità », senza soffermarsi però a motivare questa sua opinione (*op. cit.*, 552).

(22) Così FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, 1932, 445.

(23) Così SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, 1952, 40.

(24) PAGLIARO, *op. cit.*, 505.

(25) Così espressamente MANTOVANI, *op. cit.*, 398 ed anche SABATINI, *Istituzioni di diritto penale, Parte generale*, 1935, 281. Sulla correlazione tra le due forme del recesso (desistenza/pentimento operoso) e le due fasi del tentativo (incompiuto/compiuto) non esiste il più piccolo dubbio in dottrina: oltre agli autori già citati, v. ancora per la letteratura di lingua italiana ANTOLISEI (*op. cit.*, 405), BETTIOL (*op. cit.*, 533, 543), NUVOLONE (*op. cit.*, 393), GALLO (*op. cit.*, 67); per quella di lingua tedesca v. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 407; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage 1976, 207, 708; BAU-

Se così è, bisogna dire che la terminologia di cui fa correntemente uso la teoria del recesso non è affatto idonea ad esprimere questa caratteristica *costante* di pericolosità che dovrebbe appunto connotare la condotta criminosa antecedente

MANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage*, 1977, 532; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *SIGB KOMMENTAR, 20. Auflage*, 1980, § 24-311; ULSENHEIMER, *op. cit.*, 131 ss.; BURCKHARDT, *op. cit.*, *passim*, la cui ricerca è appunto interamente dedicata al problema della delimitazione delle due fasi del tentativo nella prospettiva del recesso. L'idea della pericolosità dell'azione crescente in misura direttamente proporzionale al progredire delle fasi di sviluppo del delitto tentato è assolutamente scontata per la teoria del tentativo e del recesso: la moderna dottrina non avverte perciò nemmeno il bisogno di farvi riferimento esplicitamente o di illustrarla in qualche modo, essa è semplicemente *evidente*. Perché sia così, è facile spiegarlo: quest'idea costituisce il portato di uno sviluppo teorico che affonda le sue radici nelle origini stesse della moderna teoria del reato. Per fare solo un nome, basti ricordare come FEUERBACH (*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1800, II, 270) nel collegare il grado di punibilità del tentativo, tra l'altro, all'entità del pericolo (inteso quale « probabilità di consumazione ») precisava come tale entità fosse connessa al « grado di prossimità » dell'azione esecutiva alla realizzazione del reato. In questo senso, quante meno « azioni intermedie » rimanessero da compiere per produrre l'evento, tanto maggiore sarebbe la punibilità del delitto tentato (271). La chiara concettualizzazione operata da FEUERBACH del nesso intercorrente tra grado del tentativo e gravità del pericolo consente appunto a questa idea di consolidarsi rapidamente: così per esempio, già non molti anni dopo, ZACHARIÆ poteva affermare con sicurezza che la pericolosità dell'azione « cresce evidentemente ad ogni momento del progredire dell'attività delittuosa », donde la necessità di graduare appunto in tal senso la pena del tentativo (*Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1839, II Teil, 54-5); su questi temi non mancano talune precise formulazioni già nella dottrina del tardo '700, come per esempio ad opera di KOCH in Germania, *Institutiones iuris criminalis*, 1779, LXXXIX, 69 e di ROMAGNOSI in Italia, *Genesi del diritto penale*, II ed., 1807, tomo IV, l. II, cap. IX, par. 823, 137. Su questa base può poi lentamente proseguire ed affinarsi lo sviluppo della dottrina del tentativo compiuto ed incompiuto in relazione al pericolo insito nelle due distinte fasi: questo processo raggiunge probabilmente con GOLDSCHMIDT (*Die Lehre vom beendigten und unbeeendigten Versuch*, 1879, 51 ss.) uno dei momenti di più limpida teorizzazione: il tentativo compiuto comporta un pericolo non solamente più « esteso », ma anche più « intenso » che nel tentativo incompiuto; la differenza non è insomma meramente « quantitativa » bensì pure « qualitativa » (nello stesso senso KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, All. Teil, 85, 241 ss.). A questa impostazione si ricollega l'indirizzo che opera, sul piano dottrinario, un differente inquadramento della desistenza e del pentimento operoso: la prima quale *Strafausschliessungsgrund* (operante come condizione risolutiva della punibilità del tentativo), la seconda quale *Strafaufhebungsgrund* (che eliderebbe cioè *ex post* la punibilità già sorta): così LAMMASCH, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechenversuches*, 1879, 71-2; *contra*: HERZOG,

all'attività impeditiva. Se è forse anche vero, infatti, che almeno *tendenzialmente* l'azione esecutiva compiuta è più pericolosa di quella incompiuta ⁽²⁶⁾, non è invece affatto ne-

Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889, 184 ss. Nel quadro di un ordinamento giuridico che diversifica nel trattamento la desistenza ed il pentimento è pienamente comprensibile il perdurare di queste impostazioni, il sopravvivere di questi condizionamenti sia sul piano del tentativo che su quello del recesso: condizionamenti la cui incisività si può meglio misurare proprio negli atteggiamenti che assume la moderna dottrina nell'ambito di sistemi normativi che invece parificano a tutti gli effetti le due forme del recesso. Così per esempio ARTZ ritiene, in relazione al § 24 dello StGB, che mentre la *ratio* dell'impunità concessa al desistente risiede nella scarsa energia delittuosa dimostrata da quest'ultimo, l'impunità accordata al pentimento operoso si spieghi invece solo con l'idea del « premio » per il salvataggio del bene: un'interpretazione al cui fondo si ritrova appunto la diversificazione quantitativa e qualitativa delle due fasi del delitto tentato (*Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch*, in *Goldt, Archiv.*, 1964, 9 ss.; in una prospettiva pressoché analoga GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt, seine Abweichung vom Handlungsdelikt*, 1957, 54 ss.). Un discorso a parte andrebbe invece fatto per quella parte della moderna dottrina che, in una prospettiva rigidamente orientata al concetto finalistico di azione (v. su questa concezione, per tutti, SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 1955, *passim* ed in senso critico GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Rist. 1967, *passim*, e soprattutto MARINUCCI, *Il reato come « azione »*, 1971, 68 ss. e *passim*) teorizza la diversità qualitativa delle due forme del delitto tentato facendo leva sul disvalore oggettivo d'azione, proponendo poi l'esclusione del tentativo compiuto dalla sfera concettuale e normativa del tentativo e la sua assimilazione, invece, al reato consumato: v. in tal senso le proposte di ARMIN KAUFMANN (*Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, in *ZStW* 80 (1968) 51 ss.) intorno al § 25 II dell'AE in cui si prevedeva la diminuzione di pena obbligatoria per il delitto tentato; l'opinione di A. KAUFMANN è stata poi ripresa e sviluppata da ZIELINSKI (*Handlungs- und Erfolgsumwert im Unrechtsbegriff*, 1973, 128 e 216 ss.) e ribadita dallo stesso KAUFMANN più di recente (*Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in *Fest. Welzel*, 1974, 393 ss.). Dopo la sferzante replica di STRATENWERTH (*Zur Relevanz des Erfolgsumrecht im Strafrecht*, in *Fest. Schaffstein* 1975, 177 ss. ed in particolare 182 ss.) la discussione sembrava sopita, finquando LÜDERSSEN in un recentissimo ed acuto intervento, che ha per altro anche il merito di arricchire il dibattito di punti di vista originali rispetto a quelli tradizionali, ha dimostrato come soprattutto in relazione al problema della funzione e del significato dell'evento nel sistema penale i giuristi non hanno nessun motivo per ritenere esaurito il loro impegno ed i criminologi non possono ormai negare più a lungo il loro contributo (*Erfolgzurechnung und « Kriminalisierung »*, in *Fest. Bockelmann* 1979, 181 ss. e soprattutto 186 ss.).

(26) Però, si badi bene, solo tendenzialmente. Ciò non costituisce del resto un'acquisizione della moderna teoria del delitto tentato: basti pensare che la "ri-volta" contro il reato mancato condotta a buon fine dalla dottrina del secolo scorso

cessario — come è stato limpidamente dimostrato ⁽²⁷⁾ — che completezza dell'azione ed elevato grado di pericolosità della stessa a carico del bene protetto necessariamente coincidano: soprattutto se la pericolosità dell'azione rispetto al bene tutelato venga misurata — come sembra fare di consueto la teoria del recesso — col metro dell'imminenza dell'evento delittuoso ⁽²⁸⁾.

A questo punto perciò, delle due l'una: o è vero che la condotta delittuosa su cui si innesta il recesso mediante impedimento dell'evento racchiude *sempre* il massimo di pericolosità per il bene aggredito, ed allora l'espressione « tentativo

e dei principi del '900 venne portata innanzi, tra l'altro, anche ponendo in risalto che il pericolo insito nell'azione esecutiva compiuta *non sempre e non necessariamente* era maggiore che nei casi di azione incompiuta: v. VANNINI, *La dottrina del reato mancato*, in *Riv. pen.* 1923, 511 ss.; ANTOISEI, *Osservazioni critiche sul concetto del delitto mancato*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1912, 139 ss.; CIVOLI, *Il tentativo*, in *Enc. Pessina*, vol. V, 233 ss.; ALIMENA, *Principi di diritto penale*, 1910, 353. Più o meno negli stessi anni, ed in termini sostanzialmente analoghi, parte della dottrina tedesca si rivolgeva contro la previsione legislativa del *beendigter Versuch*, chiedendo l'abolizione della cornice di pena differenziata (scil. più alta) rispetto all'*unbeendigter Versuch*: v. ad esempio BINDING, *Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund*, 1869, 76; HÄLSCHNER, *System des preussischen Strafrechts*, A.T., 1858, 204 ss.; JOHN, *op. cit.*, 208.

(27) ROXIN, *Der Anfang des beendeten Versuchs*, in *Fest. Maurach*, 1972, 213 ss., che ha appunto il merito di aver posto definitivamente in chiaro che il completamento dell'attività esecutiva non è affatto sufficiente, di per sé, a fungere da criterio di identificazione del momento iniziale di punibilità del delitto tentato: anche perché, tra l'altro, al compimento dell'attività esecutiva non segue necessariamente un'apprezzabile messa in pericolo del bene protetto. I rilievi di Roxin hanno incontrato generalmente consenso: v. tra gli altri JESCHECK, *Lehrbuch*, 421; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, (ESER) § 22, n. 42; RUDOLPHI, in *Systematisches Kommentar StGB*, II Auflage, 1977, § 22, n. 19; *contra*, ma da prospettive diametralmente opposte, da una parte HERZBERG, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1973, 89 ss.; dall'altra OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1976, 226 ss. e GÖSSEL, *Anmerkung zu BGH 16.9.1975*, in *Jur. Rundschau* 1976, 248 ss., le cui argomentazioni appaiono quanto meno contraddittorie. V. però la successiva replica di ROXIN, *Tatenschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in *Jur. Schulung*, 1979, 10 ss.

(28) V. per tutti BETTIOL, *op. cit.*, 533 ed ANTOISEI, *op. cit.*, 404-5; cfr. però il fondamentale lavoro di KERN: *Grade der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW* 64, (1952), (255 ss.) 278 ss.

compiuto » è sicuramente inadeguata per difetto a descrivere una condotta del genere; o è vero invece che con il riferimento al tentativo compiuto si definisce esattamente lo stadio in cui si verifica il recesso ai sensi dell'art. 56 IV c. (semplicemente *dopo* il compimento dell'attività esecutiva) ed allora i corollari che se ne traggono circa l'elevato grado di pericolosità dell'azione stessa non sono giustificati, almeno non sempre.

La soluzione del dilemma non è affatto difficile: al di là infatti dei "termini" di cui si serve la teoria, è assolutamente fuori discussione che l'idea del pericolo imminente a carico del bene protetto si ritrova costantemente associata, nei discorsi della dottrina recente e non circa l'art. 56 IV c., al recesso mediante attività impeditiva dell'evento⁽²⁹⁾. Perché sia così, che cosa si celi dietro questa diffusissima tendenza, ed in che modo essa si rifletta — in definitiva — sulla ritenuta opportunità di non lasciare esente da pena il pentimento operoso, non deve essere certo scoperto ora. *Giacomo Delitala*, per esempio, non aveva nemmeno aspettato la promulgazione del codice per dirlo a chiare lettere: per dire appunto quali fossero i condizionamenti cui non riusciva a sottrarsi il legislatore del recesso ed in quale conto egli li tenesse. La semplice diminuzione di pena prevista per il pentimento operoso — scriveva Delitala⁽³⁰⁾ — si spiega, rispetto all'effetto totalmente esimente riconosciuto invece alla desistenza, solo col riemergere della figura del reato mancato tra le pieghe dell'art. 58, III cpv. Prog. def. (art. 56 IV c.p.): tale disciplina non può perciò non riproporre — aggiungeva

(29) Il modo più semplice per convincersi di ciò consiste probabilmente nel controllare gli esempi di cui si serve la teoria del recesso per illustrare le sue interpretazioni dell'art. 56 IV c: c'è sempre un pericolo grave ed imminente che viene appunto scongiurato dall'azione di tutela. Cfr. al riguardo la letteratura cit. in n. (15) e v. altresì quanto viene detto a questo riguardo nella Parte I di questo lavoro.

(30) *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco, cit.*, 309.

— le perplessità ed i dubbi insiti nel concetto stesso del reato mancato, perplessità e dubbi che hanno giustamente indotto il legislatore a sopprimerne l'autonoma previsione all'interno della normativa sul delitto tentato. La verità è che sia dal punto di vista « puramente logico » — così concludeva Delitala — che sotto l'aspetto politico-criminale non esistono ragioni valide per trattare il ravvedimento attivo diversamente dalla desistenza volontaria ⁽³¹⁾.

Considerazioni più o meno simili vengono ancora oggi ripetute ⁽³²⁾, quasi con rassegnazione, e non sortiscono certo effetto migliore di quello di allora nè presso la dottrina del recesso nè, a quanto sembra, in sede di riforma dell'art. 56 IV c. ⁽³³⁾: questo punto è in sostanza fuori discussione, non crea problemi a nessuno, non c'è perciò alcun bisogno di cambiare. Così come non c'è motivo per cambiare il tipo di rilevanza dell'art. 56 III c. ⁽³⁴⁾: tutto rimane com'è, e ciò si deve — in maggiore o minore misura — sicuramente *anche* al fatto che alla teoria del recesso ogni conto sembra tornare.

3. - Se questo breve *excursus* ha raggiunto il suo scopo, deve risultare ormai chiara una prima caratteristica essenziale della *teoria* dell'art. 56 III e IV c. c.p.: e cioè l'elevato grado di *stabilità interna* che dovrebbe esserle garantito dalla sua scelta pressocché unanime, e senza riserve, in favore dell'approccio c.d. politico-criminale al problema della *ratio* del recesso.

⁽³¹⁾ *Op. cit.*, 309 e 310.

⁽³²⁾ V. gli autori cit. in n. (18) e (19).

⁽³³⁾ Il più recente Progetto di riforma della parte generale del codice penale è, come si sa, quello approvato dal Senato in data 31.I.73 (pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, 827 ss.); l'articolo 29 conferma la punibilità del pentimento operoso, ma rende più cospicua l'attenuazione obbligatoria di pena.

⁽³⁴⁾ Nel progetto del '73 rimane ferma la non punibilità della desistenza volontaria; del resto, non pare che la moderna dottrina abbia mai posto in discussione questa disciplina.

Col « ponte d'oro » infatti — questo è importante non sottovalutare — la dottrina del recesso non adotta soltanto un'interpretazione lungamente sperimentata, per così dire, sotto tutti i cieli ed a tutte le latitudini (con gli evidenti vantaggi che ciò di per sé comporta) ⁽³⁵⁾: essa fa propria piuttosto una *prospettiva* che è chiara, è plausibile ed è soprattutto storicamente idonea a fungere da punto di riferimento, da « controllo di ultima istanza » ⁽³⁶⁾ non solo in relazione ai non pochi nè semplici problemi applicativi ⁽³⁷⁾, bensì anche — come è stato proprio di recente sottolineato — in relazione ai problemi di *inserimento* di un istituto quale il recesso nel-

(35) La teoria del « ponte d'oro » ha adepti, per esempio, anche in Francia, dove c'è chi spiega che l'impunità concessa al recedente dall'art. 2 del codice penale (il tentativo è punibile se « è stato sospeso o ha mancato il suo effetto per circostanze indipendenti dalla volontà dell'agente ») è « estremamente facile a giustificarsi » proprio per l'evidente interesse della società a sollecitare i delinquenti a non portare a termine i loro reati (v. BOUZAT-PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, Tome I, Droit pénal général*, 12 Edition, 1970, 295). Quanto ai vantaggi che di per sé comporta nel discorso scientifico l'adesione ad una teoria ricca di tradizione e da lungo tempo consolidata, va ricordata soprattutto la c.d. « funzione di alleggerimento » dell'onere argomentativo: « anche qui — come dappertutto — è impossibile mettere ogni volta tutto in discussione daccapo » (ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 329). In concreto: la teoria del recesso ormai da molti anni si limita ad « aderire » alla teoria del « ponte d'oro » senza avvertire la necessità di spiegare compiutamente le ragioni di questa scelta: chi voglia accertarle, deve perciò assumersi il peso di una lunga ricerca a ritroso che via via lo condurrà — come si è visto — almeno fino alla concezione di ANSELM FEUERBACH.

(36) Così si esprime, efficacemente, ULSSENHEIMER, *op. cit.*, 4.

(37) Tra cui, innanzitutto, quelli relativi alla delimitazione delle sfere del recesso ed all'interpretazione del requisito della volontarietà: è del tutto pacifico in dottrina che nessuno di questi due grandi temi può essere correttamente affrontato senza aver chiara la logica in cui si inserisce il beneficio accordato dalla legge al recedente: v., per tutti, JESCHECK, *op. cit.*, 406, e ROXIN, *Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch*, in *Fest. Heinitz*, 1972, 251, al quale però non sfugge che l'interpretazione del concetto di volontarietà si ripercuote a sua volta sulla *ratio* del recesso e sulla collocazione sistematica dell'istituto. *Contra*, MAURACH, *op. cit.*, 518, secondo il quale non avrebbe alcun « significato essenziale » la discussione sulla *ratio* del recesso; ESER, *Juristischer Studienkurs, Strafrecht*, II, 1971, 81, ritiene invece che il ricorso alla *ratio* dell'istituto sarebbe consentito « solo con prudenza » nella soluzione dei singoli problemi del recesso .

l'ambito di un meccanismo normativo *funzionalmente* antitetico, qual'è appunto il sistema penale in quanto sistema di imputazione ⁽³⁸⁾.

Accennando poc'anzi al grado di stabilità della teoria del recesso si è detto che esso *dovrebbe* essere elevato: ed al lettore più attento non sarà sfuggito che l'uso del condizionale non è affatto casuale. Si è reso infatti necessario in considerazione di una seconda caratteristica — di metodo stavolta, ma non meno essenziale ed evidente dell'altra — che concerne in particolare l'approccio della dottrina all'art. 56 IV c.

Almeno nella sua versione moderna — quella lisztiana, per intenderci — la teoria del « ponte d'oro » assurge a fondamento dell'istituto del recesso dal delitto tentato in relazione a dati normativi che *unificano* nel tipo di rilevanza esimente le due distinte *forme* di manifestazione del recesso (art. 46 Cod. pen. ted. 1871) ⁽³⁹⁾ o prevedono espressamente,

⁽³⁸⁾ Ci riferiamo alla prospettiva in cui si sviluppa il recentissimo lavoro di WALTER, *cit.*, lavoro articolato essenzialmente sui seguenti punti: a) col recesso la legge consente di operare una correzione nel funzionamento del meccanismo di imputazione del sistema penale: il tentativo punibile diventa cioè non punibile; b) la correzione si fonda sul rilievo che la « decisione del fatto » si dimostra instabile presso il recedente; c) perciò diventa non indispensabile, sotto il profilo preventivo, irrogare la pena; d) la disponibilità a tenere un comportamento conforme alla norma dipende dal grado di socializzazione dell'agente ed il recesso dimostra che quest'ultimo è sufficiente a superare le occasioni criminali; e) nella rinuncia a punire il tentativo in caso di recesso si esprime il carattere frammentario del diritto penale: il tentativo non appare più meritevole di pena, rinunciando a questa viene evitato un inutile effetto di stigmatizzazione del soggetto (*passim*, soprattutto 1-127). Va senza dubbio riconosciuto a WALTER il merito di un notevole sforzo, con cui cerca, attraverso un'impostazione non priva di momenti originali, di superare la tradizionale disercasia tra politica criminale e dommatica che da sempre affligge la problematica del recesso. Va segnalato però che anche l'analisi di WALTER non è certo in grado di dissipare convincentemente ogni dubbio: soprattutto difficile a spiegare, nella sua prospettiva, è ad esempio il sopravvivere della piena punibilità del reato eventualmente consumato.

⁽³⁹⁾ Nella struttura della norma, la desistenza volontaria ed il pentimento operoso figuravano in due distinte previsioni, e si distinguevano soprattutto per la formulazione strettamente oggettiva del requisito della volontarietà adottata solo per la descrizione del pentimento operoso (l'impedimento dell'evento deve verificarsi « in

e sempre riconoscendo efficacia esimente, solo il recesso mediante desistenza dall'azione (art. 61 c.p.v. Cod. Zanardelli): in altri termini, la teoria del « ponte d'oro » non può vantare alcun precedente in relazione ad una normativa — come quella vigente — che diversifichi nel *quantum* di rilevanza le due forme del recesso, e soprattutto le diversifichi nel senso che almeno ad *una* di esse riconosca l'effetto “ tradizionalmente ” esimente ⁽⁴⁰⁾. La teoria del recesso, insomma, limi-

un momento in cui l'azione non è stata ancora scoperta »; sui problemi che da ciò derivavano e sul conseguente atteggiamento critico della dottrina verso questa formulazione, v. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch, II Auflage*, 1972; 411-12; STRATENWERTH, *Strafrecht*, 1971, 204-5; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, II Auflage*, 1969, 198-9. Per quanto riguarda la legislazione tedesca antecedente al *Reichsstrafgesetzbuch* del 1871 v. BAUMGARTEN, *op. cit.*, 228 ss.

(40) Su questo punto bisogna essere molto chiari. Quanto detto qui sopra non significa affatto che la teoria del « ponte d'oro » non conosca formulazioni in cui l'effetto psicologico-motivazionale sul reo venga affidato ad una semplice diminuzione di pena: già negli anni prima e dopo FEUERBACH, per esempio, si registra qualche voce in tal senso (CREMANI, *De jure criminali*, lib. I, c. V. n. IV, 78-9: è opportuno concedere al recedente « vel nulla vel levi poena » nell'interesse di coloro che sono minacciati dal reato; « Spes namque est fore ut is illectus desiderio poenam vitandi ab incepto scelere perficiendi revocetur »; CARMIGNANI, *Juris Criminialis Elementa*, V ed. 1833, § 245, 345-6). E nemmeno significa che non sia stata mai legislativamente accolta la differenza di trattamento del pentimento operoso rispetto alla desistenza volontaria (v. § 118 del codice penale del *Grossherzogtum Baden* del 1845, l'art. 34 del codice criminale del *Königreich Hannover* del 1840, ed altri codici tedeschi di quel periodo). Significa invece che almeno dalla metà del secolo scorso è nettamente dominante l'opinione che costruisce il « ponte d'oro » sulla promessa della piena impunità al recedente: tant'è che coloro i quali vorrebbero invece solo una diminuzione di pena, almeno per il pentimento operoso se non anche per la desistenza dall'azione (per tutti, KÖSTLIN, *Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, 395 ss.) argomentano, di regola, da posizioni critiche verso la teoria del « ponte d'oro », e si sentono dire, in risposta, che se già l'impunità difficilmente riesce a motivare nel senso giusto il reo, sarebbe assurdo diminuire l'offerta e pensare poi di poter egualmente ottenere l'effetto voluto (BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse, I Band*, 1840, 358). Questa situazione è già alla fine del secolo scorso pienamente consolidata: ed il Guardasigilli Zanardelli quando nella sua relazione fa espressamente riferimento alla teoria del « ponte d'oro » si riferisce appunto ad una norma che prevede l'impunità per il recedente (Relazione sull'art. 61: « è debito di prudente legislatore stimolare il recesso dal delitto, affinché la pena non agisca nell'animo del delinquente come spinta alla completa violazione della legge »), allo stesso modo in cui le legislazioni preunitarie sempre e solo

tandosi ad *estendere* semplicemente il « ponte d'oro » fino all'art. 56 IV c. tralascia una verifica assolutamente indispensabile, che sarebbe consistita nel controllare *se e come* la « variabile » costituita appunto dall'art. 56 IV c. potesse essere assorbita ed elaborata all'interno della *ratio* « unitaria » del recesso. Col suo atteggiamento aprioristico la teoria dà invece per scontato proprio ciò che avrebbe dovuto dimostrare: prende infatti le mosse dall'assunto secondo cui i commi III e IV dell'art. 56 risponderebbero alla medesima logica, e solo *dopo* cerca di giustificare, per quanto può, il differente trattamento riservato al pentimento operoso. Laddove sarebbe stato quanto meno necessario partire appunto dalla diversità di quest'ultimo dato normativo per vedere *come* esso potesse spiegarsi in relazione alla tradizionale logica « utilitaristica » del recesso, e *se* per caso non si riflettesse in qualche modo sulla *ratio* stessa del recesso.

Ciò sarebbe stato il *minimo* che la teoria doveva fare proprio per restare coerentemente nell'ambito della prospettiva da essa prescelta. A voler osare di più, dovrebbe invece cominciare a guardarsi un po' intorno e prendere atto che il « ponte d'oro » — i cui pilastri non sono mai stati veramente solidissimi ⁽⁴¹⁾ — è crollato da un pezzo, anche se

l'impunità per il recesso dal delitto tentato avevano garantito. Perciò, il fatto che la moderna teoria spieghi l'art. 56 III c. con la teoria criminal-politica è, da questo punto di vista, pienamente plausibile: lo è invece meno quando ci si riferisca all'art. 56 IV c., dove, se si vuole sostenere che il legislatore ha previsto la diminuzione di pena nella stessa ottica del « ponte d'oro », bisogna dare spiegazioni convincenti, rendersi conto, insomma che il richiamo alla tradizione non solo non è più proponibile, ma è anzi pericoloso proprio per la presenza di una norma « tradizionale » quale l'art. 56 III c.

(41) Non sono mai mancate infatti voci che confutavano questa teoria proprio rivolgendo contro di essa le sue stesse argomentazioni: la promessa dell'impunità potrà anche arrestare qualche delinquente sulla via del delitto, ma quanti altri invece intraprenderanno reati proprio perché la legge lascia esente da tutela la zona iniziale dell'*iter criminis*? (V. tra gli altri SCHÜTZE, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1871, 115; BARSANTI, *op. loc. cit.*, e già alla fine del '700 KLEINSCHROD, *Systemati-*

senza eccessivo fragore ⁽⁴²⁾. Questo punto, che necessiterebbe — com'è evidente — un ampio approfondimento, potrà essere solo abbozzato in questa indagine, con qualche brevissimo cenno che serva unicamente a ricordare come le cose sono molto meno semplici di quanto possa sembrare.

La teoria del « ponte d'oro » argomenta sul piano motivazionale-psicologico e pone implicitamente due condizioni *empiriche* indispensabili alla sua effettiva validità: a) l'agente *sa* dell'esistenza della normativa sul recesso; b) egli *può* essere motivato attraverso una tale normativa ⁽⁴³⁾. La moderna teoria della prevenzione generale ha dimostrato da tempo che *nessuna* di queste due condizioni è ovvia, ma che al contrario ciascuna di esse soggiace a regole precise, e solo

sche Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, I Teil, 1794, 74. Del resto, ribatteva COHN (*Die Revisionsbedürftigkeit*, cit., 157), le statistiche mostrano che i ponti d'oro « sono percorsi troppo raramente » per aver « rimorso » ad abatterli. Ed infine, commentava KEMSIES per buona misura, con una teoria come quella del « ponte d'oro » si può in fondo « spiegare » qualunque fenomeno del diritto penale (*op. cit.*, 71).

⁽⁴²⁾ Nella sua formazione « positiva » — che incontra appunto il favore della dottrina dell'art. 56 III e IV c. — la teoria del « ponte d'oro » è totalmente scomparsa dalla moderna letteratura, in prevalenza di lingua tedesca, sul problema del recesso: e ciò ormai da circa 30 anni, lentamente sepolta da una serie di valutazioni critiche a dir poco distruttive (es.: « pura speculazione », da tempo « immagazzinata nella camera delle curiosità », secondo GEILEN, *Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch*, in *Juristenzeitung* 1972, 338; « poggia su una psicologia del tutto fuori della realtà », BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*, cit. 1419; addirittura « lontana dalla realtà della vita », secondo WELZEL, *Lehrbuch*, cit. 196). La mole di argomenti addotti contro di essa è veramente impressionante, e non può essere davvero qui riportata; sarà perciò sufficiente richiamare le tappe più importanti che segnano il declino di questa impostazione: innanzitutto gli studi di BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*, cit., 1419 ss. e JESCHECK, *Anmerkung zu BGH 14.4.1955*, in *Monat. Deutsches Recht* 1955, 563 ss., che avviarono la definitiva revisione critica di questa teoria; poi v. ancora LANG-HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der « Tat » im Strafrecht*, in *Fest. Engisch* 1969, 368; ROXIN, *Über den Rücktritt*, cit., 272, ed infine, di recente, ULSENHEIMER, *op. cit.*, 64 ss. e WALTER, *op. cit.*, 12 ss.

⁽⁴³⁾ Così giustamente HASSEMER, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, in *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, a cura di LÜBERSSEN e SACK, *I Teilband*, 1980, 229 ss., 234.

in parte ben concettualizzate, che consentono di creare tutt'al più un terreno non sfavorevole al loro reale verificarsi ⁽⁴⁴⁾. Delle "certezze" su cui fu costruito il « ponte d'oro » non è rimasto assolutamente nulla.

Ma al di là di questo, la teoria dell'art. 56 III e IV c. avrebbe potuto avviare una seria revisione già solo prendendo atto di un risultato che *Bockelmann* mise a disposizione della teoria del recesso ormai più di 20 anni fa: quando con una analisi precisa, esauriente, approfondita, dimostrò che su un notevole numero di recessi esaminati *tutti* i motivi possibili ed immaginabili avevano forse indotto l'agente a lasciar perdere, ma *non una volta* l'idea di guadagnarsi l'impunità recedendo, nè considerazioni più o meno da vicino attinenti alla pena o al diritto penale ⁽⁴⁵⁾. Del resto, M. E. Mayer al principio del secolo non disponeva certo di analisi di questo tipo, nè poteva sapere ciò che oggi invece sappiamo sui tanti aspetti problematici del rapporto autore-norma ⁽⁴⁶⁾: si rendeva

(44) Per un'approfondita e chiarissima discussione di queste condizioni v. ancora HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, in HASSEMER-LÜDERSSEN-NAUCKE: *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, 29 ss. (ora anche in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO e STELLA, 1980, 125 ss., traduzione di GRASSO: *Prevenzione generale e commisurazione della pena*); sull'altra faccia del problema, cioè sulle condizioni ed i limiti della prevenzione generale mediante minaccia di pena, v. soprattutto ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*. (in *Teoria e prassi*, cit., 33 ss. e soprattutto 40 ss., traduzione di BERTOLINO), STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, (ivi, 13 ss. e soprattutto 22 ss.) e ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano* (ivi, 151 ss. e soprattutto 156 ss. e 172 ss.). Una ponderata riflessione sulle condizioni empiriche e metodologiche di effettività della prevenzione generale è ora offerta, nella letteratura italiana più recente, da DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, 219 ss. e soprattutto 230 ss., ed in quella di lingua tedesca da HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, 53 ss., oltre ai contributi apparsi nel volume di STELLA e ROMANO.

(45) *Wann ist der Rücktritt*, cit., 1417 ss. Del resto, per lasciar parlare ancora BOCKELMANN, la decisione di commettere un reato non nasce per lo più « in forma di una razionale ponderazione dei motivi *pro et contra* », *Vom Sinn der Strafe*, 1961, 33.

(46) V. su questo tema le acute osservazioni di LÜDERSSEN, *Die Generalprä-*

perfettamente conto, tuttavia, che le cose erano senza dubbio molto meno semplici di quanto pensassero i costruttori del « ponte d'oro », ed ironizzava perciò rimproverandoli di « sovravalutare il numero di coloro che hanno studiato giurisprudenza » (47).

La teoria dell'art. 56 c.p. vive al riparo da simili « complicazioni »: ed anche quando glielo si è fatto notare a chiare lettere non vi ha prestato orecchio (48), e se l'è poi dimenticato. Al dibattito quanto mai acceso che la moderna teoria del recesso — soprattutto di lingua tedesca — va conducendo sia in relazione alle perduranti carenze nella spiegazione del tradizionale effetto esimente del recesso, sia in relazione all'opportunità di restare fermi a questa tradizione (49), la dottrina dell'art. 56 c.p. non prende assolutamente parte, e commette così una grave leggerezza. Questi problemi, infatti, hanno un rilievo tutt'altro che meramente teorico: le impostazioni e le soluzioni date a questi problemi si riflettono infatti più o meno intensamente nell'agire della *prassi*, ed è soprattutto la *prassi* che è poi costretta a pagare i prezzi più cari per i ritardi e le insufficienze nell'elaborazione dei dati normativi in questione (50).

ventive Funktion des Deliktensystems, in Hauptprobleme der Generalprävention, cit., 70 ss. (ora anche nel citato volume di ROMANO e STELLA: La funzione di prevenzione generale del sistema penale, 99 ss., traduzione di GRASSO).

(47) In *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, 1915, 370, n. 7.

(48) È merito di LATAGLIATA aver denunciato vigorosamente anni addietro l'inaccettabilità della spiegazione dell'art. 56 III c. con la teoria del « ponte d'oro »: bisogna però dire con rammarico che ciò non è bastato a disancorare la dottrina italiana del recesso dalle sue posizioni tradizionali (v. *La desistenza, cit.*, 28 ss.).

(49) V. gli Autori cit. in n. (2).

(50) Ciò è appunto quanto si cercherà di dimostrare nelle pagine seguenti, con riferimento al problema della delimitazione, e seppur di sfuggita, a quello della volontarietà. Per una recente riflessione, dal punto di vista teorico, del rapporto tra teoria e *prassi* con particolare riferimento ai problemi di interpretazione del diritto, v. KRIEGL, *Theorie der Rechtsgewinnung, II Auflage*, 1976, 37 ss.

I terreni che con maggiore immediatezza costituiscono il "banco di prova" della teoria del recesso sono soprattutto due: quello della "volontarietà" e quello della "delimitazione" tra le sfere applicative della desistenza e del pentimento. Sul problema della volontarietà teoria e prassi dell'art. 56 c.p. hanno dato ciò che hanno potuto e saputo. Il problema della delimitazione lo hanno invece affrontato con insufficiente accortezza, senza rendersi conto fino in fondo, forse, della sua *complessità* e delle sue *implicazioni*. Questo problema viene appunto tematizzato nella presente ricerca, che ha uno scopo ben definito: evidenziarne la *struttura* e le *cause*, e precisare infine le linee di un approccio *metodologicamente* corretto.

PARTE I

La teoria della delimitazione della desistenza volontaria dal pentimento operoso

SOMMARIO: 1. La necessità del criterio di delimitazione. — 2. Il criterio *testuale* di delimitazione: i casi non problematici. — 3. I casi problematici: ovvero, le insufficienze del criterio *testuale*. — 4. La struttura del criterio (*testuale*) *ex post*. — 5. La struttura dei casi problematici e non: le capacità ed i limiti intrinseci del criterio *ex post*. — 6. I tentativi di correggere i difetti del criterio di delimitazione: a) desistenza come interruzione dell'azione collettiva; b) desistenza come interruzione dell'azione dell'*extraneus*; c) desistenza come auto-interruzione dell'azione esecutiva: la contro-azione di tutela. — 7. Sulla progressiva restrizione dell'art. 56 IV c.: significato e limiti di questa prospettiva. In particolare: a) la *comunicazione* e b) la *stabilizzazione* della teoria del recesso.

1. - Sulla necessità di un preciso criterio di delimitazione tra le due forme del recesso non è certo il caso di soffermarsi: la palese diversità di struttura dei due istituti, quale risulta ad una semplice lettura dei rispettivi dati normativi, lascia chiaramente intendere la necessità di approfondire il criterio di distinzione, affinché sia garantito al meglio l'inquadramento delle condotte di recesso nello schema *binario* dell'art. 56 c.p. (III e IV c.) (1).

È opportuno sottolineare fin d'ora che questa necessità, se sussiste in qualunque ordinamento più o meno esplicitamente orientato alla struttura " bifasica " del recesso (2), acqui-

(1) Questa terminologia viene qui consapevolmente adoperata in una accezione più ampia di quella della moderna sociologia del diritto: sulla natura, la funzione ed i vantaggi dello « schematismo binario » v. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, v. II, soprattutto 176 ss. e *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., 1978, 125 ss.

(2) Cfr. ULSSENHEIMER, *op. cit.*, 2-3; JESCHECK, *Lehrbuch*, 437.

sta un rilievo del tutto particolare proprio in un contesto normativo, quale il codice penale italiano, che ricollega conseguenze profondamente diverse alla desistenza volontaria ed al pentimento operoso. Prendendo spunto da un famoso esempio ⁽³⁾, si può dire che se l'agente, dopo aver spedito la scatola di dolci avvelenati, riesce a rientrarne in possesso a casa della vittima prima ancora che questi l'abbia aperta, la problematica della delimitazione presenta un rilievo meramente teorico in tutti i sistemi penali dove si prevede la stessa disciplina — ad esempio l'impunità — tanto per la desistenza dall'azione quanto per l'impedimento dell'evento. Stabilito che il caso di specie è *comunque* riconducibile alla sfera normativa del recesso dal delitto tentato, è infatti assolutamente irrilevante preoccuparsi del suo ulteriore inquadramento all'interno dello schema dicotomico del recesso stesso. Invece, è sempre essenziale risolvere la questione nell'un senso o nell'altro in un ordinamento penale come il nostro, dove dalla soluzione adottata dipende la scelta tra i poli dell'alternativa: punibilità — non punibilità del tentativo.

2. - I limiti applicativi dei due istituti sembrano emergere « chiaramente » dal testo della norma, che fissa l'ambito di oscillazione del recesso tra due estremi esplicitamente definiti: l'azione punibile e l'evento delittuoso ⁽⁴⁾. Il termine ultimo perché possa aversi una *desistenza* efficace consisterebbe nel momento immediatamente precedente al completamento del-

(3) Come per tutti gli esempi di cui si serve la teoria del recesso, è veramente difficile attribuirne con certezza la paternità: quello di cui si parla nel testo costituisce una variazione di un esempio fatto, tra gli altri, da IMPALLOMONTI, *L'omicidio*, 1900, 319.

(4) PISAPIA, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 1970, 120. Importante è sottolineare che *tutta* la teoria del recesso concorda sia sul merito di questo approccio al problema della delimitazione e sia, soprattutto, nel rilievo — anche se non sempre esplicito — che l'esame della formulazione testuale dell'art. 56 III e IV c. offrirebbe senza sforzo gli elementi per operare la delimitazione.

l'azione esecutiva; quando questa sia compiuta, rimarrebbe spazio solo al volontario intervento impeditivo dell'evento, insomma al *pentimento operoso* dell'agente (5).

Accertare se il recesso del soggetto costituisca desistenza o pentimento sarebbe perciò indagine di mero fatto, che impegna il giudice a rilevare *ex post* il decorso naturalistico degli accadimenti. La sua attenzione deve qui soffermarsi sull'*ultimo* atto della condotta del reo, e procedere poi a ritroso nell'analisi della catena causale cui si connette il *non* verificarsi dell'evento. Stabilire così la *qualità* del nesso che intercorre sul piano causale tra i due termini del rapporto: la condotta dell'agente e la mancanza dell'evento. Dalla correlazione dei c. III e IV dell'art. 56 risulterebbe così positivizzato un criterio di distinzione che sembrerebbe sicuro e di facile attuazione, proprio perché richiederebbe un semplice accertamento da condursi col metodo della rilevazione *ex post* degli svolgimenti dell'episodio: più precisamente, attraverso un giudizio postumo sul *grado* di sviluppo del fatto al momento del recesso e sul *tipo* di attività svolta dall'agente per interrompere il tentativo. Dal risultato di questa operazione meramente *ricognitiva* discenderebbe l'inquadramento del recesso nell'ambito della desistenza esimente o del pentimento attenuante. Chiameremo questo criterio di delimitazione *criterio ex post* (6).

Procedendo in questo modo — è vero — non si incontra spesso alcuna difficoltà nello stabilire se il recesso dal delitto tentato configuri l'ipotesi prevista dal III c. dell'art. 56 c.p. o piuttosto quella di cui al comma successivo. Alcune situazioni recentemente verificatesi nella prassi sono al riguardo emblematiche. Così, ad esempio, il fatto di colui che,

(5) V. per tutti ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 404-5; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 396-7; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 542-3.

(6) Con grande chiarezza, seppur con termini diversi da quelli del testo, questo procedimento è descritto, per esempio, da PAGLIARO, *Principi*, cit., 503.

avendo inferto a taluno due colpi di coltello alla zona toracica, si rese conto dell'imminente pericolo di vita della vittima e ne scongiurò la morte affrettandosi a richiedere l'intervento di un medico. O ancora il caso dell'innamorato respinto che una sera, dopo aver investito violentemente con l'auto l'ex-fidanzata che si allontanava in bicicletta dal luogo dell'incontro, si diede poi cura di accompagnare sul posto un medico, che prestò i primi soccorsi (7).

Qui non sorge la minima incertezza nell'inquadrare immediatamente queste ipotesi nello schema normativo del pentimento operoso: a prescindere dal fatto che già il comune senso giuridico ci segnala come la sfera concettuale della desistenza dall'azione è di gran lunga superata, è agevole constatare — *a posteriori* — che la mancata consumazione del reato costituisce l'effetto di un'attività di tutela *distinta e successiva* all'esaurimento dell'attività esecutiva dell'agente. L'aggressione al bene protetto ha raggiunto un grado di sviluppo estremamente *elevato*, assai prossimo alla distruzione del bene stesso. Che ciò non sia avvenuto si riporta sul piano causale all'ultimo atto posto in essere dal reo: un atto con finalità di tutela che effettivamente consegue lo scopo (8).

(7) Entrambe le situazioni qui riportate si sono presentate di recente all'esame della giurisprudenza tedesca; vedile rispettivamente in *BGHSt* 1968, *Bd.* 21, 216 ss. ed in *BGHSt* 1971, *Bd.* 24, 48 ss. (quest'ultima anche in *Jur. Schulung* 1971, con nota di BRINCEWAT: *Kenntnis des Verletzten und tätige Reue*, 403 ss. e risposta di BAUMANN: *Noch einmal: Kenntnis des Verletzten und tätige Reue*, 631 ss.).

(8) Alla configurazione del pentimento operoso è infatti indispensabile un effettivo impedimento dell'evento: le buone intenzioni non bastano, perché « mettendo in moto gli avvenimenti il soggetto si è venduto al caso » (così, efficacemente, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1975, 627). Su questo principio la giurisprudenza è costante: v. per esempio, Cass. 28.4.1961, in *Mass. Ann. Cass. pen.* 1961, 901 e di recente Cass. 23.9.1977, in *Riv. pen.* 1977, 964. Pieno accordo anche in dottrina: per tutti, JESCHECK, *Lehrbuch*, 441; SCHÖNKE-SCHÖDNER, *StGB Kommentar*, § 24, (ESER) 312, n. 61. Va ricordato che il § 24 StGB concede l'impunità al recedente che si sia « adoperato volontariamente e seriamente » ad impedire il reato quando l'evento sia stato evitato da altre cause: e ciò costituisce l'accoglimento di una istanza che la dottrina tedesca aveva tenacemente sostenuto sotto il codice precedente (v. JESCHECK, *Lehrbuch*,

3. - Ma veramente le cose sono sempre così lineari come in questi casi? Uno sguardo ad un diverso tipo di situazioni fa vedere chiaramente come la delimitazione tra le due sfere del recesso sul filo di questo criterio diventa estremamente problematica, ed esposta a rilevanti margini di dubbio.

È indicativa la casistica inerente al recesso dal tentativo di aborto, su cui la giurisprudenza si è espressa in termini esattamente antitetici. Se la donna che si è fatta introdurre una cannula in vagina la estrae volontariamente dopo un lasso di tempo più o meno breve, comunque sufficiente ad evitare di per sè che l'aborto si verifichi, viene realizzata un'ipotesi di desistenza non punibile: così ha deciso talvolta la Cassazione, sul presupposto che l'estrazione della cannula costituisca interruzione dell'azione esecutiva del reato ⁽⁹⁾. Nella medesima situazione, però, ha optato all'opposto per il pentimento operoso: la desistenza volontaria dall'azione è appunto interruzione dell'attività di esecuzione, ha ragionato stavolta la Cassazione ⁽¹⁰⁾, ed ha concluso — evidentemente — che nel caso di specie l'attività di esecuzione si fosse esaurita con l'introduzione della cannula in vagina.

Quale di queste due interpretazioni è corretta? Con lo

Il Auflage, cit., 411). Con questo non sono però risolti tutti i problemi: rimane per esempio da accertare come regolare le ipotesi di errore sull'efficacia dell'azione impenititiva (per l'impunità del recesso presunto: SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, cit., 321 n. 64 e 314 n. 23; C. SCHRÖDER, *Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch*, in *Jur. Schulung* 1962, 82; per la punibilità del tentativo: JESCHECK, *Lehrbuch*, 441), e come regolare i casi in cui l'attività di tutela dell'agente viene frustrata dall'intervento autonomo di terzi o dallo stesso soggetto passivo (l'orientamento prevalente è per l'impunità: v. ancora JESCHECK, *Lehrbuch*, 441; OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, in *Fest. Maurach* 1972, 99; MUÑOZ-CONDE, *Der Misslungene Rücktritt*, in *Goldammer's Archiv*, 1973, 34 ss.). A questa problematica non sembra interessarsi troppo, in verità, la moderna dottrina italiana del recesso (v. qualche accenno in LATAGLIATA, *Desistenza*, cit., 55).

⁽⁹⁾ V. la massima in JANNITTI PIROMALLO, *Esposizione critica della giurisprudenza sul codice penale. Nella sua attuazione dal 1941 ad oggi*, v. III, 187, IV, 2.

⁽¹⁰⁾ Cass. 17.7.1940, in *Riv. pen.* 1940, 818, n. 2616.

strumento interpretativo di cui fin qui si dispone è difficile dirlo. Ed il *Rechtsgefühl* ci aiuta ancor meno ⁽¹¹⁾.

L'analisi *ex post* del grado di sviluppo del fatto e delle modalità di interruzione del tentativo non riescono a fornire un risultato *sostanzialmente* appagante: questo è il motivo per cui la Cassazione, applicando il medesimo schema interpretativo, perviene a risultati diametralmente opposti, ciascuno dei quali può segnare punti a suo vantaggio ed avanzare pretese di validità.

È vero infatti, da una parte, che con l'introduzione della cannula in vagina l'*azione esecutiva* del reato sembrerebbe compiuta. Ma d'altra parte appare difficile considerare la semplice estrazione della cannula non come interruzione dell'attività abortiva bensì come condotta impeditiva dell'*evento*, rilevante perciò solo nei limiti dell'art. 56 IV c. . Il confronto con le ipotesi precedentemente illustrate rende forse esplicito il fondamento razionale di queste prime perplessità.

L'aspetto in cui questi ultimi esempi differiscono profondamente dagli altri risiede infatti non tanto nella *forma* — per così dire — meno appariscente in cui si manifesta l'attività di tutela, quanto piuttosto nel fatto che il solo allontanamento della sonda dalla vagina non possiede quel carattere di "rottura dinamica" del tentativo che caratterizza l'azione impeditiva dell'evento come momento antitetico e soprattutto autonomo rispetto all'attività anteriormente svolta.

E del resto l'atto che è qui sufficiente a garantire il buon esito del recesso si realizza in una fase in cui il disvalore oggettivo del fatto, che si esprime nella misura dell'aggressione

(11) Un tentativo di definizione abbastanza ben riuscito del concetto di *Rechtsgefühl* è contenuto ora in BIHLER, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, 1979, 59; sull'importanza e la concreta incidenza del *Rechtsgefühl* nella *Rechtsfindung* v. soprattutto 90 ss.

al bene tutelato ⁽¹²⁾, è così poco elevato da non trovare riscontro nelle situazioni precedentemente esaminate. Cosicché, se da un punto di vista *formale* sembra forse più corretto l'inquadramento nello schema normativo del pentimento operoso, sul piano *sostanziale* queste ipotesi di recesso dal tentativo di aborto sembrano senz'altro più prossime alla sfera di valore della desistenza volontaria. Nell'impossibilità di risolvere convincentemente l'alternativa nell'un senso o nell'altro risiede la prova della superficialità dell'approccio che attraverso un'interpretazione meramente esegetica dell'art. 56 III e IV c. ritiene di delimitare le due sfere del recesso.

4. - Si può trarre perciò una prima indicazione: l'applicazione del criterio *ex post* rende la distinzione tra desistenza e pentimento in talune situazioni arbitraria. Così inteso, il criterio è perciò inaccettabile perché può condurre a soluzioni cui difettano i requisiti minimi che qualunque decisione giuridica deve possedere per essere normativamente « giusta » in un sistema di diritto penale codificato ⁽¹³⁾: 1) la conoscenza della norma astrattamente applicabile e della fattispecie concreta che potrebbe esservi ricondotta non dà nessuna « apprezzabile garanzia » sulla *prevedibilità* del risultato ⁽¹⁴⁾; 2)

(12) V. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch*, 185 ss. e 709. In particolare, per quanto riguarda il delitto tentato, STRATENWERTH, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch*, in *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 1963, 264; PETROCELLI, *Il delitto tentato*, II Ristampa 1966, 23 ss.

(13) Su questo tema è praticamente impossibile qualunque nota bibliografica almeno lontanamente esauriente, come è noto al lettore più informato. V. perciò, a titolo meramente esemplificativo, ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, 46 ss., 202 ss.; ALEXI, *Theorie*, cit., 264 ss.; i contributi di ELLSCHIED, *Das Naturrechtsproblem in der neueren Rechtsphilosophie*, 23 ss., soprattutto 34 ss., di HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, 72 ss. ed in particolare 77 ss., e di SCHNEIDER/SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Entscheidung. Argumentation und Legitimation*, 254 ss. ed in particolare 264 ss., nel volume a cura di KAUFMANN ed HASSEMER: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1977.

(14) V. ancora HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 75-6; Id., *Automatisierte und*

il risultato stesso non è stringente nelle argomentazioni che lo sostengono perché esse sono *ambivalenti*, in quanto possono legittimare anche la validità della conclusione opposta ⁽¹⁵⁾.

La casistica dell'aborto è servita ad introdurre in termini di concretezza l'analisi del criterio di delimitazione che abbiamo chiamato *ex post*. Di questo criterio sappiamo ancora poco. Soprattutto non è chiara la sua portata *complessiva* (potrebbe *non* funzionare *solo* per il recesso dal tentativo di aborto), nè è del tutto chiaro il meccanismo di derivazione di questo criterio da un'interpretazione dell'art. 56 III e IV c. palesemente orientata — su ciò non c'è dubbio — al metodo c.d. testuale ⁽¹⁶⁾. Su queste linee direttive deve perciò proseguire la ricerca.

Il criterio dell'analisi postuma sembra articolarsi, come si è detto, in due distinte fasi: la rilevazione del *grado* di sviluppo dell'azione esecutiva al momento del recesso e l'esame del *tipo* di condotta impeditiva dell'evento. Con riferimento ai due diversi gruppi di ipotesi testè considerati (rispettivamente: tentato omicidio e tentato aborto) è necessario chiedersi *perché* questo criterio si dimostra praticabile nei

rationale Strafzumessung, in *EDV und Recht*, Bd. 4, *Gesetzesplanung*, 1972, (95 ss.) 113.

(15) Come è stato ancora di recente ribadito, « ogni motivazione di una decisione solleva implicitamente la pretesa di un'argomentazione stringente e consistente » (BÜLLEBACH, *Methoden zur Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 14, 1980, 128): quando invece questa pretesa si rivela di fatto infondata, alla motivazione manca la condizione *minima* indispensabile per potersi dire « riuscita », in quanto la decisione non è « ricostruibile », non discende cioè logicamente dalle argomentazioni espresse ed implicite con cui essa è in relazione (ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 14, 1980, 184).

(16) Su questo ben noto metodo interpretativo ci limitiamo a segnalare alcuni "classici": LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III Auflage, 1975 307 ss.; ENGISCH, *Methoden der Strafrechtswissenschaft*, Teil I, in *Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, 1972 (39 ss.), 47 ss.; HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972, 27-41; PARESCHE, voce *Interpretazione*, in *Enc. del diritto*, v. XXII, 1972 (152 ss.), 223 ss.

primi e fallisce invece negli ultimi casi prospettati. La risposta è la seguente: questo criterio è troppo *indifferenziato* rispetto alla funzione discretiva che deve svolgere. È perciò comprensibile che talune volte funzioni, altre no. Funziona per i reati commissivi che presentino, nei casi concreti, un *iter criminis* — per così dire — lineare, in cui l'azione esecutiva appare cioè ben nitida, naturalisticamente definita, temporalmente separata dal prodursi del suo effetto. Qui è facile mettere alla prova — con successo — il criterio *ex post*. L'agente colpisce la vittima, la scaglia nel fiume, la induce a bere la pozione avvelenata, presenta all'assicurazione la richiesta truffaldina, dà fuoco alla parete della baracca ⁽¹⁷⁾, etc.: in questi casi è agevole giudicare il *grado* di sviluppo dell'azione esecutiva; ancor più semplice è l'esame del *tipo* della condotta di tutela quando l'autore ha poi trasportato la vittima in ospedale, l'ha tratta in salvo dalle acque, le ha dato il contro-veleno, ha presentato " confessione " scritta all'assicurazione, ha spento le fiamme prima che si propaghino, etc. L'inquadramento di queste ipotesi nello schema normativo del pentimento operoso non suscita alcun dubbio: l'applicazione del criterio discretivo *ex post* fornisce risultati del tutto univoci in relazione ad *entrambi* gli elementi su cui il criterio si articola.

(17) Non è esagerato affermare che questi esempi sono ormai tratteggiati per la teoria del recesso: soprattutto quello dell'avvelenamento seguito da contro-veleno e quello del lancio nel fiume con successivo tuffo di salvataggio si ritrovano pressoché ininterrottamente da almeno 400 anni nella letteratura sul recesso: per esempio MENOCHIO (1532-1607), uno dei « padri » del reato mancato, per illustrare il caso del conato in cui all'agente « *nihil agendum superest ad criminis perfectionem* », così scriveva alla fine del '500: « *Sit exemplum in propinante alteri venenum causa homicidi, quod quidem venenum is bibit, sed ad mortem non nocuit, propter adhibita medicamenta* » (*De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, libri duo, casus CCCLX*, n. 20, 663 — citiamo da un'edizione del 1672). È indubitabile che per la loro estrema semplicità e chiarezza si prestano meravigliosamente a scopi didattici: non dovrebbe sfuggire però che come base esemplificativa per la discussione scientifica sul pentimento operoso tali esempi sono, da soli, largamente insufficienti, e perciò pericolosi.

Ma le cose non sono sempre così semplici: ed il guaio è che la praticabilità del criterio in questione si assottiglia, quasi svanisce, proprio là dove maggiore è l'esigenza del metro *normativo* di distinzione ⁽¹⁸⁾. La casistica dell'aborto, che è servita a dimostrare questo assunto, consente qualche ulteriore riflessione, con cui è forse possibile precisare quale sia — al di là delle insufficienze più strettamente connesse alle caratteristiche strutturali della tipologia prospettata — il limite " interno " del criterio di delimitazione *ex post*.

A ben guardare, questo criterio si articola solo *apparentemente* nei due momenti ormai noti: l'accertamento " in due fasi " che dovrebbe guidare l'inquadramento della condotta di tutela nella corrispondente ipotesi di recesso si riduce, di fatto, alla rilevazione empirica della interferenza causale con cui l'agente interrompe le modificazioni *in corso* nella sfera del bene aggredito. Si riduce, insomma, *solo* alla seconda fase. La prima, cioè appunto l'analisi del *grado di sviluppo* raggiunto dall'azione esecutiva al momento del recesso, è in realtà " di facciata ": si tratta infatti di un semplice corollario che scaturisce per via logico-deduttiva dall'argomentazione che lo precede. Gli esempi dell'omicidio, dell'avvelenamento, della truffa, non sono stati scelti a caso né selezionati in un'unica direzione: sono invece i *solì* su cui la teoria e la prassi dell'art. 56 c.p. hanno elaborato il criterio di delimitazione in esame ⁽¹⁹⁾.

(18) Sono questi i casi nei quali la decisione — secondo BIHLER — deve essere presa « ohne Rechtsgefühl »: la decisione deve discendere « solo dal sistema », senza il controllo « personale » dell'interpretazione (*op. cit.*, 91); per l'approfondimento teorico di questo problema v. ancora BIHLER, *op. cit.*, 92 ss.

(19) Per quanto riguarda la teoria, v. gli Autori cit. in n. (15) dell'Introduzione. In ciò risiede una causa non secondaria delle insufficienze della dottrina del recesso: entrando, senza accorgersene, in un circolo vizioso, essa ha infatti costruito la teoria dell'art. 56 IV c. ritagliandola su pochi schemi esemplificativi tratteggiati, ed all'uopo " anticipati ", sui quali non ha probabilmente riflettuto abbastanza; con la conseguenza che poi, ovviamente, le sue impostazioni si rivelano fruttuose solo

5. - Questa constatazione imprime alla ricerca una svolta precisa: l'indagine deve compiere un passo indietro ed acquisire le peculiarità della casistica presa a modello, accertare se vi sia alla base un "tipo" fondamentalmente comune alle diverse fattispecie in questione, deve eventualmente esaminarlo in relazione ai due momenti — ormai noti — su cui si articola il criterio *ex post*. Questa casistica — che chiameremo « di riferimento » — si presenta poco articolata: tentativo di omicidio, di truffa, di incendio. Le modalità dell'azione esecutiva sono — in questi esempi — estremamente standardizzate, così come le forme assunte dalla condotta di tutela. Il tentato omicidio si svolge mediante lesioni gravi, avvelenamento, annegamento; la truffa, mediante richieste infondate di risarcimento; l'incendio viene applicato alle pareti della baracca. In tutti questi casi l'autore "osserva" le conseguenze del suo operato, si pente, neutralizza la causalità in svolgimento: la corsa in ospedale, il ritiro della richiesta truffaldina, lo spegnimento del principio d'incendio⁽²⁰⁾. Questi esempi presentano alcune *costanti*: 1) l'attacco al bene giuridico ha già raggiunto uno stadio avanzato di *lesione*; 2) la gravità della lesione è in progressione rapidamente crescente; 3) l'azione di tutela "blocca" il decorso causale quasi nell'ultimo momento utile a consentire il salvataggio del bene. Quest'azione possiede, sotto il profilo causale, una qualità *evidente*⁽²¹⁾: è *antitetica* al prodursi del risultato tipico. Es-

se applicate a casistiche che presentino una struttura uguale o comunque sostanzialmente affine a quella "anticipata".

(20) Le caratteristiche strutturali di questa casistica possono dunque così sintetizzarsi: a) reati commissivi, b) con esecuzione monosoggettiva, c) evento naturalistico, d) del cui progressivo avvicinarsi il soggetto ha continua conoscenza, e) mantiene inoltre una costante *chance* di intervento nel decorso causale, f) tra il momento conclusivo dell'attività delittuosa dell'agente ed il subentrare dell'evento intercorre un breve lasso di tempo, g) l'attività impeditiva è piuttosto "vistosa". Alla struttura di questa casistica « di riferimento » si farà molto spesso richiamo nel prosieguo della ricerca.

(21) Ciò spiega appunto come mai la dottrina, se si sofferma già poco ad il-

sa rappresenta senza dubbio la fase più *significativa* dell'episodio: da essa si traggono gli elementi più pregnanti per la valutazione penale del fatto, in essa si rinengono spunti decisivi per la valutazione legale della persona del reo (22).

Nei casi di recesso dal tentativo di aborto presentatisi al vaglio della giurisprudenza il criterio *ex post* non può funzionare. Introduzione della cannula in vagina, permanenza più o meno breve, estrazione: qui non si realizza *nessuno* degli elementi su cui è costruito lo "schema". L'attacco al bene *non* ha ancora prodotto danni di alcun genere: c'è — al più — un pericolo che va lentamente crescendo. La condotta di tutela non è antitetica al *risultato* (l'aborto) ma all'*azione* che doveva produrlo (introduzione della cannula) e *non* interviene a scongiurare alcun danno *imminente*: nella sua qua-

lustrare le caratteristiche della condotta aggressiva del bene tutelato, indugia ancor meno a precisare la struttura oggettiva dell'azione di tutela, e soprattutto non avverte la necessità di controllare se in quello specifico tipo di impedimento dell'evento si esaurisca appunto la previsione normativa dell'art. 56 IV c. al riguardo. Se questa analisi, che sarebbe stata invece essenziale, viene omessa, o per meglio dire, se nemmeno viene in considerazione l'opportunità di una tale verifica, è appunto perché le caratteristiche dell'attività impeditiva necessaria alla configurazione del pentimento operoso sembrano *evidenti*: non ci sarebbe perciò alcun bisogno di discuterle approfondendo il significato di questo fondamentale requisito di fattispecie dell'art. 56 IV c. Sul significato ed i limiti dell'«evidenza», da un punto di vista generale, v. ESSER, *Vorverständnis* cit. 173 ss.; su questo problema rimangono di grande attualità le pagine critiche di SCHLICK (il fondatore del famoso «circolo viennese»: CARNAP, NEURATH, etc.), *Allgemeine Erkenntnislehre*, 1979 (ristampa della II ed. 1925), 171 ss.; più di recente, v. ancora A. SCHREIBER, *Theorie und Rechtsfertigung*, 1975, 134 ss., con particolare riguardo al problema del rapporto tra *Widerspruchsfreiheit* e concetto di *evidenza*.

(22) Da una parte ciò è particolarmente evidente in quegli orientamenti che proprio concentrando nell'azione impeditiva il significato *complessivo* e *sintetico* dell'episodio propugnano l'equiparazione, quanto agli effetti penali, del pentimento alla desistenza (v. n. 18 e 19, Intr.); dall'altra, ciò è ancora palese quando nell'attività di tutela svolta dal recedente si crede di poter identificare un elemento sintomatico dell'attenuata capacità a delinquere del reo (v. MESSINA, *op. loc. cit.*), o comunque, facendo appunto leva sull'azione conforme all'ordinamento, si introducono nella discussione sulla *ratio* e sui problemi applicativi del recesso argomenti connessi alla pericolosità dell'autore (v. BURKHARDT, *op. cit.*, 94 ss.).

lità peculiare *non* si presenta *evidente*. Essa perciò *non* è significativa — almeno non come il *modello di azione* da cui dipende la legittimazione concettuale del criterio.

Venuto meno il punto di riferimento “ reale ” per operare la delimitazione tra desistenza e pentimento, la giurisprudenza è costretta a ricorrere a quello “ apparente ”: la *completezza o meno dell'azione esecutiva*. Ne deriva un risultato insoddisfacente, che non dà alcuna garanzia di certezza. Ma come potrebbe essere altrimenti? Il solo riferimento al compimento dell'azione esecutiva costituisce un dato eminentemente formale, privo della consistenza necessaria a spiegare la rilevanza dell'effetto penale che dovrebbe esservi connesso. Avulso dal collegamento con l'incombente prodursi del danno al bene tutelato — cioè appunto l'aspetto *sostanziale* dello schema *ex post* — la delimitazione diventa problematica, il rischio di decisioni difformi in casi simili si profila da vicino. La giurisprudenza è lo specchio fedele di questa realtà: una realtà che dimostra in maniera esemplare come il ragionamento giuridico diventa inevitabilmente astratto, aprioristico, fine a se stesso, sempre più lontano dalla concretezza dei problemi a misura che vada perduto il contatto con la vita, con quei “ momenti ” di vita di cui la norma stessa è espressione ⁽²³⁾.

6. - Talvolta la teoria del recesso sembra non accorgersi di ciò: può perciò tranquillamente sostenere, applicando il criterio *ex post* in versione “ monofase ”, che si pente ai sensi dell'art. 56 IV c. c.p. colui il quale « avendo acceso una miccia col fine di cagionare un incendio, la spenga, così da impedire che l'incendio divampi » ⁽²⁴⁾. Più di frequente, in-

⁽²³⁾ V. al riguardo le bellissime pagine di CAPOCRASSI: *Il problema della scienza del diritto*, ora in *Opere complete*, v. II (379 ss.), 487 ss.

⁽²⁴⁾ BOSCARELLI, *op. cit.*, 152. Questo esempio è tutt'altro che insolito per la teoria del recesso, soprattutto quella di lingua tedesca: si ritrova infatti, tra gli

vece, si rende conto che le cose non sono affatto così semplici.

L'impraticabilità del criterio *ex post* in situazioni che chiameremo — per brevità — *atipiche* (scil. rispetto a quelle su cui il criterio fu costruito) si rivela palese non appena si trasferisca lo schema interpretativo dal piano meramente didattico-esemplificativo alla realtà di una situazione concreta: quando l'agente ha realizzato tutto quanto necessario *da parte sua* alla produzione del risultato, ma sono tuttavia indispensabili *altri* atti affinché l'evento si verifichi — da parte di terzi ignari, di complici, della vittima stessa — deve considerarsi *compiuta* l'azione esecutiva oppure no? La bevanda mortale è stata porta dal cameriere — estraneo ovvero partecipe del disegno criminoso — alla vittima ignara, oppure l'agente l'ha consegnata egli stesso al soggetto passivo: che accade se il reo strappa — o fa strappare — il bicchiere dalle labbra della vittima che si accinge a bere? (25).

altri, più o meno negli stessi termini, in BUSCH, *Leipziger Kommentar, IX Auflage*, 1970, § 43 n. 29; BLEI, *Strafrecht, I. Allgemeiner Teil*, 1977, 213; MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5 Auflage*, 1978, § 41 V A, GÖSSEL), 39: non bisogna dimenticare però che lo *StGB* prevede l'impunità anche per il pentimento operoso, cosicché l'inquadramento di questo tipo di casistica all'interno della normativa sul recesso si presenta, per la letteratura tedesca, in una prospettiva e, soprattutto, con un rilievo del tutto diversi rispetto al nostro codice. In altri termini, se è forse comprensibile che per illustrare meglio la struttura del pentimento operoso la teoria del recesso si serva anche di esempi del genere — i quali rimangono comunque certamente indicativi di un certo atteggiamento interpretativo — fintantoché la delimitazione abbia un carattere meramente accademico, le cose stanno invece ben diversamente — anche sul piano meramente didattico-espositivo — quando dall'esito della delimitazione derivano differenti conseguenze penali. Su questi aspetti v. in particolare Parte III, § 1.

(25) Quando l'interruzione di tentativi di questo genere si verifica per circostanze indipendenti dalla volontà del colpevole, negli ordinamenti che mantengono la distinzione tra tentativo compiuto ed incompiuto — con le rispettive e distinte sanzioni — il problema della delimitazione si pone ovviamente già sul piano del delitto tentato: è quanto accade per esempio nel codice penale svizzero, dove l'art. 21 prevede l'*unvollendeter Versuch* e l'art. 22 il *vollendeter Versuch* (v. al riguardo SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band*, 1977, 243 ss.).

La divergenza rispetto al “ modello ” è rilevante. Secondo il “ modello ”, infatti, la vittima ha già bevuto il veleno, versa ormai in pericolo di vita: l'azione di salvataggio consiste nella somministrazione del famoso antidoto, nel trasporto d'urgenza in ospedale, etc. Nell'ipotesi testè prospettata, niente di tutto questo: non può sfuggire perciò la diversità delle situazioni, il diverso “ peso ” delle rispettive azioni di tutela. La teoria del recesso dispone di un solo strumento operativo, che è appunto il criterio di delimitazione fondato sulla completezza dell'azione esecutiva. Applicare questo criterio a situazioni “ atipiche ” del tipo di quella prospettata può rivelarsi estremamente pericoloso, soprattutto per chi abbia il senso del ridicolo. Così, per esempio, se il reo strappa il bicchiere dalle mani della vittima *prima* di aver lasciato *completamente* il calice, desistenza volontaria—impunità. Un attimo *dopo*, pentimento operoso—pena. La teoria del recesso è talvolta fortemente esposta al rischio di dover accettare anche conseguenze di tal genere ⁽²⁶⁾, un rischio di cui peraltro non sempre si mostra pienamente consapevole quando pone a base della distinzione il criterio *ex post*. Accade anche, però, che ne prenda invece atto e non se la senta di assumersi rischi del genere ⁽²⁷⁾: allora non le resta che cercare un “ espediente ”.

(26) Cfr. GALLO, *op. cit.*, 68-9.

(27) Ciò è particolarmente evidente quando la definizione del criterio di delimitazione viene subito integrata dalla precisazione — più o meno espressa — del concetto di azione esecutiva che viene di volta in volta accolto. In questo modo la teoria del recesso consegue un duplice obiettivo: da una parte, legittima agevolmente — almeno in apparenza — il criterio di delimitazione *ex post*, derivandolo dall'interpretazione letterale dell'art. 56; dall'altra, si riserva mano libera nel correggerne i difetti — almeno quelli che riesce a vedere — plasmando nel modo più opportuno il concetto di azione esecutiva. È inutile dire che il problema viene così solo aggirato, ma non certo risolto: il concetto di azione esecutiva con cui si lavora — quale che esso sia — non è « a parte » rispetto al criterio di delimitazione, i suoi confini — insomma — non possono essere fissati *ad libitum*, senza cioè l'obbligo di giustificarli puntualmente in relazione all'art. 56 c.p., proprio perché è da questo “ concetto ” che viene a dipendere l'estensione normativa delle due sfere del recesso.

a) La “ *correzione* ” da apportare al parametro discrezionale è fin troppo evidente: è suggerita — né più né meno — dalla stessa casistica in esame. E la teoria del recesso è troppo impegnata a salvare “ in qualche modo ” il salvabile per non recepire acriticamente tali indicazioni: ciò costa però un prezzo, che prima o poi bisognerà pagare.

L'obbiettivo è semplice: innanzitutto, estendere l'azione esecutiva fino a farvi rientrare gli atti posti in essere da persone diverse dall'agente. Se queste persone sono complici, la soluzione è a portata di mano: non sovviene forse il “ principio ” — elaborato dalla dottrina del reato concorsuale — per cui l'azione collettiva è unica e inscindibile per tutti i concorrenti? Fintanto che l'agente interrompe atti posti in essere da complici *desiste* dall'azione collettiva e va perciò impunito (28). Sembra facile, ed in realtà lo è, lo è anzi troppo.

L'accettazione acritica della correzione “ suggerita dai fatti ” comincia a produrre i suoi frutti perversi. Quali essi siano, è presto detto: se il medico interrompe l'azione del complice quando questi ha già iniettato buona parte del veleno, anche se in quantità non ancora sufficiente a provocare la morte, *desiste* dal tentativo di omicidio. Se invece blocca l'*ignaro* infermiere quando costui ha appena iniziato a praticare l'iniezione mortale, pentimento operoso (29).

(28) V. GALLO, *op. cit.*, 69; RANIERI, *op. cit.*, 367.

(29) Nella letteratura di lingua tedesca è del tutto usuale l'opinione secondo cui il tentativo è compiuto, e dunque un successivo recesso può configurarsi solo come pentimento operoso, quando l'agente ha svolto la sua parte per la produzione dell'evento ma è ancora necessario che si aggiunga alla sua azione quella della vittima stessa perché il risultato possa verificarsi: come appunto nell'ipotesi che la bevanda avvelenata sia stata portata alla vittima, e che questa debba però ancora berla (così espressamente SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 634). Deve essere sottolineato ancora una volta che non è possibile accostare questi atteggiamenti della dottrina tedesca alle posizioni più o meno affini della teoria dell'art. 56 c. p.: non soltanto per i motivi già prima sottolineati (in n. 24), ma anche perché essi sono espressione di due approcci metodologici del tutto diversi nella sostanza, seppur a prima vista simili. Su questo punto si avrà modo di tornare più innanzi: Parte III, par. 1.

b) Questa soluzione non convince ovviamente nessuno. Il confronto tra le due ipotesi riporta così il ragionamento nelle secche che con l'*escamotage* dell' "azione collettiva" si credeva di superare. Adesso, infatti, a quale "principio" si farà appello quando l'atto che deve aggiungersi a quello dell'agente perché si produca il risultato lesivo proviene dal terzo *estraneo*? Una cosa sembra sicura: se è desistenza impunita la condotta di tutela del primo esempio, può inquadrate come pentimento operoso l'attività di tutela del secondo solo chi si assuma l'onore di spiegare in che modo la *qualità* dell'esecutore si rifletta nel criterio discretivo tra le forme del recesso. E questa spiegazione, per la verità, non l'ha ancora fornita nessuno. Chi volesse farlo, dovrebbe per altro farsi carico di un'ulteriore, non meno imbarazzante conseguenza connessa alla correzione fin qui esaminata del criterio *ex post*: dal punto di vista politico-criminale sembrerebbe infatti ben strano privilegiare, ampliandola, la sfera della desistenza nell'ambito dell'azione collettiva — di regola più pericolosa e perciò più severamente disciplinata ⁽³⁰⁾

(30) Una prova recente è fornita dalla disciplina introdotta dal nuovo *StGB* a proposito del recesso dal reato concorsuale. Se infatti, nel silenzio del codice precedente su questo specifico punto, la giurisprudenza era prevalentemente orientata ad ammettere il recesso del partecipe con il semplice annullamento del contributo personale all'azione collettiva (così si legge nella motivazione dell'*Entwurf* 1962, 146), la dottrina aveva invece presto manifestato due opposti orientamenti, confluiti poi da una parte nell'E 1962, in cui si esigeva che in ogni caso il partecipe impedisse la consumazione del reato, dall'altra nell'AE, che si accontentava invece — nel § 26 II — dell'annullamento del contributo personale al fatto. Il nuovo codice accetta, in sostanza, l'impostazione restrittiva dell'E 62 — v. § 24 II — seppur apportandovi qualche mitigazione (v. ROXIN, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1975, 23): quanto qui interessa notare è che ciò avviene appunto perché « un fatto, cui partecipano più soggetti, è di regola più pericoloso di quello commesso da una sola persona, e tale elevata pericolosità non viene eliminata con il semplice annullamento del singolo contributo causale » (così il *Sonderausschuss*, in *BT - Dr. V/4095*, 12). Per la critica di questo orientamento v. soprattutto GRÜNWALD, *Zum Rücktritt des Tatbe-teiligten im künftigen Recht*, in *Fest. Welzel*, 201 ss.; LENCKNER, *Probleme beim Rücktritt des Beteiligten*, in *Fest. Callas*, 1973, 281 ss.; v. SCHEURL, *Rücktritt*, cit.,

— e restringerla invece nelle corrispondenti ipotesi di azione individuale. E farà bene a non trascurare, chi voglia assumersi l'onere suddetto, che sono ormai veramente finiti i tempi in cui si poteva sostenere la validità di un'interpretazione con argomenti del tipo: " nulla vieta che sia esatto dal punto di vista dommatico ciò che è invece sbagliato sotto il profilo politico-criminale " ! (31) Il tempo in cui i giuristi teorizzavano la « netta, chiara separazione » (32) tra dommatica e politica criminale non può non sembrare remoto a chiunque sia appena superficialmente informato dei profondi rivolgimenti che la scienza del diritto penale ha subito soprattutto a questo riguardo negli ultimi 15 anni. Quale sia " la " soluzione del problema è tutt'altro che acquisito: certo è però che di soluzioni " dommaticamente " corrette ma di dubbia o palese inconsistenza nei loro aspetti politico-criminali il diritto penale non sa più cosa farne (33).

75 ss. e 143 ss., e da ultimo SCHONKE-SCHRÖBER, *Kommentar*, cit., (ESER), § 24, n. 84 ss., 324 ss.

(31) Un simile rilievo dovrebbe per esempio annoverarsi a R. v. HIPPEL (*Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966) che nel quadro della sua visione sistematica, in cui il recesso viene inquadrato come elemento negativo del *Tatbestand* del delitto tentato (31 ss., soprattutto 58 ss.) non ha difficoltà ad ammettere che l'impunità del partecipe non recedente — conseguenza necessaria, in questa prospettiva, del recesso dell'autore principale — sarebbe certo « non meritata », un grazioso regalo, insomma, all'indirizzo del reo. Ciò non è tuttavia sufficiente né per indurlo a chiedersi se la normativa sul recesso non sia stata per caso concepita *solo* per il reo che appunto recede — o almeno crede, o almeno si sforza di farlo — né a ricordargli che la sistematizzazione delle regole del diritto penale, siano esse di parte generale o speciale, non può affatto svolgersi prima o al di là di qualsiasi considerazione delle *funzioni* concrete del sistema penale stesso. Uno sforzo sistematico che trascuri esigenze essenziali come queste è certamente destinato a creare — oltre tutto — più problemi di quanti invece ne risolve: così, per esempio, non può meravigliare che alla prevedibile obiezione degli inevitabili — o quanto meno probabili — " vuoti " i quali si aprirebbero nel sistema penale del recesso in una prospettiva di tal genere, venga semplicemente risposto che con un'adeguata modifica legislativa delle singole fattispecie interessate sarebbe sicuramente possibile chiudere nuovamente le crepe (v. v. HIPPEL, *op. cit.*, 42).

(32) V. a questo proposito il lucido quadro tracciato da ROXIN nel suo ben noto *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II Auflage 1973, 1-8.

(33) V. ancora ROXIN, *op. ult. cit.*, passim, ed HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*

La teoria del recesso sembra accorgersi di questa realtà — o almeno si comporta come se la percepisse. La discrasia posta in luce dalla tipologia testè esaminata può essere eliminata in più modi: il più coerente con la prospettiva che si cerca qui di ricostruire nei suoi progressivi sviluppi presenta anche il vantaggio di sottrarre il criterio *ex post* — nella sua ultima ristrutturazione — agli attacchi della politica criminale. Si tratterebbe di compiere un ulteriore passo ed estendere il concetto di « azione esecutiva » anche alla condotta dell'*extraneus*: l'agente che la interrompesse desisterebbe dal tentativo. Tale passo è stato appunto compiuto ⁽³⁴⁾.

Giustificare questa interpretazione ha richiesto però non pochi sforzi: si trattava infatti di trovare un elemento di unificazione tra atti per definizione *autonomi* gli uni dagli altri. Come ognuno vede, era indispensabile un *termine medio* perché l'opera di « cucitura » fosse in grado di soddisfare almeno le esigenze minime che la logica impone a qualunque ragionamento. Ma dove trovare un « ponte » che consentisse di condurre nell'ambito concettuale dell'*azione esecutiva* del reato atti *non* finalizzati alla commissione di alcun reato? Come procedendo a ritroso la ricerca si arresta, per così dire, all'ultima spiaggia: gli atti posti in essere dall'agente e quelli dell'*extraneus* hanno in comune — ai fini della sussunzione nel concetto di « azione esecutiva » di cui all'art. 56 III c.p. — la loro qualità *essenziale*: gli uni e gli altri costituiscono *attività umana* ⁽³⁵⁾. Questo il termine medio del ragionamento, il « ponte » cui la teoria del recesso aggancia la sostenibilità della nuova correzione. La soluzione di uno

und Kriminalpolitik, 1974, che anche mettendo a frutto una serie di recenti acquisizioni delle scienze sociali, riesce ad elaborare un'originale concezione metodologica e teorico-sistematica della politica criminale (65 ss.) e della dommatica (143 ss.), il che gli consente altresì di tracciare le linee di un loro corretto rapporto (195 ss.).

⁽³⁴⁾ V. ad esempio PISAPIA, *op. cit.*, 121; VANNINI, *Tentativo*, cit., 42 ss.; PIOLETTI, *op. cit.*, 1157.

⁽³⁵⁾ Così esplicitamente VANNINI, *op. loc. ult. cit.*, e PIOLETTI, *op. loc. ult. cit.*

specifico problema del recesso sarebbe resa possibile, così, dal ricorso ad una argomentazione assai poco specifica: tutto ciò che è *attività umana* diretta all'evento potrebbe essere interrotto dall'agente — non conta il come nè il quando — col beneficio dell'impunità per desistenza ⁽³⁶⁾.

c) Arretrando progressivamente la linea di difesa, nell'intento di parare i colpi inferti ora dalla logica, ora dall'ermeneutica, ora dalla politica criminale, ora dal diritto positivo, la teoria del recesso è costretta a cambiare la *qualità* e lo *spessore* delle sue argomentazioni: le conclusioni cui essa perviene costituiscono *sempre meno* il risultato di un'attività interpretativa dell'art. 56 c.p. ripercorribile e controllabile con l'ausilio dei normali strumenti di cui si serve la scienza giuridica a tale scopo ⁽³⁷⁾, e rappresentano invece *sempre più* il portato di riflessioni episodiche — spesso avulse dal diritto positivo — cui si può tutt'al più riconoscere il merito di orientarsi almeno al buon senso. Com'è noto, il buon senso non basta però a garantire la correttezza del ragionamento giuridico, e tanto meno la sua coerenza complessiva. Quanto poi ai risultati, basta valutare quello testè riferito alla luce del seguente esempio. Tizio ha dato ordine ai suoi operai di far brillare la dinamite in miniera all'ora X. Senza che questi ultimi lo sappiano, a quell'ora saranno al lavoro altri minatori, che l'agente intende uccidere. Dato l'ordine, egli ha esau-

(36) Non è del tutto semplice comprendere come sia potuto accadere che la teoria del recesso abbia concentrato l'attenzione solo sull'*estensione* del concetto di azione esecutiva, ed abbia invece del tutto trascurato gli altri elementi *esterni* all'azione stessa. Potrebbe essere plausibile pensare che ciò è una conseguenza della prospettiva stessa in cui la dottrina inquadra questo problema: si conduce infatti una discussione in cui va sostanzialmente perduto l'indispensabile, continuo riferimento alla tematica della delimitazione tra le sfere del recesso.

(37) Per esempio, non è facile cogliere come si concili un criterio di delimitazione connesso con una interpretazione letterale dell'art. 56 III e IV c. con l'accoglimento di un concetto di azione esecutiva sicuramente *non aderente* alla lettera della legge, quale è quello in cui rientra anche la condotta dell'*extraneus*.

rito la *sua* parte: l'*azione esecutiva* si compirebbe però solo quando gli ignari minatori facessero brillare le cariche. Fino a quell'istante Tizio potrebbe dunque utilmente *desistere*, revocando l'ordine. E se invece si fosse servito di un congegno automatico, che egli stesso disinnesta — poniamo — nel medesimo istante in cui nell'esempio precedente aveva arrestato i minatori? Allora si sarebbe semplicemente pentito!

Il perduto ancoraggio alla situazione "tipica" su cui era stato — consapevolmente o meno — ritagliato il criterio di delimitazione, continua a produrre i suoi amari frutti. Come vivendo alla giornata, la teoria del recesso è stata costretta a risolvere ora questo problema ora quello, allontanandosi sempre più dalla prospettiva originaria: ma — quel che è più grave — è stata costretta a farlo senza un punto di riferimento *sostanziale*, capace di conferire ai suoi discorsi plausibilità ed un minimo di coerenza. Può perciò meravigliare che anche così modificato — così smisuratamente ampliato — il concetto di « azione esecutiva » si dimostri impraticabile?

La contraddizione da risolvere è ora la seguente: per l'agente sarebbe *sempre* più agevole desistere quando si avvale dell'opera di terzi — estranei o complici — piuttosto che quando agisce da solo. Questa soluzione è senza dubbio debole per diverse ragioni ⁽³⁸⁾. Elencarle tutte — e discuterle — significherebbe ora spezzare la continuità dell'analisi; sarà sufficiente perciò rilevare come una conclusione del genere non potesse non sembrare assurda proprio nel quadro di una prospettiva indiscutibilmente orientata — più o meno consa-

(38) Una è, per esempio, che sarebbe perlomeno strano stendere un « ponte d'oro » più corto a chi per recedere deve fare solo appello a sé stesso, e più lungo a chi invece può recedere solo attraverso un'attività di per sé più complessa, perché coinvolge anche terzi; un'altra è che in questo modo ancora una volta si favorirebbe il recesso dall'azione collettiva rispetto a quello dall'azione individuale: una indicazione criminal-politica opposta al consueto atteggiamento di maggior severità assunto dal legislatore verso la reità associata; ed altre ancora, secondo le diverse prospettive in cui si inquadrano il fenomeno del recesso.

pevolmente — all'ampliamento della sfera della desistenza ai danni di quella del pentimento. Come accettare allora l'esclusione dall'ambito dell'art. 56 III c. proprio delle condotte di tutela più semplici, meno appariscenti, in breve: più lontane dal " modello " di recesso attivo sotteso al criterio di delimitazione?

Per uscire dall'*impasse* non vi era che un modo: quando l'agente " interrompe " la sua stessa azione annullandola con una contro-azione recede mediante desistenza⁽³⁹⁾. Colui che ha sostituito una normale iniezione con una fiala venefica, potrebbe così *desistere* finché l'iniezione non sia stata praticata⁽⁴⁰⁾: cosicché se la sua telefonata avesse colto l'infermiere *nell'atto stesso* di iniettare il liquido mortale, si sarebbe comunque guadagnato — per la sua buona stella — l'impunità. Allo stesso modo, colui che posta la traversina sui binari riesca a toglierla⁽⁴¹⁾, anche *nell'ultimo istante* utile ad evitare il deragliamento, e così via.

7. - Per questa strada, il cerchio sembra finalmente chiudersi. E i conti in fondo potrebbero anche tornare, sempre che — s'intende — si sappia farli nel verso giusto. Quale spazio rimarrebbe, infatti, all'applicazione dell'art. 56 IV c.? O meglio, in termini più espliciti e aderenti all'analisi fin qui condotta: quale sarebbe infine il « tipo » sotteso dalla normativa sul pentimento operoso? Non a caso, i soli esempi che si potrebbero ormai addurre sono quelli in cui il reo trae in salvo la vittima dalle acque, ovvero consegna alla

(39) V. MANZINI, *Trattato*, cit., 474; VANNINI, *op. loc. ult. cit.*; ERRA, *La desistenza volontaria nel tentativo*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1937, 960; PIOLETTI, *op. cit.*, 1153; v. altresì CONTENTO, *op. cit.*, 54.

(40) Così PISAPIA, *op. cit.*, 121; un esempio pressoché simile in PIOLETTI, *op. loc. ult. cit.*

(41) Così ERRA, *op. loc. cit.*; per una serie di esempi strutturalmente simili a questo, e che configurerebbero appunto altrettanti casi di desistenza mediante contro-operazione, v. VANNINI, *op. cit.*, *ult. cit.*

stessa il provvidenziale contro-veleno, ovvero la trasporta in ospedale dopo averla gravemente ferita o investita, etc. ⁽⁴²⁾: da questo tipo di situazioni — i cui elementi strutturali sono ormai noti — deriverebbe appunto la norma di cui all'art. 56 IV c. . E soltanto in questo « tipo » di situazioni il recesso dell'agente assumerebbe le forme del pentimento operoso. Uno spazio ben misero per il recesso attivo, potrebbe pensare qualcuno, ma pur sempre uno spazio.

Con questa « triste » constatazione il discorso potrebbe considerarsi concluso, e la conclusione potrebbe essere per esempio la seguente: la realtà dell'art. 56 IV c. è di gran lunga inferiore alle apparenze, la norma dà ad intendere molto più di quel che effettivamente è; basta infatti ricondurla alla sua reale portata perché ogni problema trovi giusta soluzione.

Una conclusione di questo genere sarebbe assolutamente errata per almeno due importanti ragioni. In primo luogo, essa costituirebbe un'inammissibile *semplificazione* dello stato della *teoria* del recesso: da una parte, infatti, non verrebbe spiegato in alcun modo perché mai « realtà » ed « apparenza » dell'art. 56 IV c. siano — o debbano essere — tanto diverse; dall'altra, si darebbe per scontata la correttezza del procedimento con cui vengono risolti gli aspetti problematici della delimitazione, rinunciando così, in sostanza, a qualunque seria valutazione del risultato complessivo. In secondo luogo, una conclusione di tal genere non troverebbe il minimo riscontro nella *prassi* del recesso, che sembrerebbe infatti tutt'altro che convinta della validità del modello propositole: ciò viene inevitabilmente alla luce al cospetto di casistiche appena un po' più complesse ⁽⁴³⁾. Chiudere gli occhi dinanzi a

(42) Un tipo di recesso, insomma, che presenti le caratteristiche precedentemente descritte (v. par. 5; v. altresì nota n. 20): cioè appunto « il » tipo da cui deriva l'elaborazione teorica dell'art. 56 III e IV c.

(43) Come per esempio quella dell'aborto: v. *supra*, Parte I, par. 3.

questa realtà accontentandosi della " facile " conclusione suddetta sarebbe forse comodo, ma estremamente pericoloso: significherebbe infatti *sottovalutare* il rischio cui è esposto il sistema del recesso nelle mani di una giurisprudenza assolutamente priva di " lumi ", una giurisprudenza — insomma — del caso concreto (44).

In che senso la conclusione suddetta rappresenterebbe una *semplificazione* della teoria del recesso ed una *sottovalutazione* dei rischi cui è esposta la prassi deve essere precisato nelle pagine seguenti.

Quanto al primo punto, va sottolineato innanzitutto come al di là delle contraddizioni, della superficialità, dell'apriorismo che connota per tanti versi gli sviluppi della teoria del recesso esiste al fondo una *logica* al cui interno è possibile una ricostruzione piuttosto omogenea degli svolgimenti che si è venuti esaminando: il criterio di distinzione " intuitivamente " ritagliato su un modello ben definito di azione di tutela e su una situazione di pericolo precisa nel suo grado di sviluppo non poteva funzionare in casi solo *apparentemente* simili (45). Di qui i continui " adattamenti ", le acrobazie

(44) Come afferma giustamente HASSEMER, una giurisprudenza che deve decidere *ex novo* ogni caso è una giurisprudenza « irrazionale », perché non essendo in grado di misurare l'esattezza della sua decisione col metro degli strumenti a tal scopo elaborati dalla dottrina, finisce per porre nel *Rechtsgefühl* del giudice il criterio della sua validità (*Strafrechtsdogmatik*, cit., 20). V. anche KRIELE, *op. cit.*, 119 ss. e WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in *Fest. Gadamer*, Bd. 2 (311 ss.) 335-6. Sul « diritto del caso concreto » v. invece NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, 186-8.

(45) Sotto il profilo metodologico-conoscitivo, alla teoria del recesso si dovrebbe perciò far carico non certo di essersi lasciata guidare dal suo *Vorverständnis*, dai suoi *pre-giudizi* circa l'art. 56 IV c., ma piuttosto di averlo fatto senza la necessaria consapevolezza critica: il che le avrebbe appunto consentito di non « dar seguito » (*vollziehen*) semplicemente alle sue « anticipazioni », ma piuttosto di verificarle e correggerle nel corso dello stesso procedimento ermeneutico (sui modi ed i problemi del conoscere v. le limpide pagine di GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4. Auflage, 1975, 251 ss.; di recente, nello stesso senso, v. anche HINDERLING, *Rechtsnorm und Verstehen*, 1971, 17 ss. e 142 ss.).

dialettiche, spesso audaci, volte a innovare *nella sostanza* senza rinunciare all'ancoraggio *formale* al punto di partenza.

Tutto ciò ha però un prezzo, che l'art. 56 IV c. non può pagare. L'art. 56 IV c. non può permettersi, infatti, una teoria del recesso in costante contraddizione con sè stessa, lacerata — come è — tra una *definizione concettuale* del pentimento operoso relativamente *ampia* ed una *definizione sostanziale* che ne riduce la sfera applicativa a livelli pressoché *insignificanti* ⁽⁴⁶⁾. Questo stato di cose preclude infatti alla teoria del recesso il raggiungimento di due obbiettivi indispensabili al suo affinamento: la *comunicazione* e — di conseguenza — la *stabilizzazione* ⁽⁴⁷⁾.

a) La *comunicazione* è resa difficile — quasi impossibile — dalla crescente *equivocità* del linguaggio con cui si lavora: se un risultato hanno prodotto le numerose ristrutturazioni cui termini quali « azione esecutiva » o « attività impeditiva » dell'evento sono stati sottoposti, questo è sicuramente la perdita del significato *convenzionale* in cui tali espressioni erano storicamente consolidate. Il peggio è che la teoria del recesso — salvo rare eccezioni — non se n'è ac-

(46) Da una parte, infatti, il pentimento operoso coprirebbe l'enorme spazio concettuale compreso tra il compimento dell'azione esecutiva del reo ed il verificarsi dell'evento, dall'altra invece si riduce, già nella esemplificazione, a poco più che alle vecchie ipotesi dell'avvelenamento o del lancio della vittima nel fiume — caso, quest'ultimo, che prestando fede alla parola di MANZINI (*Trattato*, cit. 479) sembra essere peraltro realmente accaduto a Genova nell'ormai lontano 1922.

(47) Per una recente riaffermazione, dal punto di vista teorico e filosofico, del significato e del valore della *comunicazione* nella vita del diritto. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in *Einführung*, cit., (1 ss.) 5 ss., 18 ss.; per una acuta analisi dei vantaggi ed anche dei problemi connessi allo sviluppo dei normali strumenti di comunicazione nei sistemi di diritto penale codificato, HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation*, cit., 75-8. Di questo stesso Autore v., sulle prospettive di miglioramento del livello di comunicazione interna al sistema penale, *Automatisierte und rationale Strafzumessung*, cit., 100 ss., e per quanto riguarda il problema della *stabilizzazione*, come funzione primaria del lavoro dommatico, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 176 ss.

corta, e non ha potuto perciò procedere all'indispensabile verifica delle trasformazioni *contenutistiche* che la sua terminologia aveva progressivamente assorbito. Ciò avrebbe potuto *non* essere un grave *handicap* solo ad una condizione: che questi cambiamenti si fossero realizzati — non importa quali — in modo *univoco* e comunque tale da coagulare continuamente *consenso* sulle evoluzioni del rapporto tra « significante » e « significato » ⁽⁴⁸⁾ (nella terminologia della moderna semantica giuridica: designante — designato) ⁽⁴⁹⁾. Questa condizione — com'è evidente — non si è realizzata e la teoria del recesso ha dovuto sopportarne le conseguenze. In primo luogo, come si diceva, un forte appesantimento delle condizioni del suo discorso scientifico: per comunicare proficuamente essa deve ogni volta chiarire il senso in cui impiega i suoi "termini"; un onore che comunque solo una ristretta parte di essa è in grado di assumersi, quella parte, cioè, che è consapevole di tale realtà. Per questi motivi, dunque, la teoria del recesso comunica (correttamente) poco e (frequentemente) male.

b) Ulteriore conseguenza è che diventa per essa difficile — quasi impossibile — *stabilizzarsi*, dotarsi cioè di uno strumento di lavoro sotto molti aspetti imprescindibile quale è appunto la c.d. *opinione dominante* ⁽⁵⁰⁾. Di questo strumento qualunque dommatica seriamente interessata al suo corretto sviluppo ha grande bisogno. Quando un'interpretazione fondata su un nucleo più o meno ampio di concetti ed argo-

(48) Fondamentale, su questo problema, DE SAUSSURE, *Curso de linguistica general*, 11 Ed. 1973, 129 ss. (ed. spagnola).

(49) E.-J. LAMPE, *Juristische Semantik*, 1970, 12 ss.

(50) Sulla funzione "ambivalente" della « opinione dominante » nel ragionamento giuridico v. soprattutto LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., Bd. 2, 289; v. tuttavia, con particolare riferimento alla fase dell'applicazione del diritto, HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 19 ss. Di recente, con accenti critici, ADOMEIT, *Juristische Methode und Sicherheit der Ergebnisse*, in *Juristenzeitung* 1980, (343 ss.) 344.

mentazioni riesce — lungo un arco variabile di tempo — a consolidare un consenso relativamente esteso, diventa infatti necessariamente più arduo il *confronto* con essa: l'« opinione dissenziente » è sottoposta — pena la sua rapida espulsione dalla discussione scientifica — ad un più intenso onere di motivazione, il che ha appunto per effetto non soltanto un'*arricchimento* (quantitativo) bensì anche un'*affinamento* (qualitativo) dello strumentario argomentativo di cui la dommatica *de qua* dispone ⁽⁵¹⁾.

La teoria del recesso, almeno quella — per altro cospicua — fin qui presa in esame, è ben lungi dall'aver raggiunto un tale stadio del suo sviluppo: il suo grado di *stabilità* è estremamente basso, e ciò costituisce appunto un effetto, certo più evidente di altri, delle carenze oggettive e dei limiti soprattutto qualitativi della sua comunicazione interna. Ma di questo si è già fatto prima cenno; è ora necessario discutere brevemente le *conseguenze* di questa situazione. Esse investono sia la teoria che la prassi del recesso.

La teoria del recesso è esposta ad un rischio molto serio: se non riesce — o non vuole — almeno incominciare a gettare lo sguardo al di là dei concetti di cui si serve, è improbabile che possa mai instaurare col suo oggetto un rapporto costruttivo. Di tale oggetto le resterebbe infatti sempre sconosciuta — in tutto o in parte — una caratteristica essenziale, che è la *complessità* del materiale dommatico su cui essa appunto lavora. Concretamente: essa corre il pericolo, per esempio, di *fraintendere* quale « opinione dominante » l'interpretazione secondo cui il compimento dell'azione esecutiva del reato segna il limite oltre il quale il recesso realizza lo schema normativo di cui all'art. 56 IV c., mentre invece il concetto di « azione esecutiva » è tutto sommato una semplice facciata, un involucro che racchiude più di un contenuto.

(51) Cfr. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., 327-8.

Quando la teoria del recesso non riesce a compiere nemmeno questo primo passo — come quasi sempre è — il suo lavoro non può essere che sterile: essa non fa che riprodurre un consenso solo *apparente*, inficiando così già in partenza le possibilità stesse di una discussione proficua⁽⁵²⁾.

Quando la teoria del recesso “intuisce” questa realtà, può almeno comportarsi in modo da non aggravarla: evitando per esempio l'ingenuo ricorso alla presunta « interpretazione dominante » dell'art. 56 IV c. ⁽⁵³⁾ per “alleggerire” le sue affermazioni dal relativo onere argomentativo.

Infine, solo quando la teoria del recesso diventa consapevole della *complessità* del suo oggetto può seriamente pensare di creare le premesse per modificare la situazione esistente⁽⁵⁴⁾. A tal riguardo due sono le mosse prioritarie. La prima consiste nell'analisi della *metodologia* dell'approccio tradizionale alla tematica della separazione delle sfere normative del recesso: il che significa — in concreto — centrare l'obbiettivo anche sul *Vorverständnis* dell'art. 56 IV c., per portarne alla luce l'origine ed i condizionamenti — recenti e remoti — che si riflettono con tanta evidenza anche sulla problematica della delimitazione. La seconda concerne la necessità di creare le condizioni minime perché la “ricostruzione” possa avvenire su basi più solide: rendendo per esempio di-

(52) Tra le conseguenze metodologiche più pregiudizievoli di questo stato di cose sono appunto: a) l'incapacità della dottrina del recesso di aprire espressamente un dibattito sul tema: recesso dal tentativo ed azione esecutiva del reato; b) la tendenza a liquidare “sotto banco” il problema dell'ambito concettuale della condotta di esecuzione suscettibile di recesso « a buon mercato » — come efficacemente definisce GEILEN (*Zur Abgrenzung*, cit., 335) il recesso mediante desistenza.

(53) Di questa “intuizione” sono appunto espressione, in concreto, i tentativi di definizione — per quanto approssimativi — del concetto di “azione esecutiva compiuta”.

(54) Ciò significa in concreto: prendere atto che solo nell'ambito di un approccio metodologicamente consapevole dei legami intercorrenti tra la logica normativa del recesso ed i suoi specifici problemi applicativi — tra cui *in primis*: delimitazione e volontarietà — è possibile avviare una discussione realmente fruttuosa.

sponibile, attraverso un paziente lavoro di verifica, uno strumentario terminologico almeno così poco equivoco da non rappresentare — come quello attuale — un fattore nettamente disfunzionale al corretto sviluppo della comunicazione (⁵⁵).

(⁵⁵) In generale, sul problema del rapporto tra il linguaggio di cui si servono rispettivamente la teoria, la prassi e la legislazione penale, HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 47 ss. All'esame dei metodi, dei termini e dei contenuti della teoria della delimitazione è dedicata tutta la Parte III di questo lavoro.

PARTE II

La prassi della delimitazione della desistenza volontaria dal pentimento operoso

SOMMARIO: 1. I vantaggi del criterio testuale di delimitazione dell'art. 56 III c.: alcuni esempi concreti. — 2. La delimitazione sul terreno della volontarietà del recesso: a) la struttura ed i contenuti del concetto di *volontarietà* della prassi; b) in particolare: il principio della irrilevanza dei motivi interiori del recesso. Struttura, funzionamento, limiti operativi; c) un primo tentativo di concettualizzazione. — 3. Le *innovazioni* della prassi della delimitazione sul piano della volontarietà: a) il principio dell'onere della prova del recesso; b) le sue insufficienze intrinseche: ovvero, la funzionalizzazione al criterio di delimitazione *ex post*. — 4. L'atteggiamento riduttivo della prassi della delimitazione. In particolare, alcune "tecniche di semplificazione": a) la delimitazione *presunta*; b) delimitazione e consumazione *formale* del reato. — 5. I costi *mediati* dell'attuale prassi della delimitazione: in particolare, desistenza volontaria e prevenzione generale. — 6. Segue: la problematica del rapporto della prassi con l'art. 56 IV c. In particolare: a) un esempio concreto; b) la correzione della delimitazione *sostanzialmente* insoddisfacente; c) l'inesperienza della prassi dell'art. 56 IV c. — 7. Segue: la rivolta della prassi contro l'art. 56 IV c. In particolare: a) interpretazione e creazione del diritto nelle decisioni giudiziali: cenni; b) sul significato ed i limiti del principio del vincolo del giudice alla legge nelle riflessioni della moderna ermeneutica; c) la rivolta della prassi contro l'art. 56 IV c. come violazione del principio del vincolo alla legge; d) un interrogativo inquietante: è proprio ingiustificata la rivolta della prassi?

1. - La prassi non è insensibile ad una teoria così precaria, né potrebbe mai esserlo. Incapace di elaborare un "proprio" criterio di delimitazione, preferisce attestarsi *in limine litis*, ponendo a base della sua attività un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 56 III e IV c. In questo modo può affrontare e risolvere non pochi problemi di *delimitazione* sia *interni* alla sfera del recesso (desistenza-pentimento) che *esterni* ad essa (recesso-tentativo-consumazione).

Presupposto di una desistenza efficace è un'attività esecutiva « intrapresa e non ancora esaurita dal colpevole » (1): non può perciò esservi alcuno spazio per l'art. 56 III c. « all'orquando gli atti compiuti costituiscono ed esauriscono, obiettivamente e subbiettivamente, un'azione diretta ed idonea a cagionare l'evento, giacché in tale caso l'azione stessa è da considerarsi compiuta e pertanto l'agente non è più in grado di interromperla » (2). Ciò ha ripetuto per anni la Suprema Corte, che ormai da tempo non avverte più il bisogno di ribadire tale principio: principio su cui la prassi ha potuto agevolmente *consolidarsi*. Importante è però capire ciò che essa ha ottenuto per tal via: si è dotata di uno strumento di lavoro semplice e di sicura efficacia per liquidare senza grosso sforzo una buona parte della sua *routine* del recesso.

Una *routine* composta per esempio dagli innumerevoli casi di truffa in cui l'agente, per motivi che qui non interessano, interrompe ad un certo punto la condotta truffaldina: confessando all'assicurazione l'inesistenza dell'infortunio per cui aveva chiesto il risarcimento (3), ovvero decidendosi a pagare il prezzo di una cosa precedentemente acquistata dopo aver inutilmente tentato di raggirare la controparte (4). Ancora, una *routine* composta dalle numerose ipotesi di estersione in cui il reo, inviata la richiesta di denaro e fissati i termini della consegna, rinuncia a conseguire il bottino: senza recarsi affatto sul luogo convenuto a ritirare il denaro (5), ovvero presentandosi alla vittima con attestazioni di pentimen-

(1) Cass. 22.4.1953, in *Riv. pen.* 1954, 268; v. anche, di recente, Cass. 29.3.1971, in *Giust. pen.* 1972, II, 508.

(2) Così espressamente Cass. 22.4.1953, cit.

(3) Cass. 24.2.1939, in *Riv. pen.* 1939, 360; Cass. 2.2.1968, in *Arch. giur. circ. sinistri* 1969, 1029.

(4) Cass. 28.2.34, in *Giust. pen.*, 1934, II, 698.

(5) Trib. Bologna 16.3.1956, in *Arch. pen.*, 1956, II, 445.

to⁽⁶⁾. In tutti questi casi l'argomentazione fondata sull'esaurimento dell'attività esecutiva svolge egregiamente la sua funzione e consente alla prassi di delimitare rapidamente la desistenza dal tentativo punibile, escludendo la configurabilità dell'art. 56 III c. Ma il vantaggio maggiore è soprattutto un altro: esso consiste nella possibilità di *non* dover operare la delimitazione su un terreno di gran lunga meno solido, qual è quello della *volontarietà* del recesso. Questo terreno è infatti più di ogni altro "terra di nessuno"⁽⁷⁾. Vi si sviluppano le argomentazioni più varie, più incontrollate; discutere di volontarietà significa per la prassi confrontarsi con un ventaglio di interpretazioni praticamente illimitato, che le consente perciò di stabilizzarsi, per citare almeno una tra le conseguenze più rilevanti, solo su livelli fortemente elevati di *generalizzazione*. Ciò comporta un evidente vantaggio: la sussunzione nella sfera del « principio consolidato » si verifica infatti con uno sforzo argomentativo inversamente proporzionale al grado di concretizzazione del principio stesso. Ma ciò impone anche dei prezzi, che sono spesso tutt'altro che bassi: prima di ogni altro, la scarsa *consistenza*⁽⁸⁾ delle delimitazioni operate su questo piano, che si ripercuote peraltro, inevitabilmente, sull'infimo grado di *accettazione* cui esse possono aspirare.

(6) Cass. II.2.1946, in *Riv. pen.* 1946, 776, 198.

(7) Come sottolinea da ultimo anche HASSEMER, la massa di criteri empirici e normativi in cui viene da sempre concretizzato il significato della volontarietà nella struttura del recesso non può dirsi fondata su ipotesi teoriche più o meno precise e scientificamente controllabili: esse si appoggiano invece, nella gran parte dei casi, semplicemente ad *Alltagstheorien* (teorie basate sul senso comune): v. *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt*, cit. 231; v. però anche ROXIN, *Über den Rücktritt*, cit., 251 ss. e BOTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik*, cit., 345 ss.

(8) Sul concetto di « consistenza » della decisione giudiziale e sui relativi criteri di controllo, v. ALEXI, *Theorie*, cit., 323 ss.; LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3 Auflage 1978, 36-7; sull'effetto di « legittimazione » connesso alla consistenza interna della decisione, dello stesso Autore v. anche *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 4 Band, 1973, (131 ss.) 147 ss.

2. - A chiarimento e verifica di questo discorso appare opportuno scegliere quale punto di riferimento una parte della casistica dell'estorsione che, per le sue caratteristiche strutturali, si presta bene allo scopo dell'analisi: in particolare, si tratta delle ipotesi — tutt'altro che infrequenti nella realtà — in cui l'agente non si presenta affatto sul luogo convenuto per riscuotere il danaro, né si fa vivo altrimenti: quando la giurisprudenza "perde" la *chance* di chiudere rapidamente la partita con l'argomentazione fondata sul compimento dell'attività esecutiva, deve discutere della *volontarietà* del recesso, e qui le cose possono diventare più complicate del previsto.

Addentrarsi ora nell'esame di questa tematica non è certo consigliabile: la sua posizione centrale in tutte le vicende del recesso rende infatti necessaria una trattazione specifica ⁽⁹⁾. Un breve indugio sull'interpretazione giurisprudenziale della « volontarietà » è però indispensabile all'economia del discorso che si va sviluppando: ed appunto a questo discorso — è bene avvertirlo — quanto segue è strettamente funzionale.

a) La prassi della volontarietà è abituata a lavorare — e non è certo un caso — con concetti piuttosto ampi, al limite del generico, talvolta del vago: essi marcano un ambito entro cui è perciò facile muoversi, almeno di consueto.

Il concetto di volontarietà di cui si serve la giurisprudenza presenta una struttura estremamente articolata: in ciò risiede la causa delle notevoli difficoltà che si incontrano nel percorrere a ritroso i mille rivoli in cui si disperdono i pochi canali centrali, quei canali cioè in cui scorrono i « principi consolidati » indispensabili alla *legittimazione* ed alla *sopravvivenza* stessa della giurisprudenza del recesso. Ancora di recente il Supremo Collegio ha avuto modo di ribadire una di

⁽⁹⁾ Per una recente ed accurata analisi dei temi intorno a cui dibatte, a questo proposito, la moderna dottrina, v. БОТКЕ, *op. loc. ult. cit.*

tali regole, quella che occuperebbe probabilmente il vertice in una ideale gerarchia di valore: la desistenza è volontaria « quando derivi da un'autonoma decisione dell'agente e non sia condizionata da fattori esterni »⁽¹⁰⁾. Il significato di questa regola viene di consueto reso esplicito e specificato — col beneplacito della dottrina⁽¹¹⁾ — in due sotto-principi. Il primo concerne l'esigenza che il recesso appaia il frutto di una « libera scelta »⁽¹²⁾. In che cosa consista esattamente la *libertà* della scelta, quale rapporto intercorra — o debba intercorrere — tra la stessa e la volontarietà della *condotta*, quale *intensità* possa — o debba — avere il condizionamento dei fattori esterni sulla decisione dell'agente, quali siano questi fattori *esterni*, se ciò che conta è la loro esistenza e dimensione *reale* o anche quella semplicemente *presunta*, queste e molte altre precisazioni indispensabili sotto il profilo della *determinatezza* non sono rinvenibili nel principio stesso: le necessarie informazioni devono essere perciò assunte altrove, il che significa in sede di *applicazione*. Ed è appunto qui che si presenta agli occhi dell'osservatore uno spettacolo “ affascinante ”, in cui — per così dire — la recita è quasi tutta “ a soggetto ”.

Il criterio di valutazione della libertà della decisione è dato dalle circostanze *oggettive* della situazione, affermano gli uni: la libertà è esclusa quando esistano fattori esterni che rendono « irrealizzabile » il prosieguo dell'azione, ovvero siano tali da esercitare sull'agente una « coazione »⁽¹³⁾, cosicché

(10) Cass. 1.2.1977, in *Cass. pen. mass. ann.* 1978, 653, 634; conf.: Cass. 14.11.1975, *ivi* 1977, 308, 376; Cass. 4.4.1975, *ivi* 1976, 356, 327; Cass. 15.12.1975, *ivi* 1977, 308, 375; Cass. 26.1.1973, in *Giust. pen.* 1974, II, 186.

(11) V., per tutti, intorno ai principi della volontarietà di cui si discute qui di seguito nel testo: MANTOVANI, *op. cit.*, 397 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., 504; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 405 ss. Per una diversa impostazione del problema della volontarietà v. invece LATAGLIATA, *op. cit.*, 85 ss.

(12) Cass. 25.3.1970, in *Giust. pen.* 1972, II, 131; Cass. 1.12.1970, *ivi* 1972, II, 228; Cass. 29.3.1971, *ivi* 1972, II, 508; Cass. 6.3.1974, *ivi* 1975, II, 162.

(13) Così Cass. 19.11.1969, in *Giust. pen.* 1971, II, 195; Cass. 25.3.1970, *ivi*,

il recesso, lungi dall'essere voluto, finisca per risultare in realtà « imposto » dalle circostanze stesse ⁽¹⁴⁾. Ad escludere la volontarietà del recesso basta molto meno, ritengono altri, ed il metro di giudizio è da ricercare piuttosto nella percezione *soggettiva* della realtà esterna: già se il colpevole è stato « influenzato » nella sua scelta da fattori esterni ⁽¹⁵⁾, in cui per esempio egli identifichi degli elementi di « rischio » ⁽¹⁶⁾ o di « eccessivo rischio » ⁽¹⁷⁾ per la prosecuzione del suo piano, la libertà della decisione è inquinata. Infine, per chi avesse pensato che in questa disputa non sono presenti voci di « compromesso », ecco l'ultima interpretazione, con cui in fondo si esaurisce, su questo terreno, la gamma del « possibile giuridico »: il recesso è involontario quando si verifica in presenza di rischi o svantaggi tali che « nessuna persona ragionevole » potrebbe in nessun caso assumersi ⁽¹⁸⁾.

Il problema a questo punto consiste — è ovvio — nell'accertare quali siano i criteri che *di fatto* indirizzano la scelta della prassi sull'uno piuttosto che sull'altro dei parametri qui sintetizzati: si tratterebbe cioè di ricostruire, con la mas-

1972, 131; Cass. 1.12.1970, *ivi*, 1972, II, 228; Cass. 30.11.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 1077, 1684; Cass. 15.12.1975, in *Giust. pen.* 1976, II, 713; da ultimo Cass. 22.1.1979, in *Giust. Pen.* 1979, II, 634 e Cass. 1.2.1977, *ivi*, 1977, II, 583.

(14) Cass. 4.4.1975, in *Cass. pen. mass. ann.* 1976, 356, 327; Cass. 13.4.1973, *ivi*, 1974, 763, 1130; Cass. 30.11.1973, *ivi*, 1974, 1077, 1684. PACLARIO, *Principi*, cit., 504, ritiene che ad escludere la volontarietà sia necessaria una « costrizione indotta da cause esterne ». NUVOLONE, *Sistema*, cit., 392, richiede invece « cause impellenti esterne ».

(15) Cass. 30.4.1973, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1974, 762, 1128; Cass. 29.3.71, *ivi*, 1972, 1206, 1655; Cass. 7.2.1966, *ivi*, 1967, 229, 326.

(16) Cass. 30.4.1973 in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 762, 1128 (in modo non meno generico si parla qui altresì di « svantaggi »). V. altresì Cass. 29.3.1971, *ivi*, 1972, 1206, 1655, dove si fa riferimento alla « rappresentazione di difficoltà e pericoli » da parte dell'agente.

(17) Cass. 26.1.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 763, 1129.

(18) Cass. 15.12.1975, in *Cass. pen. mass. ann.* 1977, 308, 375. Allo stesso modo, in dottrina, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 406; MANTOVANI, *op. cit.*, 398, richiede una « possibilità di scelta ragionevole » e BOSCARRELLI, *op. cit.*, 151, l'assenza di un « rischio » cui sarebbe « del tutto irragionevole » esporsi.

sima cautela (¹⁹), i profili di una *meta-teoria* del concetto di volontarietà della prassi: ma ciò non può essere compito — evidentemente — di un breve *excursus* consapevolmente condotto in una prospettiva ben ristretta. Quanto qui premeva era invece “schizzare” lo sfondo su cui agisce il secondo sottoprincipio, che riveste un più immediato interesse in relazione al presente discorso: esso consiste nella *non-necessità* di un pentimento reale, autentico, insomma della *spontaneità* ai fini del recesso (²⁰). E del resto, come potrebbe essere altrimenti se non si voglia sacrificare la logica utilitaristica dell'istituto, cui la stessa giurisprudenza non manca — di tanto in tanto — di tributare esplicite professioni di fede? (²¹)

b) L'importanza di questo principio per la *routine* del recesso è di gran lunga superiore a quel che si potrebbe pensare considerandone il significato letterale: i tempi in cui al fondo di non poche interpretazioni si ritrovava l'identificazione tra *volontarietà* della condotta e *spontaneità* della stes-

(¹⁹) Si tratterebbe infatti di accertare, per prima cosa, fino a che punto la prassi è consapevole della *diversità* dei parametri di cui si serve per determinare la volontarietà: soprattutto bisognerebbe accertare fino a che punto è consapevole della *diversità* dei parametri di cui si serve *nell'ambito di una medesima decisione*. Due esempi a chiarimento di questa affermazione: 1) non c'è volontarietà quando il reo desiste per il « sopraggiungere di nuove cause esterne che lo inducano a rappresentarsi la *impossibilità, le difficoltà, e i pericoli* » di condurre a termine il reato (Cass. 26.1.1954 in *Arch. pen.* 1954, 423; corsivo nostro); 2) la desistenza non è volontaria quando è conseguenza « non già di una *scelta liberamente compiuta*, ma di una *deliberazione formatasi esclusivamente sotto la spinta di cause esterne che influenzano il processo volitivo* » (Cass. 15.3.1966, con motivazione, in *Cass. pen. mass. ann.* 1967, 229, 325; corsivo nostro).

(²⁰) Cass. 26.1.1973, in *Giur. it.*, 1974, II, 186; Cass. 4.4.1975, *Mass. dec. pen.* 1975, 765; Cass. 9.4.1975, *ivi*, 131; Cass. 13.4.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 763, 1130; Cass. 18.4.1967, *ivi*, 1968, 700, 1036; Cass. 7.2.1966, *ivi*, 1967, 229, 326.

(²¹) Cass. 3.12.1941, in *Giur. it.* 1942, II, 113; Cass. 30.1.1953, in *Giust. pen.* 1954, II, 418; Cass. 26.1.1954, in *Arch. pen.* 1954, 423 (dove si opera una sintesi veramente originale, interpretando la volontarietà come « ravvedimento » nel contesto della teoria del « ponte d'oro », cui si aderisce senza riserve); di recente, Cass. 2.2.1968, in *Arch. giur. circ. sinistri*, 1969, 1029.

sa sono infatti piuttosto lontani, né talune moderne, autorevoli voci orientate proprio in tal senso sembrano in grado di avviare un'improbabile inversione di tendenza⁽²²⁾. La vera portata della nuova regola si rivela piuttosto all'esame delle *specificazioni* operative in cui essa realmente "vive", specificazioni tra cui spicca soprattutto la seguente: i « motivi interiori » del recesso sono « irrilevanti » ai fini della volontarietà, *a meno che* — ed in ciò risiede il limite *esplicito* di questa regola — tali motivi non siano « indotti » da circostanze esterne che turbino la libertà di determinazione dell'agente⁽²³⁾.

Sè il metro per giudicare l'indice — per così dire — di gradimento del principio in questione è la frequenza con cui ad esso fa appello la prassi, la conclusione è che quest'indice è certamente elevato⁽²⁴⁾. Va subito aggiunto però che nelle applicazioni della giurisprudenza ciò che di consueto segue all'enunciazione del principio è l'indicazione di fattori esterni che nella gran parte dei casi hanno *viziato* la libertà della decisione, inducendo perciò motivi « rilevanti » per *l'esclusione* della volontarietà del recesso. Questo rilievo non ha davvero bisogno di molte spiegazioni: negli imprevisti che normalmente spingono il ladro, il rapinatore, il violentatore, l'omicida ad abbandonare l'impresa sono di solito identificabili senza sforzo elementi « induttivi » di segno negativo.

(22) BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 542; cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht*, cit., 201, che richiede un motivo eticamente apprezzabile per la volontarietà del recesso. A quest'ultimo riguardo v. la puntuale analisi critica di ROXIN, *Über den Rücktritt*, cit., 257 ss.

(23) Cass. 22.1.1969, in *Giust. pen.* 1970, 361; Cass. 17.4.1970, in *Cass. pen. mass. ann.* 1972, 123, 47.

(24) È del resto facile intuire le ragioni: se la prassi della volontarietà discriminasse *expressis verbis* in base alla *qualità* dei motivi « non-indotti », dovrebbe assumersi i relativi oneri di accertamento, con tutte le difficoltà ed i problemi — come essa ben sa — che ciò comporta: v. su questi temi, da un punto di vista generale. OEHLER, *Das objective Zweckmoment im Strafrecht*, 1959, 117 ss.

L'oggetto caduto da una finestra nei pressi del topo d'auto in azione ⁽²⁵⁾, qualsiasi resistenza opposta dall'agredito ⁽²⁶⁾, la fuga di uno dei presenti ad una rapina ⁽²⁷⁾, la stessa reazione verbale di sorpresa da parte del derubato ⁽²⁸⁾ sono fattori più che sufficienti — nella visione della prassi — ad « indurre » nel reo motivi quali « timore » ⁽²⁹⁾, « preoccupazione » ⁽³⁰⁾, anche « sentore » ⁽³¹⁾ dell'intervento di terzi: motivi la cui incompatibilità con la concessione del beneficio viene ribadita pressoché senza eccezioni.

Ai fini del discorso che qui si va sviluppando è certamente irrilevante il primo dei problemi che a questo punto si pongono: e cioè se l'estrema genericità dei « termini » con cui lavora la prassi non si traduca in una gestione sostanzialmente *arbitraria* del principio in questione — il che significherebbe poi, se così fosse, una *disponibilità* piuttosto incontrollata dell'art. 56 III e IV c. Il secondo è invece di grande rilievo e riguarda da vicino il *modo* in cui viene applicata la regola della « irrilevanza dei motivi »: in effetti, la *consistenza logica* di questo principio sembrerebbe *di fatto* messa in discussione proprio dall'uso « a senso unico » che di esso fa la prassi, un uso in cui, per un curioso gioco delle parti, le situazioni-limite costituiscono la regola e viceversa. In altre parole, ciò che suscita perplessità non è tanto il funzionamento concreto del principio, bensì la sua stessa sopravvivenza in quanto tale.

(25) Cass. 25.3.1970, in *Cass. pen. mass. ann.* 1972, 122, 46.

(26) Cass. 29.3.1971, in *Cass. pen. mass. ann.* 1972, 1206, 1655.

(27) Cass. 16.5.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 762, 1127.

(28) Cass. 23.2.1950, in *Cass. pen. mass. ann.* 1950, 268, 297.

(29) Cass. 25.3.1970, cit. n. (25); Cass. 7.10.1963, in *Cass. pen. mass. ann.* 1964, 214, 320; Cass. 12.6.1963, *ivi*, 1964, 215, 322; Cass. 6.3.1974, in *Giust. pen.* 1975, II, 162.

(30) Cass. 29.5.1950, in *Cass. pen. mass. ann.* 1950, II, 395, 4057; Cass. 30.1.1953, in *Giust. pen.* 1953, II, 418.

(31) Cass. 7.9.1948, in *Giust. pen.* 1949, II, 31.

Ad un più attento esame non può sfuggire la spiegazione del fenomeno, che va ricercata nella struttura logica del principio, chiaramente impostata sullo schema *regola-eccezione*: uno schema che si caratterizza, cioè, proprio per la sua elevata capacità di assorbire anche un alto numero di "eccezioni" senza che la validità della regola necessariamente decresca in misura proporzionale all'incremento di queste ultime (32). La ragione di ciò risiede soprattutto nel tipo di funzione che le eccezioni svolgono all'interno dello schema, funzione che può essere perfettamente colta richiamando alla memoria quanto poco fa esposto in relazione alle applicazioni del principio di cui si discute: se è vero che quando i motivi « interiori » del recesso acquistano costantemente rilevanza nel giudizio di volontarietà — e quindi nella delimitazione — alla lunga ne risulta erosa la base su cui poggia la consistenza della regola, è altresì vero che quest'ultima proprio attraverso le frequenti eccezioni viene continuamente *specificata* e per ciò stesso ribadita, *stabilizzata* (33).

Questo meccanismo — così sommariamente descritto — può funzionare solo in presenza di una condizione essenziale: la regola non può possedere un grado elevato di determinatezza, essa deve presentarsi invece con una formulazione preferibilmente « ipergeneralizzata » (34). In questo modo è possibile spiegare due fenomeni, tra loro connessi: il primo riguarda, ovviamente, la definizione costantemente *ampia* della regola in questione, pur dopo molti decenni di prassi applicativa; il secondo — ed è questo che qui ci interessa — concerne invece il metodo chiaramente casistico con cui tut-

(32) Così LUHMANN, *Gerechtigkeit*, cit., 152; sui problemi logici posti da questo schema, v. PHILIPPS, *Rechtliche Regelung und formale Logik*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1964, 317 ss.

(33) V. ancora LUHMANN, *op. loc. ult. cit.*

(34) Questa terminologia è di LUHMANN, *op. loc. ult. cit.*

tora lavora la giurisprudenza della delimitazione sul terreno delle " eccezioni " (35).

Con lo strumento fin qui esaminato — il principio dell'irrelevanza dei motivi — e la metodologia con cui viene normalmente applicato — la ricerca " sul campo " del fattore « induttivo » che fa scattare l'eccezione — la prassi si trova davanti a difficoltà molto serie nel delimitare ipotesi come quelle poco fa segnalate, tratte dalla casistica dell'estorsione: ciò che qui manca è infatti il termine medio indispensabile a trasferire la delimitazione dal piano della *regola* a quello dell'*eccezione*. In concreto: *dove* ricercare la circostanza *esterna* induttiva del motivo non-volontario nelle ipotesi in cui la genesi del motivo — che rimane con tutta probabilità il timore, la preoccupazione, il sentore dell'intervento di terzi — è palesemente *interna* al recedente?

Forzando un po' l'elasticità della sua — già flessibile — prassi delimitativa in tema di " eccezioni ", la Cassazione riesce ancora a tirarsi fuori dalla strettoia quando può affermare che il sedicente pentito non si era presentato all'appuntamento perché aveva appreso del « fermo proposito » della vittima di denunciare il fatto alla polizia (36): ed in realtà qualche interferenza esterna sulla psiche del reo con un po' di buona volontà qui si può in fondo anche intravedere. Ma quando nemmeno questo c'è, cade anche l'ultimo riparo: il motivo del recesso diventa « rilevante » non perché « indotto » dai ben noti fattori esterni, bensì solo per la sua *qualità*: la preoccupazione " autogena " di essere arrestato, il timore di essere sorpreso sono *di per sé* sufficienti ad escludere la configurabilità del recesso efficace (37).

(35) Se esse venissero infatti concettualizzate, diventerebbero col passar del tempo la « regola », introducendo così un notevole fattore di disturbo nell'equilibrio interno del sistema giurisprudenziale del recesso.

(36) Cass. 22.1.1969, in *Foro it.* 1970, II, 38; così pure Cass. 17.4.1970, in *Giust. pen.*, 1972, II, 131.

(37) V. ad esempio Cass. 29.5.1950, in *Giur. cass. pen.* 1950, 395, 4057 e Cass. 17.

c) Le necessità del caso concreto impongono così la rottura anche di quei tenui argini rappresentati dai non molti « principi consolidati » che costituiscono la sola istanza di controllo riconosciuta dalla prassi del recesso: *di consueto* riconosciuta, per meglio dire, se neanch'essa riesce a trattenerne la giurisprudenza su un terreno argomentativo più rispettoso delle esigenze minime della logica e perciò anche più controllabile negli svolgimenti che su di esso si producono ⁽³⁸⁾.

La prassi è però tutt'altro che cieca dinanzi alle evidenti insufficienze della sua attività nel delicato settore dei rapporti tra *motivi* e *volontarietà* del recesso: di qui il tentativo di dare altro indirizzo ai suoi sforzi, pur continuando ad operare nell'ambito della volontarietà, con l'obbiettivo di migliorare la correttezza *logico-formale* dei suoi ragionamenti. Quest'ultima è, tuttavia, « condizione necessaria ma non sufficiente » a garantire la *sostanziale* esattezza del ragionamento giuridico ⁽³⁹⁾, e la giurisprudenza del recesso ne fornisce una prova ulteriore: anche quando raggiunge una migliore « tenuta » sul piano logico-formale, non per questo essa ottiene un più elevato grado di *consistenza*.

La dimostrazione di questo assunto risulta più agevole se preceduta da un primo tentativo di concettualizzazione del

2.1947, *ivi*, 1947, 1, 226. È lecito pensare che in tali casi esistesse il sospetto — ma quando non esiste? — che l'estortore fosse realmente a conoscenza dell'appostamento della polizia sul luogo convenuto, come è anche possibile pensare che semplicemente si sospettasse che il reo a sua volta avesse intuito la trappola: sia nella prima ipotesi che nella seconda sarebbe evidentemente di estremo interesse un'analisi approfondita degli strumenti di cui si serve la prassi per risolvere i conflitti interni alla « sua » teoria della delimitazione esterna del recesso.

⁽³⁸⁾ Cfr. ALEXY, *Die logische Analyse*, cit., 184.

⁽³⁹⁾ ENCISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im Juristischen Denken*, 1963, 12, così come, all'inverso, errori nel processo argomentativo non costituiscono alcuna presunzione assoluta circa l'inesattezza del risultato conclusivo: HASSEMER, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, in *Jahrbuch für Rechtssolziologie und Rechtstheorie*, Bd. 2, 1972, (467 ss.) 470.

fenomeno di cui vanno via via emergendo le connotazioni di maggiore rilievo.

Dinanzi alle evidenti incertezze denunciate dalla teoria nei suoi ripetuti sforzi di *differenziare* dall'interno la nozione di « azione esecutiva », per fare di essa il perno attorno a cui possa ruotare il meccanismo di *autodelimitazione* del recesso, la prassi reagisce con un atteggiamento, certo non nuovo, di « fuga » dal problema: « fuga » che essa realizza nel limitare l'uso linguistico del termine « azione esecutiva » alla sua accezione meramente letterale. Questa scelta non può restare ovviamente priva di conseguenze: la più immediata consiste senza dubbio nel fatto che la giurisprudenza è costretta a spostare più innanzi il « baricentro » della norma (art. 56 III e IV c.), cercando soluzione ai suoi problemi nella dommatizzazione di *altri* elementi di fattispecie. In concreto: laddove l'interpretazione del termine « azione esecutiva » nel significato *minimo* di « attività svolta personalmente dall'agente » non è ritenuta sufficiente a garantire risultati soddisfacenti, la prassi è costretta — o preferisce — trasferire il suo sforzo argomentativo nella problematizzazione di requisiti ulteriori, piuttosto che impegnarsi attivamente nell'elaborazione dell'elemento in questione.

Il terreno della *volontarietà* è appunto quello su cui la giurisprudenza del recesso più intensamente concentra il proprio onere decisionale: una scelta su cui influisce una pluralità di fattori, di eterogenea natura, che sarebbe qui inopportuno analizzare partitamente. È invece necessario evidenziare quelli che appaiono i più rilevanti nel determinare il progressivo consolidarsi di questa tendenza: tali fattori sono la *flessibilità* della nozione di volontarietà, flessibilità connessa alla struttura stessa dei concetti indicativi di una disposizione psichica (*Dispositionsbegriffe*)⁽⁴⁰⁾, e l'ampio *margin*e di *manovra* che

(40) V. su questo punto v. KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie*, 1972, Bd. I, 264 ss.

l'assunzione di questo tipo di concetti in un sistema di diritto penale codificato inevitabilmente attribuisce all'operatore chiamato a farne concretamente uso ⁽⁴¹⁾.

Proprio per la sua ampiezza questo " spazio " viene ormai inteso dalla prassi del recesso come una sorta di " porto franco ", dove sono consentite — come si è visto — operazioni concettuali anche delle più spregiudicate. Ciò non significa affatto — beninteso — che determinati obbiettivi non possano essere raggiunti se non da una giurisprudenza per così dire audace: è vero invece il contrario, come dimostra ancora quella casistica dell'estorsione che si va prendendo in esame. Operando sul concetto di " volontarietà " risulta qui difficile alla prassi del recesso mettere d'accordo logica e coerenza: per attenersi al suo orientamento tradizionale (esclusione del beneficio) essa non riesce infatti ad evitare il ricorso ad argomentazioni sostanzialmente in conflitto sia con talune regole della " volontarietà " — quanto al risultato — che con talune della logica — quanto alle cadenze del ragionamento. Di qui la spinta ad operare *innovazioni*.

3. - Lo sforzo innovativo ha un limite: il merito della decisione non entra comunque in discussione; si tenta piuttosto, percorrendo altre vie, di pervenire alla stessa meta. Non può meravigliare, a questo punto, che una di tali vie — tutt'altro che secondaria — venga ancora ricercata sul terreno della " volontarietà ": invece che *limitarne* l'una o l'altra regola — correndo anche il rischio di *annullarla* — si preferisce piuttosto introdurne una *nuova*, ed in ciò consiste appunto l'*innovazione*. Questo procedimento presenta almeno due evidenti vantaggi: il primo è che operando in tal modo risulta sicuramente più agevole evitare di interferire nel delicato e complesso equilibrio di « regole consolidate » che rappresen-

(41) Su questo problema HASSEMER, *Die Freiwilligkeit*, cit., 243 ss.

ta il frutto di un processo di dommatizzazione pazientemente sviluppato dalla prassi della volontarietà nel corso di diversi decenni. In secondo luogo, arricchendo il mosaico della volontarietà di un ulteriore tassello viene sfruttato nel modo certo più intelligente uno "spazio di manovra" che sembrerebbe costruito proprio per potervi trasferire e risolvere con relativa facilità una gran parte dei problemi della giurisprudenza del recesso.

a) In concreto, la nuova regola è: « la desistenza volontaria, quando non risulti già chiaramente provata dalle risultanze istruttorie, deve essere dimostrata da chi la invochi »⁽⁴²⁾: pertanto, l'estortore che non si è recato a ritirare il denaro sul luogo convenuto deve dar prova « con elementi oggettivi »⁽⁴³⁾ di non esserne stato distolto dall'essere « eventualmente »⁽⁴⁴⁾ venuto a conoscenza dell'appostamento ivi organizzato dalla forza pubblica.

L'innovazione apportata può segnare più di un punto a suo favore: innanzitutto, essa costituisce la vera "valvola di sicurezza" del sistema giurisprudenziale del recesso, e per di più una "valvola" a doppio circuito. La possibilità di scaricare l'onere probatorio sull'"aspirante" alla desistenza consente infatti alla prassi di liberarsi con un colpo solo della parte più ingrata del suo lavoro: le acrobazie logiche — ivi comprese le cadute — inevitabili quando non si riesca a fare a meno di argomentare a cavallo tra il piano del fatto e quello emotivo-psicologico della persona divengono ora "croce e delizia" della difesa, quando sia appunto obbligata a rischiare su questo difficile campo della volontarietà le sue scarse chances di successo. Nel *trasferimento dell'onere della prova*

(42) Così da ultimo Cass. 24.6.1977, in *Cass. pen. mass. ann.* 1978, 983, 940; conf.: Cass. 7.2.1966, *ivi*, 1967, 229, 326; Cass. 16.10.1964, *ivi*, 1965, 245, 411; Cass. 6.11.1963, *ivi*, 1964, 622, 1055.

(43) Tribunale Bologna, 16.3.1956, *cit.*, 447.

(44) Così Cass. 13.1.1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, 554.

risiede dunque il " primo circuito " del meccanismo di sicurezza. Il secondo — forse ancor più efficace — è rappresentato dalla *titolarità* del potere di disposizione dell'*intensità* di tale onere: manovrando opportunamente questa leva è infatti possibile alla prassi — che è ovviamente titolare di questo potere — cogliere un importante obbiettivo: complicate situazioni di conflitto circa l'applicabilità della normativa sul recesso possono essere ora risolte senza incorrere nei pericolosi salti logico-argomentativi di cui si è fatto prima cenno ⁽⁴⁵⁾.

Il funzionamento di questo meccanismo è di estrema semplicità: l'incremento dell'onere probatorio si esprime per esempio nella ritenuta esigenza che la volontarietà della desistenza risulti « chiaramente » ⁽⁴⁶⁾ dal materiale istruttorio; o quando si chiede la prova che il desistente non sia « eventualmente » ⁽⁴⁷⁾ venuto a conoscenza dell'appostamento della forza pubblica sul luogo convenuto; o, ancora, quando si statuisce categoricamente che la desistenza, ove non sia « compiutamente » ⁽⁴⁸⁾ provata, « nel dubbio » ⁽⁴⁹⁾ va esclusa. Nella *genericità* dei parametri di cui si serve la prassi per *valutare* la prova della volontarietà (come si fa a *riconoscere* la « chiarezza » della prova, *chi* ne stabilisce il metro e in base a *quali* elementi, qual è il livello minimo di *sufficienza* etc.) o, peggio ancora, nella *vaghezza* dei criteri con cui essa intende *graduare* l'intensità dell'onere probatorio (in che consiste

(45) V. *supra*, par. 2. Talvolta il ricorso al principio dell'onere della prova si verifica in circostanze del tutto diverse, come per esempio quando si accompagna, in funzione rafforzativa, all'argomentazione fondata sull'esaurimento dell'attività esecutiva: v. Tribunale Bologna 16.3.1956, cit.

(46) Cass. 24.6.1977, cit.

(47) Cass. 13.1.1950, cit.

(48) Cass. 22.4.1953, in *Arch. pen.*, 1954, 423.

(49) V. ancora Cass. 22.4.1953, cit., ed inoltre Cass. 2.7.1963, in *Cass. pen. mass. ann.* 1964, 31, 26 e Cass. 25.11.1958, in *Giust. pen.* 1959, II, 726, sul problema della prova delle esimenti.

l'“ eventualità ” della *conoscenza* di un fatto, qual è il *margin*e di dubbio sufficiente ad escluderla, *come* si svolge l'accertamento e *chi* ne fissa le regole, etc.), in tutto ciò risiede, sotto il profilo metodologico, una radice non secondaria della perdurante *inconsistenza* della giurisprudenza sulla volontarietà del recesso. La migliore “ tenuta ” complessiva, dovuta all'apporto di una correzione certamente idonea a sanarne taluni vizi logici, non deve perciò trarre in inganno su una realtà che è e rimane estremamente precaria: non solo per l'evidente incapacità della prassi a gestire correttamente la concretizzazione della “ nuova ” regola, bensì già per la carente *legittimazione* della regola stessa ⁽⁵⁰⁾.

b) Di questa realtà la giurisprudenza del recesso è in fondo consapevole: non appena possibile, infatti, fa uso del principio dell'onere della prova in funzione solo *rafforzativa*, a sostegno cioè di un'ulteriore argomentazione che nella struttura della motivazione svolge un ruolo solamente in apparenza paritetico, mentre è in realtà di gran lunga preminente. Il problema è che *questa* modalità d'impiego del principio probatorio è attuabile in un numero sicuramente non elevato di casi, che costituiscono ovviamente la “ situazione ideale ” dal punto di vista della prassi. Ma che accade allora in tutti gli altri, dove l'onere della prova sembra essere l'unico strumento *hic et nunc* concretamente disponibile?

Una soluzione tra le più efficaci viene trovata nel conferire a questa regola, per così dire, una “ doppia vita ”: quella “ ufficiale ”, in cui comparte apertamente la (cor)responsabilità della decisione, e quella “ segreta ”, in cui cioè, senza abdicare alla sua funzione reale di *giustificazione* della decisione, resta però mimetizzata tra le pieghe di argomentazioni

(50) V. al proposito MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it.* 1959, I ss. estr. Sul principio dell'onere della prova la giurisprudenza non è del tutto pacifica: v. Cass. 3.6.1965, in *Cass. pen. mass. ann.* 1967, 372, 454, con nota.

ritenute evidentemente più affidabili dal punto di vista della *motivazione* della decisione stessa ⁽⁵¹⁾. In una sentenza emessa dal Tribunale di Bologna anni addietro è possibile verificare con sufficiente chiarezza la dimensione concreta di questo fenomeno: il caso di specie è costituito ancora da un tentativo di recesso dal delitto di estorsione ⁽⁵²⁾.

La sentenza è strutturalmente divisa in due parti, in cui è evidente uno sforzo argomentativo profondamente diseguale. Nella prima, in cui si discute e si esclude l'applicabilità dell'art. 56 III c., si ritrova appunto l'uso cumulativo di entrambi i criteri di delimitazione precedentemente analizzati: l'estortore che si è limitato a non riscuotere presso l'ufficio postale il danaro ivi giacente fermo-posta non può beneficiare dell'impunità perché a) non ha fornito la « piena » prova della sua desistenza, b) l'azione esecutiva era ormai esaurita e perciò non poteva comunque essere interrotta. Fin qui tutto facile, almeno in apparenza. Nella seconda parte della decisione il discorso si presenta invece immediatamente più complesso: si tratta infatti di *delimitare* la fattispecie concreta in relazione al pentimento operoso.

Costretto a muoversi su un terreno certamente meno usuale, il Tribunale non « osa » escludere l'applicazione dell'art. 56 IV c. col ricorso puro e semplice al principio dell'onere

(51) La sociologia e la scienza del diritto si sono familiarizzate ormai da tempo con un fenomeno di grandissimo rilievo, che concerne la divergenza — assai più frequente di quanto normalmente si pensi — tra *motivazione* (*Begründung*, *Rechtfertigung*, *Darstellung*) e *giustificazione* (*Herstellung*, *Rechtsfindung*) della decisione giudiziale: in altri termini, il fenomeno per cui i motivi « ufficiali » della decisione hanno di frequente poco in comune — o forse niente — con quelli « reali », con quelli cioè che hanno determinato il risultato conclusivo. V. su questo dibattutissimo tema LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentliche Verwaltung*, 1966, 51; ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, 1973, 61 ss.; ALEXY, *Theorie*, cit., 273 mo tema LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, ss.; SCHNEIDER-SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Argumentation*, cit., 262 ss.; HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in *ZStW* 90 (1978), (65 ss.) 77.

(52) Tribunale Bologna 16.3.1956, cit.

della prova: ciò è precluso — per così dire — dalla natura stessa del principio, che dal suo onesto ruolo di “ comprimario ” difficilmente potrebbe assurgere a quello — ben più impegnativo — di argomentazione portante della decisione, o meglio, non vi potrebbe assurgere senza grave pregiudizio dell'equilibrio interno di quest'ultima. La via più agevole per uscire dall'*impasse* è senza dubbio quella prescelta dal Collegio bolognese: è di comune nozione — su cui coincidono teoria e prassi — che alla configurabilità del recesso previsto dall'art. 56 IV c. è indispensabile un *attivo* ravvedimento del colpevole, una condotta meramente *passiva* è sufficiente a desistere ma non a “ pentirsi ” (53). Il tenore della motivazione è perciò più o meno il seguente: perché possa trovare applicazione l'art. 56 IV c. è indispensabile che il soggetto abbia svolto un'*attività* impeditiva dell'evento, mentre invece nella specie l'agente era semplicemente rimasto *inerte*: il ravvedimento “ non operoso ” non basta alla concessione dell'attenuante.

La concettualizzazione del procedimento interpretativo sotteso da questo tipo di argomentazione non presenta ormai alcuna difficoltà: si tratta qui infatti del lineare impiego del criterio di delimitazione *ex post*, criterio che, pur con tutte le sue manchevolezze, consente qui, evidentemente, il risultato voluto. Ovviamente ciò che il Tribunale guadagna sotto il profilo del *merito* della decisione deve poi pagarlo da un diverso punto di vista, che non può non essere — come ognuno avrà inteso — la *consistenza* dell'argomentazione. La ragione è del resto evidente: il criterio in questione lavora qui in situazione “ atipica ” (54).

(53) *Arch. pen.*, cit., 448. Per la giurisprudenza v. da ultimo Cass. 14.6.1977, in *Cass. pen. mass. ann.* 1978, 984, 942: l'agente deve impedire l'evento con una « condotta positiva »; Cass. 23.9.1977, in *Riv. pen.* 1977, 964. In dottrina v., per tutti, PAGLIARO, *Principi*, cit., 502-3.

(54) V. *supra*: Parte I, par. 4-5; una conferma dell'esattezza di que-

Accade però che l'uso di tale criterio produce in casi di questo tipo frutti ancor più amari di quelli osservati nelle pagine addietro. Degno di nota, innanzitutto, il repentino abbandono del metodo interpretativo letterale, strettamente adottato invece nella delimitazione dell'art. 56 III c.: non viene discusso affatto se l'evento sia stato impedito dal colpevole e se l'impedimento sia stato *volontario*: sugli unici requisiti "testuali" del pentimento operoso semplicemente si tace. Alla base della delimitazione dell'art. 56 IV c. viene posto invece un giudizio valutativo sulla *natura* della condotta impeditiva: tale condotta deve essere necessariamente *attiva*. Dalla generalizzazione della massima discende perciò il seguente principio: il ravvedimento *non-operoso* successivo al compimento dell'azione esecutiva pur se idoneo ad impedire l'evento non presenta alcuna rilevanza ai fini del recesso dal delitto tentato. Ne consegue dunque che l'estortore del caso in questione — come qualunque altro deciso a rinunciare all'impresa — deve in qualche modo attivarsi, deve insomma "fare" alcunché per uscire dallo stato di "ravvedimento inerte", un ravvedimento che davvero "non paga" sotto nessun punto di vista.

Non bisogna credere, d'altra parte, che al mancato estortore si chiedi gran che: la prassi si accontenta in fondo di una telefonata, una lettera rassicurante, forse anche — perché no — di una semplice richiesta di perdono alla vittima.

sto rilievo è data proprio dall'esame dei risultati cui perviene la giurisprudenza quando applica il criterio *ex post* ad ipotesi in cui la condotta di tutela sicuramente è stata attiva, ma ciò non ostante la situazione complessiva rimane "atipica": « nel fatto di chi dopo aver ferito una persona si limiti ad invocare aiuto, ma poi si tenga in disparte senza neanche cooperare alle operazioni di soccorso » non può identificarsi un pentimento operoso — afferma la Cassazione — perché mancherebbe un'attività « che abbia in sé stessa un'efficienza causale idonea ad impedire il verificarsi dell'evento ». Qui il risultato interpretativo "sgradito", viene evitato, come si vede, attraverso l'uso di una differente argomentazione: ma, anche qui, il carattere chiaramente strumentale di questo criterio non può certo sfuggire (v. Cass. 28.4.1961, in *Cass. pen. mass. ann.* 1961, 901, 1863).

ma ⁽⁵⁵⁾. Considerazioni del tipo *pro et contra* la variante “ attiva ” del pentimento, considerazioni per esempio inerenti al non trascurabile rischio di “ intercettazione ” e quindi all’eventualità — ancor più terrificante per l’interessato — di doversi sobbarcare la *probatio diabolica* della volontarietà del recesso, non sembrano avere invece alcun peso nell’interpretazione del ravvedimento efficace su cui appare attestata la prassi.

Viene così allo scoperto una prima realtà: il *topos* dell’impedimento *attivo* dell’evento si riduce né più né meno che ad un *escamotage*, come è del resto inevitabile in situazioni che ben poco hanno in comune con quelle dove invece a ragione trova origine e consolidamento la dommatizzazione di questo postulato quale elemento implicito di fattispecie ⁽⁵⁶⁾. Ma con ciò il discorso non è ancora chiuso, c’è dell’altro “ dietro la facciata ”: *fondamento oggettivo e funzione contingente* del postulato non necessariamente coincidono se si guarda al di là dell’obbiettivo immediato — esclusione dell’attenuante — che la prassi si propone nel tipo di casistica in esame. È ben vero infatti che l’argomentazione fondata sulla *natura* della condotta impeditiva dipende per la sua validità dalla struttura del criterio di delimitazione *ex post*: ma in realtà essa è qui funzionale ad un *altro* principio; e ciò spiega perché, valutata in una prospettiva che è soltanto apparente, non può non risultare sostanzialmente inconsistente.

Il principio “ occulto ” cui si riporta la ritenuta esigenza dell’*attivo* impedimento dell’evento è appunto quello dell’onere della prova: la lettera, la telefonata, qualsiasi “ contatto ” con la vittima sono infatti tutt’altro che indispensabili al recesso dall’estorsione, costituiscono però il mezzo attra-

(55) V. per esempio Trib. Bologna, cit., 448.

(56) Basti pensare alla casistica che abbiamo definito “ di riferimento ”: qui una condotta *attiva* di tutela — più o meno semplice, sicura, o complessa — deve essere *sempre* svolta, dal reo o da qualcun’altro.

verso cui si trasferisce ancora una volta l'onere della prova nelle mani del recedente. La differenza è che si attua così un trasferimento non "ufficiale", un trasferimento meramente *di fatto*. L'importanza di questo rilievo non deve essere trascurata: in esso risiede infatti un'ulteriore dimostrazione della problematicità del rapporto intrattenuto dalla prassi con la tematica della delimitazione. La funzionalizzazione di un postulato del criterio *ex post* ad un principio del tutto diverso costituisce un tentativo forse non tra i più infelici di aumentare il grado della *razionalità interna* della decisione, anche a costo della *razionalità apparente* ⁽⁵⁷⁾.

4. - La prassi della delimitazione si muove con speditezza solo in un settore della sua *routine*: quello cioè in cui con i rudimentali strumenti interpretativi di cui si serve (esempio: parafrasi dell'art. 56 III e IV c.) e soprattutto facendo uso del buon senso comune (esempio: l'estortore inseguito ed acciuffato difficilmente è un "pentito" ⁽⁵⁸⁾) riesce ad ottenere risultati almeno plausibili nel merito, se non ineccepibili nel metodo. Al di là di questo, procede chiaramente a tentoni, districandosi come può tra le insidie e le incognite della problematica della delimitazione. Nelle pagine precedenti si è cercato di ricostruire — almeno nei tratti salienti — la logica sottesa a taluni sviluppi, evidenziando i nessi ed i condizionamenti di maggior rilievo. Un primo bilancio può essere grosso modo il seguente: l'approccio della prassi con i problemi della delimitazione si caratterizza nella gran parte dei casi per la sua impronta nettamente *riduttiva*, che si

(57) Su questa distinzione v. soprattutto ALEXY, *Theorie*, cit., 273 ss.

(58) V. ad esempio Cass. 30.1.1950, in *Giur. Cass. pen.* 1950, I, 241, 210. Sui problemi connessi all'uso di « massime d'esperienza » nella decisione giudiziale, BOBBIO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, 2 Edizione, 1964, 100 ss. Sulla massima d'esperienza come « regola probabilistica », LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 292.

esprime nella tendenza a comprimere pesantemente l'area della delimitazione *interna* del recesso a vantaggio di un settore di quella *esterna*. In concreto: la prassi concentra i suoi sforzi pressoché esclusivi sulla delimitazione della sfera della desistenza da quella del tentativo punibile, e si preoccupa invece ben poco (e male) di delimitare la desistenza dal pentimento operoso e quest'ultimo dal tentativo semplice.

Se l'indagine ha forse contribuito ad aprire qualche spiraglio di luce sulle *cause* che hanno condizionato, agevolato o sollecitato l'atteggiamento *restrittivo* con cui lavora la giurisprudenza sul terreno della delimitazione e sulle conseguenze *immediate* che da esso discendono, rimangono ancora avvolti nell'ombra almeno due aspetti imprescindibili ad una visione un po' meno frammentaria del fenomeno. Essi riguardano rispettivamente: lo strumentario operativo, le *tecniche di semplificazione* — come sarebbe forse corretto definirle — di cui si serve a questo riguardo la prassi del recesso e i costi *mediati* che questo stato di cose in prospettiva comporta.

La casistica dell'estorsione ha fornito le indicazioni forse più chiare intorno al primo quesito, ponendo in risalto come l'atteggiamento "a senso unico" della giurisprudenza si realizza essenzialmente nella fase dell'attività "preparatoria" delle decisioni: dall'accadimento *materiale* vengono infatti filtrati nella costruzione *giuridica* del fatto⁽⁵⁹⁾ elementi che già *ictu oculi* appaiono ricchi di significato non in relazione ad una *gamma* più o meno estesa di alternative "possibili" (art. 629 c.p. in relazione all'art. 56 I, III o IV c.), bensì ad una *unica*, precisa alternativa (art. 56 I o III c.), per la cui soluzione appare immediatamente evidente su quale estremo va a impiantarsi l'aspetto *problematico* della decisio-

(59) Su questo processo v. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 262 ss.; ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3 Auflage, 1963, 20 ss.; KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, ora in *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, (272 ss.) 302 ss.

ne (art. 56 III c.) e su quale invece si concentrano le migliori *chances* di successo (art. 56 I c.).

Ciò non può certo meravigliare chi tenga a mente le parole di Karl Larenz: « il fatto (nella sua fisionomia definitiva) costituisce il risultato di un'elaborazione concettuale in cui la valutazione giuridica è già *anticipata* » ⁽⁶⁰⁾; questo contribuisce però a spiegare come mai nelle ricostruzioni della giurisprudenza i « fatti » siano sempre tanto avari sia sotto il profilo *terminologico* (ad esempio, non contengono espressioni come: verificarsi dell'evento, contro-azione di tutela, etc.) sia sotto il profilo *strutturale* (la condotta impeditiva, ad esempio, non risulta mai ben « visibile » nel contesto generale) di elementi indizianti l'eventualità di un pentimento operoso ⁽⁶¹⁾.

L'unilateralità della prassi nel suo approccio ai problemi delimitativi non si ferma ovviamente al « fatto »: in sede di *valutazione* del fatto ⁽⁶²⁾ non può che proseguire il lavoro dei meccanismi di riduzione della complessità della delimitazione. Una verifica approfondita circa la *natura* ed il *funzionamento* di tali meccanismi sarebbe certo di estremo interesse, potrebbe però essere proficuamente svolta solo nel quadro di un'indagine specificamente dedicata a questo fenomeno: si tratterebbe infatti — tra l'altro — di farsi carico di uno studio *analitico* sulla *struttura* e le *tecniche* di motivazione di un consistente numero di decisioni opportunamente selezionate ⁽⁶³⁾. Nei ben più ristretti limiti dell'analisi che qui si conduce dovrà essere perciò sufficiente qualche breve cenno, a titolo meramente esemplificativo, intorno a due dei mecca-

⁽⁶⁰⁾ LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 263 (corsivo nostro).

⁽⁶¹⁾ Sugli aspetti generali di questo fenomeno v. ancora LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 264.

⁽⁶²⁾ Per tutti, LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 266 ss.

⁽⁶³⁾ Un'introduzione all'analisi strutturale delle decisioni giudiziali ora in ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, cit., soprattutto 86 ss.

nismi di riduzione più " scoperti ", e forse anche di più frequente applicazione.

a) Certi casi di tentata truffa alle assicurazioni di recente venuti all'esame della prassi possono essere abbastanza istruttivi in relazione al primo di tali meccanismi: in concreto, l'agente si era affrettato a ritirare la falsa denuncia di sinistro *prima* che l'assicurazione avesse disposto in merito alla richiesta ⁽⁶⁴⁾. La valutazione conclusiva che di queste ipotesi dà la giurisprudenza è ovviamente del tutto irrilevante, ciò che qui interessa controllare sono infatti le *modalità* di realizzazione della delimitazione in relazione alle due forme del recesso: ed in realtà è proprio in ciò che risiede il *punctum dolens*.

La delimitazione è spesso solamente *esterna*, per essere più precisi, essa è operata unicamente in funzione dell'alternativa: tentativo semplice / desistenza volontaria, come se un problema di configurabilità dell'art. 56 IV c. non esistesse nemmeno in via meramente eventuale: il che è appunto tutt'altro che scontato. Concettualizzando, si può dire dunque che una prima tecnica di riduzione viene attuata attraverso una *omissione* pura e schietta: la delimitazione nei confronti del ravvedimento attivo non viene realizzata neppure per via implicita, essa è semplicemente *presunta*.

b) La seconda tecnica cui si faceva poco fa riferimento è sicuramente più raffinata e molto meno evidente di quest'ultima nel suo modo di operare: la delimitazione viene infatti impostata secondo uno schema la cui struttura rende già di per sé difficilmente proponibile una verifica condotta in relazione all'art. 56 IV c.

Per prima cosa un esempio: il reato di falsità in scrittura privata (art. 485 c.p.) si consuma col primo uso del do-

(64) V. da ultimo Cass. 12.6.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 1075, 1683; v. anche Cass. 19.11.1969, *ivi*, 1971, 1025, 1477.

eumento falso, perciò se anche l'agente nel corso di un giudizio civile ha ritirato la domanda — e la scrittura su cui essa si basava — *prima* che la controparte avesse formulato le proprie osservazioni, ciò non può configurare un'ipotesi di desistenza dal delitto tentato ⁽⁶⁵⁾. Questo principio, di recente affermato dalla Cassazione, è l'espressione di un atteggiamento giurisprudenziale pressoché costante intorno ad una problematica tutt'altro che semplice: se, entro quali *limiti* e con che tipo di *rilevanza* sia configurabile il recesso dal reato *formalmente* ma non *materialmente* consumato ⁽⁶⁶⁾. La giurisprudenza pone a base della sua interpretazione un'argomento apparentemente inattaccabile: lì dove sono presenti tutti gli elementi da cui la legge fa dipendere la consumazione del reato non può trovare applicazione un istituto rilevante solo nell'ambito del tentativo. In verità le cose sono alquanto più complesse: una presa di posizione che voglia essere consapevole e meditata dovrebbe tener conto almeno di talune considerazioni di ordine generale, che si possono qui soltanto riassumere.

Non si dovrebbe innanzitutto sottovalutare che la *scelta* del momento dell'*iter criminis* in cui si fa scattare la consumazione formale del reato risponde a criteri non proprio solidi e indiscutibili sotto il profilo logico, tecnico e politico-criminale, almeno *non* sempre ⁽⁶⁷⁾: i criteri che presiedono

(65) Cass. sez. V, sent. n. 3164, Ud. 27.11.1975, imp. Granzotto, *inedita*.

(66) Sul problema della distinzione tra *formelle Vollendung* e *materielle Beendigung*, soprattutto sotto il profilo della sua rilevanza concreta, JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat*, in *Fest. Welzel*, 1974, 683 ss. Per una sintetica informazione sull'argomento, v. invece, dello stesso Autore, *Lehrbuch*, cit., 418-9. Per quanto concerne invece la terminologia *formelle-materielle Vollendung*, v. KÜHL, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, 1974, 18.

(67) Si pensi ad esempio all'art. 642 c.p., per la cui consumazione formale non è necessario un danno reale a carico della società di assicurazione; danno che costituisce invece elemento essenziale dell'ipotesi generale di truffa prevista dall'art. 640 c.p. Considerando che probabilmente nella maggior parte dei casi i tentativi di truffa alle assicurazioni si verificano mediante richieste di risarcimento per danni auto-

a questa scelta, anzi, sono spesso puramente arbitrari⁽⁶⁸⁾. In ciò affondano le radici della crescente crisi di *legittimazione* del principio — di cui si fa appunto assertrice la prassi — secondo cui il riconoscimento dei benefici — quali che essi siano — accordati dalla legge al recedente dovrebbe dipendere non dall'impedimento della *reale* violazione del bene bensì dal fatto che essa sia avvenuta *prima* di un determinato momento. In secondo luogo, occorrerebbe riflettere che la legge penale conosce numerose ipotesi speciali di recesso dal delitto *formalmente* consumato: ipotesi che — almeno in parte — rispondono alla stessa logica sottesa alle disposizioni di parte generale sul recesso, e soprattutto ipotesi la cui scelta ancora una volta non corrisponde affatto a criteri rigorosamente razionali dal punto di vista politico-criminale e realmente funzionali alla coerenza complessiva del sistema, almeno *non* sempre⁽⁶⁹⁾: la scelta di tali disposizioni spesso dipende in buona parte dal caso⁽⁷⁰⁾.

Queste ed altre non meno importanti considerazioni⁽⁷¹⁾ giustificano l'atteggiamento di quanti ritengono che in attesa

mobilitistici che non sono stati provocati dal proprietario stesso al fine di riscuotere l'indennizzo, ovvero per danni che non esistono affatto, risulta che la più intensa tutela apprestata dall'art. 642 c.p. attraverso lo strumento tecnico della consumazione formale v., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte spec.*, I, 1966, 269-70) rimane in buona parte irrealizzata.

(68) Così STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 212, § 733.

(69) È quanto meno opinabile, per esempio, la logica per cui è stata attribuita efficacia esimente alla ritrattazione relativa ai reati previsti dagli art. 371, 372 e 373 c.p., ma non invece alla ritrattazione relativa al reato di cui all'art. 370 c.p. (simulazione o calunnia per un fatto costituente contravvenzione). Anche la prassi, del resto, non è sempre insensibile a questi problemi, come è dimostrato per esempio dalle decisioni, per quanto rare, in cui si riconosce effetto esimente alla ritrattazione spontanea ed immediata della denuncia calunniosa, quando si ritratti dinanzi alla stessa autorità che aveva ricevuto la denuncia: Cass. 23.3.1970, in *Giust. pen.* 1971, II, 304.

(70) Così SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, cit., (ESER) 331, n. 126, § 24: v. anche SCHÖDER, *Die Unternehmensdelikte*, in *Fest. Kern*, 1968, (457 ss.) 462 ss.

(71) V. SCHRÖDER, *Die Unternehmensdelikte*, cit., *passim*.

di un'effettiva razionalizzazione della "parte speciale" del recesso — razionalizzazione di cui il codice penale italiano ha senza dubbio più bisogno che altri ⁽⁷²⁾ — il ricorso all'analogia diventi una via obbligata: ad evitare che l'ossequio puramente *formale* del principio di legalità si trasformi in una violazione *sostanziale* del medesimo ⁽⁷³⁾.

Nell'ipotesi concreta prospettata in precedenza bisognerebbe dunque tener conto dell'esistenza di una normativa piuttosto "generosa" sulla ritrattazione delle falsità in giudizio civile: non è infatti punibile la parte che ritratta il falso in giuramento decisorio (art. 371 c.p.) né il testimone o il perito che correggono le loro deposizioni mendaci (art. 376 c.p.) quando ciò avvenga *prima* che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva. Sia che la logica in cui si muovono queste disposizioni speciali sul recesso si riporti all'idea del « premio » concesso al recedente ⁽⁷⁴⁾, sia che essa attenga invece a considerazioni di indole politico-criminale funzionali all'interesse per la correttezza *sostanziale* della giustizia civile ⁽⁷⁵⁾, ciò deve tenersi correttamente in conto quan-

(72) La recente, massiccia normativa in tema di recesso dal reato consumato (formalmente: partecipazione a banda armata o associazione sovversiva; materialmente: sequestro di persona a scopo di estorsione, dove la consumazione non è ancora materiale rispetto all'estorsione) costituisce la dimostrazione più evidente dell'urgenza di un ripensamento complessivo, volto a migliorare l'organicità della politica di parte speciale del recesso e la sua coerenza con quella di parte generale, sia l'una che l'altra fortemente scosse dalla frammentarietà degli interventi operati negli ultimi tempi in questo settore.

(73) Viene per lo più raccomandata l'applicazione analogica delle norme speciali sul recesso, quando si tratti appunto di situazioni affini (così STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 212-13, § 733-4; SCHÖNKE-SCHRÖDER (ESER), *Kommentar*, cit., 331, n. 125; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 442-3; in KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 43 Auflage, 1961, § 46 n. IV, 1, relativamente agli *Unternehmensdelikte*, si propone invece il ricorso analogico alle norme generali sul recesso), dal momento che non sempre l'ampiezza dei benefici accordati al recedente dalle norme speciali trova esatta corrispondenza nelle previsioni di parte generale.

(74) Interpretando cioè la ritrattazione come espressione di pentimento del reo: così, per esempio, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 526.

(75) Per tutti, ANTONISEI, *Manuale, Parte spec.*, cit., II, 781-2; allo stesso

do l'uso della falsa scrittura privata si verifichi appunto nel corso di un giudizio civile al fine di "sostenere" la domanda proposta.

Con questo non si afferma affatto *tout court* che al ritiro dell'atto debba riconoscersi rilevanza estintiva della punibilità del reato, così come stabilito nelle altre ipotesi di ritrattazione, e tanto meno si vuole sostenere che andrebbe invece senz'altro applicata la normativa generale sul recesso. Una decisione ponderata dovrebbe infatti innanzitutto avere ben chiaro il rapporto tra le differenti forme che assume il recesso in relazione alle varie fasi dell'*iter criminis* (recesso dal delitto tentato, dal reato formalmente consumato, dal reato materialmente consumato) e soprattutto ricostruire — se c'è ⁽⁷⁶⁾ — la logica che presiede alla diversa rilevanza riconosciuta nel nostro codice sia alle numerose ipotesi di recesso *post crimen* sia alle due distinte specie del recesso dal delitto tentato. In particolare, andrebbe approfondito appunto il problema del rapporto tra il tipo di rilevanza accordata all'art. 56 IV c. e le ipotesi di recesso impeditivo della consumazione materiale del reato: una prospettiva, questa, ricca di interesse non soltanto sotto il profilo dell'*jus condendum*, bensì soprattutto ai fini di un più razionale coordinamento tra le distinte fasi normative del recesso.

Da questa riflessione e da questo coordinamento potrebbero forse scaturire almeno due indicazioni utili alla valutazione del caso in esame: in primo luogo, che la delimitazione condotta esclusivamente in relazione al momento consumativo del reato di cui all'art. 485 c.p. è necessaria ma non sufficiente al definitivo inquadramento della condotta in questio-

modo SCHÖNKE-SCHRÖDER, (LENCKNER), *Kommentar*, cit., 1136, § 158, n. 1, in relazione alla disciplina, per alcuni versi simile, prevista dallo StGB.

(76) Un'accurata analisi sulla logica e sul tipo di rilevanza delle ipotesi di recesso *post crimen* nello StGB è stata compiuta da BOTTKE, *op. cit.*, 657 ss. V. anche, su questo tema, le recenti, acute riflessioni di NAUCKE, *Auf der Grenze zwischen Strafbarkeit und Straßlosigkeit*, in *Jura* 1979, (426 ss.) 428.

ne; in secondo luogo, che sviluppando questa argomentazione solo nella prospettiva di un'eventuale rilevanza dell'art. 56 III c. — come fa appunto la Cassazione — viene semplificato indebitamente lo schema di delimitazione, alleggerendolo della sua parte probabilmente più impegnativa.

5. - Questo stato di cose per tanti versi precario comporta ovviamente dei costi, che la prassi non può non pagare. Alcuni sono già stati segnalati nel corso dell'indagine via via che se ne è presentata l'opportunità, altri sono facilmente desumibili da quanto finora esposto: questi, che sono i costi *immediati* dell'attuale prassi del recesso, non hanno davvero bisogno di essere qui riepilogati; si può perciò tracciare senz'altro un bilancio provvisorio.

La prassi della delimitazione dispone di schemi inadeguati per *struttura ed ampiezza*, e ciò la induce ad una progressiva restrizione della *prospettiva* in cui elabora e risolve le situazioni di conflitto rilevanti nei diversi settori della fenomenologia normativa del recesso. In sintesi: da tempo essa ha fatto dell'art. 56 III c. il suo punto di riferimento "privilegiato", la guida in cui essa trova il *metro*, della sua attività, sia nell'approccio *metodologico* ai problemi pratici della delimitazione, sia in sede di primo orientamento nella *valutazione* della rilevanza giuridica delle condotte di tutela. In questo quadro è perciò addirittura scontato che essa giunga ai rari appuntamenti con l'art. 56 IV c. decisamente impreparata: poco fa sono stati evidenziati i risultati non certo brillanti ottenuti con l'uso di un'argomentazione ispirata al criterio *ex post*, ma al di là di questo la verità è che non sono affatto cospicue le risorse interpretative o comunque gli schemi operativi di cui dispone la prassi del pentimento operoso. In un modo o in un altro i suoi limiti affiorano perciò impietosamente, per esempio quando il caso del ritiro di una falsa denuncia di sinistro percorre tre diversi gradi di giudizio rice-

vendo una valutazione tre volte diversa: tentativo di truffa, dice il pretore; desistenza dal tentativo di truffa, corregge il tribunale; ravvedimento attivo in truffa tentata, stabilisce infine la Cassazione (77).

Incertezza, inconsistenza, improvvisazione: questi i mali da cui è afflitta la prassi del recesso. In un conto a parte, vanno poi ancora messe le disfunzioni occulte, cui si riportano in misura forse anche maggiore gli opposti destini che appunto per vie diverse rendono però ugualmente difficile la vita dei commi III e IV dell'art. 56 c.p.: l'uno per il suo impiego " a tempo pieno " nei processi di delimitazione; l'altro per la crisi " esistenziale " da cui non riesce ad uscire, quasi la sua condanna ad un inarrestabile declino che lentamente lo estromette dalla scena delle vere vicende del recesso.

Ciascuno di questi due aspetti deve essere brevemente illustrato. Cominciando dal primo, sarà sufficiente richiamare l'attenzione sui condizionamenti cui è inevitabilmente esposta la prassi della delimitazione ogni volta che pone a base delle sue valutazioni una visione aprioristicamente riduttiva: come per esempio quando inquadra fin dall'inizio le ben note ipotesi di presunto recesso dal delitto di estorsione nel dilemma desistenza volontaria — tentativo interrotto da cause esterne. Sulla ristretta base così costruita essa può, infatti, muoversi solo nell'alternativa: punibilità — non punibilità della tentata estorsione, una situazione " a forbice " i cui estremi sono rappresentati da soluzioni tra loro antitetiche ma ciò non ostante entrambe almeno plausibili.

In casi del genere, quando è appunto costretta — o meglio, si sente costretta — ad operare sul piano del « tutto o niente » (78), la giurisprudenza è particolarmente disponibile

(77) Così, rispettivamente, Pretura di Bari, 26.6.1964; Tribunale di Bari, 26.10.1965 ed infine Cass. 2.2.1968: in *Arch. giur. circ. e sinistri* 1969, 1029 ss.

(78) La acuta analisi recentemente effettuata da GEILEN, (*Zur Abgrenzung*, cit.), sul problema della delimitazione del recesso tende, tra l'altro, a mettere in luce

alla considerazione di fattori per così dire *esterni* al caso *sub judicio*, fattori che svolgono un ruolo spesso tutt'altro che marginale al momento di risolvere l'alternativa nell'un senso o nell'altro: la casistica dell'estorsione è appunto emblematica di questo genere di interferenze, qui rappresentate, in concreto, soprattutto da considerazioni attinenti alla *prevenzione generale*, che negli aspetti inerenti alla *frequenza* ed alla *gravità* del reato trova, come si sa, indici di fondamentale importanza ⁽⁷⁹⁾.

6. - Il secondo aspetto, come si è già accennato, riguarda invece le prospettive dell'art. 56 IV c. nel sistema giurisprudenziale del recesso: si tratta cioè di vedere se la progressiva perdita di significato della norma nel complesso dei pro-

proprio le difficoltà cui va incontro la prassi in questo tipo di situazioni, quando è costretta a scegliere — nel sistema dello *StGB* — tra consumazione (« tutto ») e recesso (« niente »). È opportuno sottolineare che nel sistema italiano del recesso queste situazioni si presenterebbero con toni certamente più attenuati, se la prassi (e la teoria) fossero in grado di sfruttare al meglio tutte le potenzialità offerte dalla legge.

⁽⁷⁹⁾ Pur con tutti i limiti del sistema penale sia riguardo alla conoscenza che all'effettiva repressione dei reati: su quest'ultimo tema v. in particolare LÜDERSSEN, *Strafrecht und Dunkelziffer*, ora in *Seminar: Abweichendes Verhalten*, I, *Die selektiven Normen der Gesellschaft*, 1975, (244 ss.) *passim*, soprattutto 253 ss.; sui citati aspetti della prevenzione generale v. invece HASSEMER, *Prevenzione generale*, cit., *passim*, soprattutto 131 ss. Nel tipo di situazioni di cui si parla nel testo la prassi è fortemente orientata a ritenere il tentativo di estorsione; può essere opportuno ricordare che l'alternativa sarebbe ivi rappresentata, tutt'al più, da una condanna per minaccia aggravata, con una cornice di pena da 15 giorni ad 1 anno di reclusione: una *quantità negligibile* per l'odierna prassi dell'estorsione. Una prassi, del resto, cui andrebbe forse un po' stretta anche una cornice formata con l'art. 56 IV c. in relazione all'art. 629 c.p. (da 6 mesi a 4-5 anni di reclusione), soprattutto considerando le non poche difficoltà di una commisurazione eventualmente orientata a valori medio-alti in un'ipotesi di attivo ravvedimento del colpevole. È del resto solo un caso che l'unica sentenza in cui si esaminano queste ipotesi di estorsione anche alla luce dell'art. 56 IV c. risale a tempi in cui questa forma di criminalità era ben lontana dagli *standards* attuali? (Trib. Bologna 16.3.1956, cit.). Per una dimostrazione evidente dell'incidenza di considerazioni general-preventive in sede di delimitazione del recesso v. la motivazione di Cass. 2.2.1968, in *Arch. giur. circ. sinistri*, 1969, 1030, in relazione alla truffa in danno delle assicurazioni.

cessi di delimitazione lasci emergere alcun sintomo di un'evoluzione — potenziale o in atto — nel rapporto della prassi con il pentimento operoso, e cercare quindi di precisare la portata e la direzione di eventuali sviluppi.

Una sentenza abbastanza recente del Giudice istruttore del Tribunale di Roma offre indicazioni utilissime a questo tipo di verifica, non tanto perché presenta uno schema argomentativo che consente di ripercorrere con grande chiarezza taluni tra i temi più rilevanti fin qui analizzati, quanto piuttosto perché in essa tali temi sono coerentemente — se non del tutto consapevolmente — sviluppati in tutta la loro potenzialità: il che rende appunto possibile all'osservatore un bilancio " di previsione " non del tutto privo di un margine accettabile di credibilità ⁽⁸⁰⁾.

a) La fattispecie concreta è la seguente. L'imputata aveva aperto i rubinetti del gas ed era uscita di casa col proposito di uccidere il marito dormiente. Dopo poco tempo, pentita, aveva avvertito la polizia: gli agenti avevano dovuto semplicemente aprire le finestre e dare aria all'abitazione, poiché gli ambienti erano lungi dalla saturazione e l'uomo non aveva subito il minimo danno. Ad un caso di questo tipo è certo facile pronosticare un grande successo nella manualistica penale dei prossimi anni: è infatti lecito pensare che nessuno si lascerà sfuggire l'opportunità di mettere da parte i consueti, fantasiosi esempi di avvelenamento con successiva offerta di antidoto o di omicidio mediante lancio nel fiume con relativo tuffo di salvataggio, esempi che ormai da lustri servono ad illustrare la struttura del ravvedimento attivo ⁽⁸¹⁾. Il caso venuto all'attenzione del giudice romano pare infatti in possesso di tutti i requisiti per diventare un " esempio di scuo-

⁽⁸⁰⁾ G. I. Tribunale Roma 19.12.1972, in *Arch. pen.* 1973, II, 86 ss., con motivazione e nota adesiva di DE LEONE, *ivi*, 499 ss.

⁽⁸¹⁾ V. n. (17), Parte I.

la ”: lineare, facile da ricordare, soprattutto strutturalmente idoneo ad essere rapidamente delimitato dalle ipotesi di desistenza dall'azione.

Ciò — è ovvio — almeno finché si faccia uso dei consueti criteri di delimitazione, come appunto accade — almeno in un primo momento — anche nella decisione in questione: essa adotta, in particolare, uno schema applicativo in cui figurano in opportuna successione argomentazioni connesse sia al III che al IV c. dell'art. 56 c.p. Da una parte, infatti, viene operata la delimitazione rispetto all'art. 56 III c. mediante l'impiego di un criterio che abbiamo già denominato *testuale* (« si ha desistenza volontaria quando l'agente interrompe gli atti che portano alla realizzazione dell'evento »); dall'altra, si definisce la sfera normativa del pentimento operoso col ricorso al criterio *ex post* (« il recesso attivo si ha quando l'agente ha compiuto tutto ciò che era necessario alla produzione dell'evento lesivo », ma ha poi neutralizzato l'attività precedente « con una nuova serie causale ») ⁽⁸²⁾.

Le premesse sono senza dubbio precise ed esaurienti: non viene infatti trascurato assolutamente nulla di quanto la teoria e la prassi della delimitazione hanno saputo faticosamente concettualizzare. Chiave di volta del sistema normativo del recesso è l'azione esecutiva del reo, dall'analisi di questo elemento si traggono le indicazioni sufficienti a risolvere in un senso o nell'altro lo schema dicotomico dell'art. 56 c.p.: la legge infatti « pone la distinzione tra i due istituti proprio sulla compiutezza o meno dell'azione » ⁽⁸³⁾, si legge testualmente nella decisione che funge qui da riferimento. Criterio *ex post*, dunque, ma in versione “ monofase ”: ed ancora una volta il criterio non può funzionare convincentemente, poiché mancano le premesse *sostanziali* della sua validità. La vittima è infatti in perfetta salute, non c'è stato alcun

⁽⁸²⁾ Loc. cit., 88.

⁽⁸³⁾ Loc. ult. cit.

danno incombente, nessun trasporto d'emergenza in ospedale, etc. Così si complicano all'improvviso le cose, che sembravano invece tanto semplici: il consueto schema di delimitazione, puntualmente inteso ed applicato, conduce ad una soluzione evidentemente insoddisfacente se in motivazione il processo argomentativo inesplicabilmente si arresta dinanzi alla conclusione ormai più che matura, e con un giro vizioso fa rotta verso l'altra sponda.

b) Esattamente a questo punto diventa di estremo interesse nella prospettiva di chi indaghi il futuro di *questo* art. 56 IV c. la decisione del giudice romno: esattamente cioè nel punto in cui di consueto la prassi della delimitazione — quando si trova in circostanze simili — si mette in cerca di correttivi, espedienti, compromessi che consentano, per così dire, di trarre dalla botte anche il vino che *non* ha.

La decisione in esame si discosta nettamente dalle altre non per il tentativo — peraltro abbastanza scoperto — di alterare il risultato della delimitazione attraverso “aggiustamenti” più o meno plausibili: essa si discosta invece dalle altre per la *qualità* delle argomentazioni con cui corregge lo schema applicativo, e per la *portata* di tale correzione, una correzione il cui significato trascende di gran lunga la sfera della delimitazione ed investe piuttosto le fondamenta stesse del pentimento operoso nel sistema normativo del recesso. Perciò dall'analisi di questa decisione può ricavarsi una prima risposta ai quesiti poco fa formulati.

L'esame della motivazione rivela chiaramente i punti di riferimento essenziali cui si orienta la decisione in ogni sua parte: 1) il ruolo centrale del concetto di *azione esecutiva* nel processo di delimitazione; 2) la convinzione che, sotto il profilo *sostanziale*, la fattispecie concreta è nettamente più prossima alla sfera di valore della desistenza che non a quella del pentimento operoso. La strada da percorrere è dunque

senza alternative: bisogna operare col criterio fondato sull'« azione esecutiva » e modificarlo fino ad ottenere il risultato voluto. Che la giurisprudenza scelga di volta in volta le strade che meglio sembrano garantirle la soluzione « giusta », è cosa che non dovrebbe meravigliare ormai nessuno⁽⁸⁴⁾: non potendo operare la « correzione » — come più spesso avviene — in sede di commisurazione (si tratta appunto di *non* irrogare alcuna sanzione)⁽⁸⁵⁾, nel caso di specie essa agisce nella fase normativamente precedente, che è la scelta della fattispecie. Il concetto di azione esecutiva viene perciò « ristrutturato » in modo da rendere appunto possibile la sussunzione nel comma III dell'art. 56. Afferma così il G. I. di Roma che è *azione esecutiva* non soltanto la condotta *attiva* necessaria e sufficiente alla produzione dell'evento tipico, ma anche la condotta *negativa* con cui *non si annulla* l'efficacia causale dell'attività posta in essere. Cosicché, l'imputata che non ha « omesso » di interferire nel decorso causale avviato, ma è invece intervenuta attivamente arrestandolo, ha interrotto l'*azione esecutiva* del reato, e non è perciò punibile perché ha *desistito* dal delitto tentato⁽⁸⁶⁾.

c) La motivazione di questa decisione è palesemente *inconsistente*: quanto meno perché non si assume in alcun modo l'onere di dimostrare l'asserita purificazione — dal punto di vista del sistema penale del recesso — tra *azione esecutiva*

(84) V. per esempio ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. 1970, 125, e ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, II Auflage, 1974, 60 ss. In una visione nettamente più pessimistica rileva NAUCKE che la prassi spesso dichiara di seguire un determinato metodo interpretativo — di solito, quello teleologico — ma ciò serve non di rado a camuffare una realtà ben diversa, costituita dal fatto che in sostanza « non viene adoperato assolutamente nessun processo metodologicamente controllabile »: v. *Der Nutzen der subjektiven Auslegung*, in *Fest. Engisch*, 1969 (274 ss.) 275.

(85) Su questo fenomeno, in particolare, HASSEMER, *Strafzumessung, Strafvollzug und die « gesamte Strafrechtswissenschaft »*, ora in *Seminar: Abweichendes Verhalten*, III, *Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 2, 1977, 243 ss.

(86) Loc. cit., 89.

ed *omissione* esecutiva: e ciò in relazione ad una normativa, è inutile dirlo, che non sembra affatto orientata a questo assunto. Ma l'interesse che presenta questa decisione non risiede certo nell'originalità — per così dire — di certe sue argomentazioni. Essa ha invece grande rilievo perché documenta un pericoloso atteggiamento della prassi quando è costretta ad operare con criteri interpretativi (riconosciuti come) insoddisfacenti, criteri cui non riesce ad opporre alcuna alternativa. La decisione in oggetto dimostra infatti come la prassi del recesso reagisce a questo disagio anche col tentativo di *annullare*, di fatto, l'ambito applicativo della norma *sostanzialmente* non-definibile. Questo è appunto il nodo centrale, ed è perciò necessario soffermarvi brevemente l'attenzione per precisare come sia possibile il formarsi di una prassi di tal genere, e perché essa sia il segno di una tendenza volta a "negare" la norma.

Il giudice è posto dinanzi all'alternativa desistenza dall'azione/impedimento dell'evento in termini relativamente "semplici": il diritto positivo gli dice infatti con chiarezza come deve comportarsi *dopo* aver risolto l'alternativa in un senso o nell'altro, ma non gli dice affatto con chiarezza — o glielo dice con chiarezza solo apparente — *come* risolvere l'alternativa in cui gli impone di agire. Su questo punto la *teoria* del recesso deve dunque rivedere radicalmente le sue impostazioni, ed assumersi di conseguenza le responsabilità che le derivano dal suo non sufficiente impegno su questo terreno, dove ha forse creduto di assolvere il suo compito semplicemente elaborando — peraltro poco e male — un criterio che può rivelarsi anche pericoloso se non sufficientemente meditato, quale appunto il criterio *ex post* ⁽⁸⁷⁾.

Nei confronti della prassi questo atteggiamento ha avuto un significato preciso: limitando la propria attività alla mera

(87) V. le n. (4), (5) e (6) Parte I.

esegesi della norma, la teoria ha in effetti lasciato libera la prassi di agire a suo piacimento nei casi strutturalmente più complessi. Ma di questa libertà la prassi del recesso non ha fatto gran uso, appunto perché incapace anch'essa di approfondire — al di là della mera esegesi — lo schema binario dell'art. 56 III e IV c.: credendo — o fingendo di credere — che un rigoroso ossequio al dogma della " lettera della legge " bastasse a risolvere i suoi problemi, essa ha poi in realtà dovuto dimenticarsene, non senza disinvoltura, ogni qualvolta le necessità del momento le hanno imposto improvvisazioni più o meno estemporanee e felici. Ma, soprattutto, ha finito così per non poter trarre alcun frutto dalle sue stesse esperienze, dal momento che non si è mai seriamente sforzata di funzionalizzarle alla ricerca della reale dimensione normativa di un fenomeno estremamente complesso.

È accaduto così che la prassi non è riuscita a dotarsi di uno strumento di lavoro indispensabile alla *stabilità* delle sue decisioni: essa è infatti costretta ad operare senza il riferimento, lo stimolo, il controllo di un adeguato *diritto giurisprudenziale* della delimitazione⁽⁸⁸⁾. Dinanzi al caso concreto il giudice è perciò veramente solo: e non sempre decide per il meglio.

7. - In una situazione del genere la contraddittorietà dei giudicati è ancora il male minore: almeno finché sia il portato di sforzi interpretativi che perseguono in fondo, e con alterno successo, l'obbiettivo di restar fedeli alle scelte dell'ordinamento. La prassi tenta così di distinguere tra desistenza impunita dal tentativo di aborto e tentativo punibile attenuato dal pentimento dell'agente; o cerca di individuare il momento in

(88) In generale, sull'indispensabile funzione stabilizzatrice del diritto giurisprudenziale nell'agire della prassi, v. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 421 ss.; HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 83 ss.; ESSER, *Vorverständnis*, 187 ss.

cui il ravvedimento dell'estortore non può più rilevare ai sensi dell'art. 56 III c.; o, ancora, condanna per tentativo, poi assolve per desistenza ed infine attenua con l'art. 56 IV c. la pena del truffatore che ritira la falsa denuncia di sinistro⁽⁸⁹⁾: le oscillazioni, i ripensamenti, anche l'inconsistenza di talune motivazioni costituiscono appunto la prova della voto il giudice è perciò veramente solo: e non sempre decide per lontanà di restare *dentro* al sistema, volontà che si riflette ad esempio nello sforzo — per quanto ingenuo possa essere — di orientare caparbiamente le decisioni al testo letterale della legge.

Ma una prassi abbandonata a sè stessa, totalmente indifesa dinanzi alle complessità del caso concreto, può reagire altrimenti, può anche attuare *contro* il sistema: attraverso decisioni cui starebbe invero stretta la vecchia, appropriata definizione di « norma del caso di specie »⁽⁹⁰⁾, perché esse pongono in realtà una norma che ha ben più alte pretese, una norma che si costituisce di fatto come *alternativa* a quella codificata.

a) Un rilievo di questo genere minaccia di condurre l'indagine su un terreno senza dubbio affascinante, su cui è però consentito inoltrarsi solo a chi disponga di tempo e di mezzi appropriati per intraprendere un discorso necessariamente non breve, e denso di ogni tipo di incognite: questo è infatti quanto di meno possa aspettarsi chi voglia — a qualsiasi titolo, e qualunque sia l'interesse che concretamente lo spinge — sedersi al tavolo attorno a cui più che mai si discute del *se* e del *come* possa distinguersi l'attività di *interpretazione* da quella di *creazione* del diritto, con particolare riguardo al momento

(89) Per la casistica sull'aborto v. le n. (9) e (10), P. I; per l'estorsione v. le n. (5), (6), (36), (37), (43) e (44) P. II; per la truffa alle assicurazioni v. n. (77) P. II.

(90) Tutti ricordano le veementi parole con cui O. BÜLOW rivendicava al giudice un rango non inferiore a quello del legislatore, ed alla sentenza la qualità di atto giuridico normativamente preminente anche rispetto all'atto con forza di legge: *Gesetz und Richteramt*, 1855, 4-7.

della decisione giudiziale ⁽⁹¹⁾. Di questo tempo, di questi mezzi e — perché no — dell'indispensabile ardimento non è certo in possesso la presente ricerca: essa deve perciò accontentarsi di qualche breve considerazione strettamente limitata, per natura e funzione, alla dimostrazione dell'assunto di cui sopra.

Interpretazione è di per sé « cambiamento », al di fuori dell'interpretazione non può affermarsi nessun « senso » della legge perché tale affermazione sarebbe priva di significato se a sua volta non sorretta dall'interpretazione: proprio per questa « potenza » dell'interpretazione la giurisprudenza può addirittura realizzare riforme *senza* o *contro* la volontà del legislatore, o può creare istituti che non esistono nel sistema e risolvere in base ad essi casi pratici ⁽⁹²⁾. Questi o simili avvertimenti di cui è sempre stata prodiga la teoria dell'interpretazione non hanno certo bisogno di essere ricordati a nessuno: se vengono qui richiamati è solo per sottolineare in poche righe la dimensione necessariamente *problematica* in cui va letto e discusso il rilievo di poc'anzi circa il carattere « creativo » di certe decisioni giurisprudenziali ed in particolare di quella di cui ci occupiamo.

Chi avesse perciò inteso che si voglia con esso far carico al giudice di aver operato la delimitazione con eccessiva « autonomia » rispetto alla lettera della norma ⁽⁹³⁾, ovvero di aver effettuato una sussunzione troppo intrisa di momenti soggetti-

⁽⁹¹⁾ Anche su questo tema è possibile fornire solo qualche indicazione a titolo meramente indicativo, per motivi che non è nemmeno il caso di precisare: KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, ora in *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, 272 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 354 ss.; ZIPPELIUS, *Einführung*, cit., 50 ss.; BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1935; ENGISCH, *Introduzione*, cit., soprattutto 217 ss.; HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1966, 118 ss.; da ultimo v. anche SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1979, *passim*, per una vigorosa, anche se non sempre convincente, riaffermazione della praticabilità del divieto di analogia.

⁽⁹²⁾ Così HASSEMER, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, in *Rechtstheorie* (a cura di KAUFMANN), 1971, 31-2.

vi (la brusca svolta impressa all'argomentazione per evitare la conclusione "sgradita"), insomma di aver fatto di più di una pura e semplice *applicazione* della legge al caso concreto, sarebbe dunque completamente fuori strada. La denuncia della pericolosa tendenza *riformatrice* del sistema penale del recesso, tendenza di cui è appunto emblematica la decisione in oggetto, si colloca infatti su un piano del tutto diverso, dove il problema del vincolo del giudice al diritto positivo non viene certo sottovalutato, tutt'altro: è però inquadrato in una prospettiva notevolmente più complessa, dove anche se censure tipo quelle poco fa ipotizzate possono forse — alla fin fine — risultare sotto alcuni aspetti pertinenti, non per questo diventa tuttavia più accettabile o meno semplicistico l'approccio *teorico-conoscitivo* e *metodologico* di cui rilievi del genere sono di consueto espressione.

b) È infatti merito della moderna ermeneutica aver conferito alla riflessione sul significato e sui limiti del vincolo del giudice alla legge un livello di consapevolezza critica che dovrebbe ormai aver lasciato ben poco spazio all'ottimistica, « ingenua »⁽⁹⁴⁾ opinione secondo cui dal testo della norma scaturirebbe la decisione del caso concreto attraverso un semplice procedimento *logico* di deduzione, cui l'operatore *deve* rimanere personalmente estraneo⁽⁹⁵⁾. Questo modo di pensare tipicamente unilaterale e razionalistico ha ormai fatto il suo tempo, perché le basi su cui ha costruito la sua "ideologia

(93) Sul « possibile senso letterale » quale limite massimo dell'interpretazione v., per tutti, BAUMANN, *Die Natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht*, in *Monatsschrift für deutsches Recht* 1958, 394 ss. V. già, però, il sarcastico rilievo di KAUFMANN: « Was zaubert man nicht alles aus dem "strenge" Wortlaut des Gesetzes! », in *Die Geschichlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, in *Fest. Engisch*, 269, nota 100.

(94) Così HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 72.

(95) Così riassume l'atteggiamento tradizionale KAUFMANN, *Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, in *Fest. Bockelmann*, 1979, (67 ss.) 70; dello stesso Autore v. anche *Analogie*, cit., 281 ss.

della sussunzione » si sono rivelate tutt'altro che solide ⁽⁹⁶⁾: è stato perciò inevitabile che nel suo progressivo sgretolarsi abbia pesantemente coinvolto anzitutto il postulato dello « stretto » vincolo del giudice alla legge, postulato che di questa ideologia era appunto il fiore all'occhiello ⁽⁹⁷⁾. Ovviamente non è qui possibile — né necessario — ripercorrere nemmeno per sommi capi gli sviluppi del moderno dibattito su temi di tale portata: è però opportuno precisare brevemente alcuni punti essenziali allo sviluppo del discorso che si va conducendo ⁽⁹⁸⁾.

Il principio del vincolo al diritto positivo non è certamente leso da una decisione come quella in discussione per il fatto che essa fa propria un'interpretazione del concetto di « azione esecutiva » che appare lontana dalla lettera dell'art. 56 III c., e tanto meno si potrebbe far carico al giudice di aver « inquinato » con vedute più o meno personali la linearità della sussunzione, compromettendo così l'esattezza del giudizio. Non ha senso la prima censura, che è il portato di un'illusione svanita da tempo: l'illusione che il linguaggio normativo possa essere tanto chiaro ed univoco, che cioè i concetti di cui si serve la legge possano essere così « definitivamente » precisi da non aver bisogno di essere interpretati, *elaborati*, per diventare concretamente applicabili ai casi di specie ⁽⁹⁹⁾. La realtà è infatti ben diversa: i concetti legislativi sono in misura maggiore o minore « vaghi », « porosi », e pretendere

⁽⁹⁶⁾ Sulla logica della sussunzione v. ENCISCH, *Logische Studien*, cit., 22 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 255 ss. Per un primo approccio critico, ESSER, *Vorverständnis*, cit., 43 ss., 68 ss., 74 ss.

⁽⁹⁷⁾ Per la critica v. HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., soprattutto 62 ss.

⁽⁹⁸⁾ Una buona informazione sull'attuale stato della discussione sulle problematiche accennate nel testo può ottenersi con la lettura del volume *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, in cui sono contenuti diversi contributi cui si è fatto fin qui riferimento.

⁽⁹⁹⁾ KAUFMANN, *Analogie*, cit., 314.

che la giurisprudenza vi si attenga *strettamente*, significa solo costringerla a comportarsi « come se » applicasse rigorosamente soltanto la legge ⁽¹⁰⁰⁾. Che piaccia o no, la verità è che il linguaggio legislativo non è mai veramente univoco, e nemmeno vuole o può aspirare ad esserlo ⁽¹⁰¹⁾: tale univocità sarebbe infatti possibile solo ad un livello di astrazione tanto elevato da rendere « inservibili » per un testo normativo i concetti così « distillati ». In breve: l'ambito di significanza dei termini di cui si compone la legge non *pre-esiste* all'attività dell'interprete: esso si costituisce invece *nel momento stesso* dell'applicazione al caso concreto, e chi lo costituisce è appunto il giudice, che pertanto non si limita affatto a *dedurre*, bensì partecipa *attivamente*, con atteggiamento cioè « creativo », alla delimitazione dei confini della norma ⁽¹⁰²⁾.

Ecco perché nemmeno la seconda censura è razionalmente sostenibile: se la decisione « giusta » non sta mai « bell'è pronta » nel corpo della legge ⁽¹⁰³⁾, se non può essere cioè ottenuta mediante una semplice sussunzione da condursi *lege artis*, se l'interpretazione in quanto atto e momento del conoscere è possibile solo nel corso di un processo *strutturalmente* assai più complesso e *funzionalmente* di gran lunga più ricco di un'attività meramente logico-deduttiva, nessuno ha il diritto di chiedere al giudice di essere « obbiettivo », se con questo si intende che egli rimanga « personalmente » al di fuori del suo lavoro di applicazione del diritto. Egli ne è invece direttamente coinvolto, e non può non apportarvi il peso dei suoi « pre-concetti », delle sue « vedute » ⁽¹⁰⁴⁾: tanto meno

(100) HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 82.

(101) KAUFMANN, *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, ora in *Rechtsphilosophie*, cit., (338 ss.) 364.

(102) HASSEMER, *Tatbestand*, cit., 118 ss. e 127 ss.

(103) Anche se in molti dei casi di cui si compone la routine giudiziaria può forse apparire il contrario: KAUFMANN, *Zur Frage*, cit., 70.

(104) KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit*, cit., in *Rechtstheorie*, 1971, 102 (la versione pubblicata nei *Fest. Engisch* è leggermente diversa) e, dello stesso Autore,

sarà perciò realmente « soggetto soltanto alla legge » quanto più riterrà di fondare le sue decisioni unicamente su ciò che « *da steht* » (la norma), perché così gli mancherà proprio la consapevolezza necessaria a prendere distanza dai suoi stessi insopprimibili pre-giudizi ⁽¹⁰⁵⁾.

In questa prospettiva il postulato del vincolo alla legge — e più in generale il principio della certezza del diritto — esce tutt'altro che sminuito nel suo insostituibile valore *ideologico*, né in alcun modo svalutato nel significato che riveste nei confronti dell'agire *pratico*: bisogna però riconoscere che solo con tutt'altri parametri da quelli invece consueti ha oggi senso discutere delle violazioni di cui esso può essere, e realmente è, oggetto ⁽¹⁰⁶⁾. Violazioni inflitategli, per esempio, da decisioni come quella del giudice di Roma: una breve analisi delle modalità in cui essa si realizza consente non solo di accennare *in concreto* almeno ad uno di tali parametri, ma permette soprattutto di verificare la fondatezza e lo spessore della denunciata « crisi di rigetto » dell'art. 56 IV c. dal sistema giurisprudenziale del recesso.

c) Se la decisione « giusta » non sta mai « bell'e pronta » nel testo della norma, né è garantita dalla stringenza logico-formale della sussunzione, essa non può che germogliare *all'interno* del processo stesso di interpretazione: potrà essere « giusta » solo una decisione metodologicamente corretta che riesca a produrre *consenso* ⁽¹⁰⁷⁾. Il consenso in-

Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in *Fest. Peters*, 1974, (295 ss.) 303. Del resto, come afferma GADAMER, « non è né possibile né necessario mettere sé stessi tra parentesi » per apprendere con « neutralità » un testo: *Il problema della conoscenza storica*, trad. it., II ed., 1974, 84. Sui risultati della *Attitudenfor-*
schung, v. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, cit., 114 ss.

(105) KAUFMANN, *Richterpersönlichkeit*, cit., 303. Circa i *Vorurteile*, quali condizioni indispensabili del comprendere, GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 250 ss., 261 ss.

(106) HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 33 ss.

(107) Così, da ultimi, KAUFMANN, *Zur Frage*, cit., 72, ed ESSER, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, 1979, 10.

tersoggettivo è traguardo finale e fonte di legittimazione della validità *sostanziale* della decisione: ⁽¹⁰⁸⁾ e ciò non può non riflettersi sulla *struttura* del procedimento di applicazione del diritto. In concreto: quel che conta è « la completezza della riflessione e dell'argomentazione » ⁽¹⁰⁹⁾, perché soltanto attraverso la discussione, il confronto, la valutazione dei differenti punti di vista è possibile all'interprete pervenire ad una decisione *convincente* ⁽¹¹⁰⁾.

L'« argomento » è dunque il fulcro del procedimento di interpretazione del diritto: ma quali argomenti sono ammessi e quali invece esclusi perché incompatibili con la struttura o il funzionamento delle regole giuridiche di « costruzione » del consenso? Ripercorrendo a volo d'uccello le tappe e le acquisizioni essenziali che caratterizzano l'odierna riflessione sulla natura ed i metodi dei processi di applicazione del diritto ⁽¹¹¹⁾, l'indagine arriva così ad un interrogativo che segna qui il punto concreto di emergenza della tematica del vincolo del giudice alla legge: *quale* è infatti il *limite* oltre il quale l'interpretazione si traduce in un'attività *contra legem*, ancor prima, *come* si concilia l'esigenza di un tal limite con la logica stessa dell'argomentazione, in base alla quale — almeno in principio — *tutti* gli argomenti devono essere ammessi, se appunto dall'ampiezza della riflessione dipende la vali-

⁽¹⁰⁸⁾ KAUFMANN ed ESSER, *op. loc. ult. cit.* Su questi problemi vedi anche il volume *Rechtsgeltung und Konsens*, a cura di JACOBS, 1976, con contributi interdisciplinari.

⁽¹⁰⁹⁾ HASSEMER, *Tatbestand*, cit., 135.

⁽¹¹⁰⁾ A questo riguardo sono indispensabili; nota KAUFMANN, « können », « Erfahrung », « logische Denkkraft », « Intuition », « Einübung », « Diskussion », (*Die Geschichtlichkeit*, cit., 273) e soprattutto « Auseinandersetzung » e « Konfrontierung » con le opinioni altrui, a causa della ristrettezza del punto di vista di ciascuno (*Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus*, in *Arch. Rechts- und Sozialphilosophie*, 1960, (46), 553 ss.).

⁽¹¹¹⁾ Insuperate, su questi temi, le ricerche di ENGISCH, e soprattutto l'ormai classica *Die Idee der Konkretisierung*, 1953.

dità del giudizio conclusivo? ⁽¹¹²⁾ Da un interrogativo ne scaturisce dunque un altro, non meno complesso ed inquietante del primo.

Quesiti di tal genere sono ovviamente destinati a rimanere privi di seguito in questa sede: qui bisognerà accontentarsi di recepire e mettere a frutto una delle prime — e forse più approssimative — risposte con cui la scienza del diritto è riuscita almeno ad uscire da questa intollerabile situazione di stallo. Un tipo di *argumentum* è sicuramente precluso in sede applicativa: ed è quello *de lege ferenda*, con cui l'interprete *per definizione* esce dal « regno dei reali » (*l'jus conditum*) per entrare in quello dei « possibili » (*l'jus condendum*) ⁽¹¹³⁾. Ciò non è molto, bisogna riconoscerlo: ma da codesta ammissione sarebbe senza dubbio azzardato dedurre la sterilità della prospettiva che si è così impressa all'indagine. È vero infatti esattamente il contrario: perché è proprio nell'ambito di questa prospettiva che riesce possibile concettualizzare il significato "eversivo" della decisione concreta di cui si discute.

L'inclusione del caso di specie nella sfera applicativa dell'art. 56 III c. è ivi operata facendo uso di un concetto estremamente ampio di azione esecutiva: in essa rientrerebbe, come si è visto, anche l'omissione di interventi antitetici all'attività precedentemente svolta. La consistenza di questa argomentazione non ha qui alcun rilievo: ciò che interessa è invece la sua *portata* e la sua *qualità* ermeneutica.

La *generalizzazione* del criterio di delimitazione proposto in sentenza consente di precisare il primo aspetto: da un'interpretazione di tal genere l'ambito normativo del pentimento operoso non viene soltanto "ufficialmente", ristretto, in coerente prosecuzione di un orientamento consolidato che di con-

(112) KAUFMANN, *Zur Frage*, cit. 72.

(113) CALOCERO, *La logica del giudice*, cit., 116.

sueti lo restringe di fatto, esso viene in realtà del tutto *annullato*. Qualunque impedimento dell'evento delittuoso, cui l'art. 56 IV c. subordina tra l'altro il proprio effetto attenuante, rappresenterà *sempre*, infatti, un non-omettere-di-interferire rilevante già ai sensi del comma III: *qualsiasi* recesso dal delitto tentato configurerà così un'ipotesi di desistenza dall'azione. In breve: con quest'argomentazione viene *teorizzato* l'assorbimento dell'art. 56 IV c. nel comma III dello stesso articolo, e ciò costituisce un'*abrogazione* tacita del ravvedimento attivo dal sistema penale del recesso ⁽¹¹⁴⁾.

Se così è, non può sfuggire la *qualità* ermeneutica di questa argomentazione: essa rappresenta un *argumentum de lege ferenda*, perché tratta il testo normativo come *variabile* e non come *costante* ⁽¹¹⁵⁾. Un tipo di argomentazione, dunque, certamente escluso dal novero di quelli ammessi: ciò è infatti appunto vietato dal postulato del vincolo alla legge, che nella sua portata *minima* significa per il giudice l'obbligo di considerare il diritto positivo un "dato" (principio della separazione dei poteri) di cui può istituzionalmente disporre in molti modi, ma sicuramente *non* in quanto all'*an*.

d) Su questa base diventa allora comprensibile il motivo per cui la decisione del giudice di Roma è estremamente emblematica della crisi che investe in particolare l'art. 56 IV c. Basta infatti riflettere un momento sulla *funzione* che obiettivamente compete all'*argumentum de lege ferenda* in un

⁽¹¹⁴⁾ La teoria secondo cui anche il non-interferire nella causalità messa in moto costituirebbe azione esecutiva non è affatto nuova sulla ribalta delle vicende del recesso: l'aveva per esempio già sostenuta ALIMENA (*Principi*, cit., 393) nel 1910. Anche DELITALA, anni dopo, aveva manifestato un analogo ordine di idee, prendendo spunto dall'avvenuta unificazione, nel Progetto di codice Rocco, delle due forme del tentativo; aveva però perfettamente chiaro, DELITALA, che con questo ragionamento si *cancellava* il pentimento operoso dal sistema del recesso (*Le dottrine generali*, cit., 309).

⁽¹¹⁵⁾ Per questa terminologia, HASSEMER, *Die Freiwilligkeit*, cit., 238. Per questo stesso motivo DELITALA dichiarava « inesatta in jure condito » la tesi di ALIMENA (*op. loc. ult. cit.*).

sistema di diritto penale codificato: una funzione di guida e di stimolo alla legislazione quale organo di riforma — parziale o totale — del diritto vigente. Una prassi che interpreta l'art. 56 IV c. in un modo che equivale a cancellarlo dal quadro normativo del recesso — ed in più riceve il plauso di quella parte della teoria che vede in ciò il risultato di « una ortodossa e corretta concezione in materia di desistenza volontaria e pentimento operoso » ⁽¹¹⁶⁾ — non solo mette a nudo le profonde carenze sostanziali e di metodo con cui lavora su questo terreno, ma soprattutto confessa apertamente le pericolose tentazioni “ riformistiche ” alle quali non riesce — almeno non sempre — a sottrarsi.

A questo punto, però, il discorso è tutt'altro che chiuso. Se infatti si prescinde un momento da tutto quanto fin qui detto intorno alla decisione in oggetto e ci si chiede, guardando *solo* al risultato, se il giudice tutto sommato ha proprio sbagliato mandando assolta l'imputata, bisogna riconoscere che la risposta non è affatto semplice. La ragione dell'istintiva “ simpatia ” di cui sembra godere la soluzione concretamente prescelta diventa evidente non appena si effettuino delle comparazioni con talune situazioni leggermente diverse da quella decisa. Se per esempio la donna avesse personalmente mantenuto il tubo del gas alla bocca della vittima e lo avesse ritolto solo dopo avergli procurato una seria intossicazione, ma comunque in tempo utile ad impedirne la morte, con i criteri usuali di delimitazione nessuno avrebbe potuto dubitare che la donna avesse *desistito* dall'azione. Ebbene, è proprio certo che tra questa ipotesi e quella precedente esista una differenza di valore tale da giustificare *solo in un caso* l'infliczione della pena per l'omicidio tentato? Ma c'è di più: sia con gli schemi interpretativi elaborati dalla teoria del recesso che con quelli — sostanzialmente simili — di cui si

(116) DE LEONE, cit., 499.

serve la prassi, bisognerebbe punire l'imputata ai sensi dell'art. 56 IV c. anche se si fosse pentita appena qualche istante *dopo* aver chiuso la porta alle sue spalle. Un risultato certo difficile da accettare, soprattutto se ancora una volta confrontato con la situazione poco fa ipotizzata.

Queste e forse altre considerazioni ⁽¹¹⁷⁾ hanno probabilmente influito sulla decisione del giudice romano: considerazioni non dissimili sono all'origine del disagio con cui la prassi applica — quando non nè può fare a meno — l'art. 56 IV c. Da tutto ciò bisogna trarre però ancora una lezione, e sciogliere così una riserva formulata all'inizio dell'indagine. La verifica del modo di operare del criterio *ex post* veniva allora condotta, infatti, in relazione ad una casistica ben definita (quella dell'aborto), il che impediva di riconoscere alcuna validità generale alle forti perplessità cui dava luogo l'analisi: l'esame di situazioni per certi versi strutturalmente diverse non solo conferma, ma anzi accentua e precisa meglio la portata di tali perplessità, che consentono ormai di giudicare con fondato scetticismo la consistenza e la praticabilità del criterio in questione. Nelle ipotesi di tentato aborto di cui si è occupata la prassi la *atipicità* delle situazioni in cui operava lo schema *ex post* consisteva essenzialmente nella mancanza di una "rottura dinamica" del tentativo per mano dell'agente: la casistica di cui è appunto emblematica la decisione romana dimostra che anche dove è invece visibile una tale "rottura" (l'attività di tutela è qui di gran lunga meno semplice ed istantanea di una condotta impeditiva quale l'estrazione della cannula dalla vagina) ciò non è ancora *di per sè* sufficiente a giustificare l'esito della delimitazione operata col criterio in questione.

(117) Tra cui attinenti, soprattutto, alla perdurante debolezza degli argomenti con cui viene giustificata la punibilità del pentimento operoso rispetto all'essenzialità della pena prevista invece per il desistente: v. *supra*, Introduzione, par. 2.

La rivolta o l'oblio della giurisprudenza verso l'art. 56 IV c. sono il portato di una realtà cui sembra perciò adattarsi in pieno il severo giudizio recentemente formulato da un acuto osservatore — quale è Naucke — circa lo stato dei rapporti tra teoria e prassi del diritto penale: la scienza non ha carattere pratico, la prassi vive con « buona coscienza » lontana dalla scienza, tra di loro la distanza è ormai considerevole ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁸⁾ *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, in *ZStW* 85 (1973), 416-7-8.

PARTE III

La struttura della teoria della delimitazione e le possibilità del cambiamento

SOMMARIO: 1. Le insufficienze generali della teoria e della prassi del recesso. Il problema dei collegamenti tra i piani del recesso: delimitazione — volontarietà — rilevanza normativa delle forme del recesso. — 2. I criteri per la valutazione della teoria della delimitazione e le direttive concrete dell'analisi. Il primo passo: la ricognizione del fenomeno normativizzato nell'art. 56 III e IV c. 3. Il secondo passo: la "scoperta" del nesso tra la struttura del recesso e la struttura del tentativo. Le tipologie del tentativo compiuto ed incompiuto. — 4. La verifica delle insufficienze della teoria della delimitazione: A) La struttura del fenomeno; B) Il senso e la portata della definizione normativa del recesso. — 5. Segue: C) Un *criterio* di delimitazione ma nessun *principio* di delimitazione. Un caso concreto: a) la *qualità* dell'attività di tutela; b) il problema *pratico* della delimitazione. — 6. Segue: Cc) il problema del *limite minimo* e della *collocazione* dell'attività di tutela nel decorso causale. La compressione volontaria del contributo di tutela: il problema *teorico* di delimitazione. — 7. Segue: D) Il *Selbstverständnis* della teoria della delimitazione: le prospettive del cambiamento.

1. - L'indagine sul criterio di delimitazione tra le due forme del recesso ha messo in luce le responsabilità della teoria dell'art. 56 III e IV c.: responsabilità attinenti al *metodo* con cui essa ha lavorato su questo terreno, e responsabilità attinenti al *merito* dei risultati di cui si è forse un po' in fretta appagata⁽¹⁾. Limitando il suo impegno ad un'analisi meramente esegetica dell'art. 56 c.p. la teoria del recesso si è infatti illusa che fosse sufficiente alla consistenza delle sue conclusioni uno stretto e continuo legame al testo del diritto positivo: il frutto di questa illusione è appunto costituito dall'opinione che fissa nel compimento dell'attività esecutiva del colpevole il limite *iniziale* del recesso ai sensi dell'art.

(1) Su questi aspetti v. *supra*, Parte I., *passim*.

56 IV c. (2). Con tutte le conseguenze, precedentemente esaminate, che ciò inevitabilmente comporta (3).

Quando ha saputo invece prendere atto che nelle sue costruzioni i punti deboli erano troppi, e soprattutto tali da rendere improcrastinabili urgenti interventi di tamponamento, la teoria della delimitazione si è cacciata senza accorgersene in un vicolo cieco, da dove è potuta — almeno in apparenza — uscire solo pagando un prezzo sicuramente molto alto: la dilatazione più o meno massiccia della sfera della desistenza volontaria e la corrispondente, inevitabile restrizione dell'art. 56 IV c. a livelli pressoché insignificanti (4). Per questa via la teoria del recesso è riuscita indubbiamente a tappare in qualche modo alcune falle, ma ne ha aperta un'altra, sicuramente più grossa, che non ha saputo, o potuto, richiudere: non è infatti riuscita a far sì che la scelta del *limite* di separazione tra le due sfere del recesso risultasse convincente, o per lo meno non arbitraria.

Sia nel primo caso — quando ha cioè elaborato il criterio testuale *ex post* — sia nel secondo — quando ha apporato correzioni più o meno incisive a tale criterio — la teoria della delimitazione è venuta meno alla sua naturale aspirazione di fornire alla prassi uno schema applicativo capace di mantenerla *costante* nelle sue decisioni (5). Infatti, ammesso che si sia mai completamente “fidata” del criterio di delimitazione elaborato dalla dottrina, la prassi ne ha rapidamente compreso i limiti, ed ha perciò preferito — nell'incapacità di sviluppare un “proprio” schema di delimitazione

(2) Su questo punto, in particolare, v. *supra*, Parte I, par. 2.

(3) V. *supra*, Parte I, par. 3 e *passim*.

(4) Su questi svolgimenti, in particolare, v. *supra*, Parte I, par. 6 e 7.

(5) Su questa funzione della dottrina penale v. in particolare HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 176 ss.; per una riflessione teorica più generale su questa problematica v. di recente E. v. SAVIGNY, *Die Rolle der Dogmatik - wissenschaftstheoretisch gesehen*, in E. v. SAVIGNY ed altri, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, 100 ss., soprattutto 104 ss.

— risolvere ogni volta *ex novo* i suoi problemi, con tutti i rischi ed i prezzi — di cui si è già detto — che ciò inevitabilmente comporta (6).

Eclatante espressione, ed insieme punto di arrivo di tale sviluppo è senza dubbio il tentativo di *teorizzare* l'annullamento dell'art. 56 IV c. (7): ma espressione di questo processo sono anche la contraddittorietà delle decisioni in tema di delimitazione e la prevalente tendenza a risolvere "sotto banco" il problema stesso della delimitazione (8). In sintesi, la "fuga" da una norma di cui sembrano sfuggire alla prassi non solo i limiti applicativi, bensì la stessa ragion d'essere nel sistema penale del recesso (9).

Dinanzi a questa realtà la teoria non può non recitare il *mea culpa* e rimettersi subito al lavoro. Cominciando col verificare sé stessa e guardando poi se non siano per caso già disponibili modelli di delimitazione più differenziati, o almeno più efficienti (10).

Innanzitutto occorre una precisazione, che serve altresì

(6) Sull'analisi di questi svolgimenti è appunto centrata la Parte II di questo lavoro.

(7) V. *supra*, Parte II, par. 6 e 7.

(8) Il terreno dove vengono di consueto trasferiti e risolti "in incognito" i problemi della delimitazione è senza dubbio quello dove si discute della «volontarietà» del recesso: v. *supra*, Parte II, par. 2. Quanto alla contraddittorietà della prassi della delimitazione, basti pensare alla casistica del recesso dal delitto di aborto (*supra*, Parte I, par. 3) o a quella dei tentativi di truffa alle assicurazioni (*supra*, Parte II, par. 5): non appena la struttura del fatto si discosta in qualche modo dagli *standards* abituali diventa difficile prevedere gli atteggiamenti della giurisprudenza su questo terreno.

(9) È francamente difficile credere che, se dal 1930 ad oggi i casi di pentimento operoso registrati nei massimari di giurisprudenza sono tanto pochi, ciò sia da attribuire solo al caso: soprattutto considerando che i repertori tedeschi sono invece abbastanza ricchi al riguardo. È lecito ipotizzare che la prassi dell'art. 56 IV c. "nasconda" tra le pieghe del sistema penale — almeno di tanto in tanto — casi che non vuole, o non sa, o non può trattare nella loro sede naturale?

(10) Questi ultimi aspetti verranno soltanto accennati nel corso della presente ricerca: in un lavoro di prossima pubblicazione sarà ad essi dedicato lo spazio e l'attenzione che meritano.

ad introdurre nell'analisi della teoria della delimitazione un punto di vista forse non sempre adeguatamente meditato.

Che per la teoria della delimitazione "guardarsi un po' intorno" significhi, in concreto, cercar lumi anche nell'ambito di esperienze giuridiche diverse dalla nostra, è del tutto evidente: non significa affatto, però, che ciò non sia finora avvenuto. È vero invece il contrario, e sarebbe del resto ben strano se così non fosse stato. Il lettore più informato saprà — e quello più attento avrà sicuramente già inteso, se non altro per i riferimenti delle pagine precedenti — che nell'area giuridico-culturale europea le vicende del recesso dal delitto tentato si svolgono, sotto il profilo storico, su uno scenario sostanzialmente comune: soprattutto la dottrina italiana e quella di lingua tedesca mantengono un livello di comunicazione costantemente elevato, ed i contatti raggiungono un elevatissimo grado di intensità già nel secolo scorso, oltre che in quello attuale ⁽¹¹⁾. Anche perciò, del resto, non può meravigliare troppo che la legislazione penale del recesso, soprattutto di parte generale, nell'area giuridica europea presenti sostanziali affinità: se non nella scelta delle conseguenze penali di volta in volta riconnesse all'interruzione volontaria del tentativo, nell'*organizzazione normativa* del fenomeno. Qualche esempio concreto: così come l'art. 56 c.p., anche il § 24 dello *StGB* tedesco, gli artt. 21 e 22 del c.p. svizzero ed il § 16 dello *StGB* austriaco distinguono espressamente, e con una terminologia pressoché identica, il recesso mediante desistenza dall'azione dal recesso mediante impedimento dell'evento ⁽¹²⁾, creando così una situazione in cui i pro-

(11) Proprio così si spiega il disappunto con cui BAUMGARTEN (*Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1888, 58) sottolinea che CARRARA aveva ignorato la dottrina tedesca nel suo «*Studi sul delitto perfetto*».

(12) Il codice tedesco e quello austriaco prevedono l'impunità sia per la desistenza che per il pentimento; il codice svizzero affida al giudice la scelta tra: impunità-punibilità piena per la desistenza; piena punibilità-attenuazione della pena per il pentimento operoso (si discute se sia consentita la sola attenuazione di pena anche

blemi di delimitazione sono *strutturalmente* simili, appunto perché connessi a schemi normativi che hanno in comune la prospettiva nella quale inquadrano il fenomeno.

Del tutto ovvio, perciò, che l'attuale teoria della delimitazione non ha davvero bisogno degli inviti di nessuno per tener d'occhio — come fa — anche ciò che avviene “ nel campo del vicino ”. Il problema è allora un altro, e appunto ad esso si intendeva far riferimento nelle pagine precedenti: proprio perché l'area giuridica europea ha prodotto, per tanti versi, *una* dommatica ed *una* normativa del recesso, è necessario “ guardarsi intorno ” con raddoppiata cautela. In breve: bisogna non perdere di vista un istante i limiti in cui è possibile ed opportuno far ricorso alle esperienze altrui sul terreno della delimitazione, perché su questo terreno ogni equivoco si pagherebbe a caro prezzo.

Questo discorso non ha soltanto il senso di una “ ammonizione ”: esso contiene invece un'ipotesi concreta, l'ipotesi che nei paventati equivoci sia talvolta incorsa la teoria dell'art. 56 III e IV c. Esaminare quest'ipotesi significa anche intraprendere la verifica di taluni aspetti essenziali all'equilibrio dell'attuale teoria della delimitazione.

Innanzitutto un dato: soprattutto la teoria e la prassi del § 24 *StGB* lavorano con strumenti dommatici e dati normativi fortemente simili ai nostri. Della struttura del § 24 *StGB* si è già detto; quanto ai criteri di delimitazione di cui fanno uso i giuristi d'oltralpe, essi sono — né più né meno — quelli a tal uopo sviluppati pressoché in tutta l'area giuridica europea almeno negli ultimi due secoli. Questi strumenti sono il concetto di azione esecutiva, la nozione di attività impeditiva dell'evento, il tentativo compiuto, incompiuto, fallito: in larga misura, questi strumenti operativi presentano i con-

nelle ipotesi di desistenza: SCHULTZ, *Einführung*, cit., *Erster Band*, 251, ritiene di no).

tenuti che hanno lentamente acquisito nel corso di una lunga vicenda dommatica, i cui momenti salienti sono a tutti più o meno noti ⁽¹³⁾. Sono presenti dunque le migliori premesse perché la teoria dell'art. 56 c.p. abbia potuto e possa tuttora volgere lo sguardo al di là del suo orizzonte scientifico-normativo senza doversi assumere un onere di "traduzione" troppo elevato rispetto all'utile che ne può forse trarre. Ma sono presenti anche le migliori premesse per poter inciampare in pericolosi fraintesi.

I problemi della delimitazione non hanno *mai* una vita autonoma all'interno delle vicende complessive del recesso: così, per esempio, autonome certo non sono, da questo punto di vista, le ristrutturazioni del concetto di azione esecutiva con cui lavorano teoria e prassi dell'art. 56 c.p. ⁽¹⁴⁾, o la nozione di volontarietà ⁽¹⁵⁾, e nessun altro elemento costitutivo della fattispecie. È vero invece il contrario: le diverse componenti del recesso si muovono su piani distinti ma ciò nonostante strettamente connessi tra loro, piani da esaminare perciò opportunamente separati, sempre che si abbia però ben in vista che già in sede di elaborazione teorica, oltre che — ovviamente — a livello di funzionamento pratico, il meccanismo normativo del recesso presuppone proprio il loro conti-

(13) Sugli svolgimenti storici della dottrina del delitto tentato nella prospettiva del recesso, fondamentale lo studio di GOLDSCHMIDT, *Die Lehre vom unbeeendigten und beendigten Versuch*, 1897, in cui si indagano anche le relazioni tra *delictum perfectum* di MENOCHIO, *delitto frustrato* di ROMAGNOLI, *délit manqué* dei francesi, *geendigter Versuch* di KLEIN, ed infine *beendigter Versuch* della dottrina tedesca di fine '800. V. altresì ZACHARIÄ, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, *Zweiter Teil*, 1839, soprattutto 1-49 e 230-269, ed HERZOG, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue*, 1889, 56 ss., 148 ss.

(14) V. rispettivamente *supra*, Parte I, par. 6 e Parte II, par. 1 e par. 6-7.

(15) V. *supra*, Parte II, par. 2 e 3. Mette da ultimo in risalto ROXIN, con particolare chiarezza, la diffusa tendenza a discutere sul terreno della «volontarietà» problemi di delimitazione che sarebbe invece più corretto e fruttuoso discutere su altri piani: *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, in *Jur. Schulung* 1980 (I ss.) 3 ss. In questo senso v. anche BOTTKE, *op. cit.*, 364 ss.

nuo intersecarsi e condizionarsi, anche pesantemente, a vicenda ⁽¹⁶⁾.

Ciò ha un significato preciso: una valutazione corretta ed intelligente di orientamenti, principi o specifici schemi di delimitazione sviluppati nell'ambito di una determinata esperienza giuridica non può trascurare di prendere in conto ed approfondire le relazioni intercorrenti tra delimitazione — volontarietà — rilevanza normativa delle due forme del recesso. Scoprire questi nessi dovrebbe essere talvolta veramente elementare: si pensi al solito caso di avvelenamento in cui è stato versato il veleno nella bevanda ma questa non è stata ancora bevuta dalla vittima designata. La teoria del recesso — sia italiana che di lingua tedesca — in casi del genere sembra non avere alcun dubbio: con l'avvelenamento della bevanda il tentativo è ormai *compiuto* ⁽¹⁷⁾, il recesso dell'agente costituirà dunque un pentimento operoso e non una desistenza dall'azione ⁽¹⁸⁾.

Il risultato della delimitazione è qui lo stesso: bisogna sottolineare però che il suo reale significato discende solo dal collegamento con altre componenti del sistema. Quando la teoria del § 24 StGB inquadra nel tentativo compiuto la suddetta ipotesi di avvelenamento agisce infatti — e ne è ovviamente consapevole — in una situazione di *indifferenza* del meccanismo normativo verso l'esito della delimitazione: questo meccanismo reagisce infatti *sempre* alla stessa maniera dinanzi a casistiche di tal genere, qualunque sia il risultato della delimitazione (impunità dell'agente). Quando la teoria dell'art. 56 c.p. qualifica come pentimento operoso questo me-

⁽¹⁶⁾ La dottrina del recesso, soprattutto di lingua tedesca, è stata sempre perfettamente consapevole che la problematica della *ratio* dei benefici accordati al recedente costituisce il punto di confluenza dell'elaborazione teorica di ciascuna delle singole sfere del recesso: v., per tutti, ULSENHEIMER, *op. cit.*, 2 ss.

⁽¹⁷⁾ Così, espressamente, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1976, 236.

⁽¹⁸⁾ Così GALLO, *Le forme del reato*, cit., 68-9.

desimo tipo di recesso agisce invece in un sistema — come essa ben sa — che non è *mai* insensibile al risultato della delimitazione, appunto perché diversifica la sua risposta in reazione alle due forme di interruzione del tentativo.

Altre volte l'intreccio fra delimitazione-volontarietà-conseguenze sanzionatorie è forse un po' più complesso, ma comunque non meno chiaro: un esempio tratto dalla giurisprudenza tedesca più recente servirà a spiegare meglio questo discorso, ed almeno a lumeggiare lo spessore e l'importanza del problema cui si fa riferimento. Un uomo aveva deciso di uccidere sé stesso ed i suoi tre bambini con i fumi di scarico della sua auto: fatto il collegamento, dato un sonnifero ai figli, accese il motore e si predispose a morire. Uno dei bambini però si svegliò e gridò al padre di spegnere il motore: l'uomo, che voleva uccidere i figli in modo indolore e senza che se ne accorgessero, decise di recedere. Il *BGH* stabilì che l'uomo « aveva certo impedito il verificarsi della morte sua e dei figli spegnendo il motore, ma ciò non era stato volontario nel senso del § 24 *StGB* »⁽¹⁹⁾. I due momenti della decisione sembrerebbero dunque chiari: 1) l'uomo ha realizzato un *recesso attivo*; 2) tale recesso è *involontario*, e dunque punibile. Ma le cose, in realtà, non sono affatto così semplici: per il *BGH* non ha qui alcuna importanza la delimitazione interna tra desistenza e pentimento, perché *all'interno* di questa alternativa non è possibile discutere su punibilità / non punibilità del tentativo. Questa discussione può invece essere fatta sul piano della « volontarietà »; la delimitazione, perciò, viene in realtà spostata « più innanzi », dove appunto viene deciso, in maniera a prima vista incomprensibile, che il recesso attuato al solo scopo di non far soffrire la vittima sarebbe involontario⁽²⁰⁾.

(19) V. la sentenza in *Neue Jur. Wochenschrift* 1979, 1420.

(20) È opportuno segnalare che nell'ambito dell'ordinamento giuridico tedesco la rinnovata attenzione con cui la dottrina del recesso guarda ormai da alcuni anni alla

In un sistema come quello dell'art. 56 c.p. sarebbe invece del tutto ingiustificato trascurare, in un caso del genere, la delimitazione interna, dal momento che già a questo livello si decide la qualità della risposta del sistema: si dovrebbe perciò esaminare con estrema attenzione se la fase della desistenza esimente sia già superata oppure no, ed in caso affermativo sarebbe poi ancor più necessario vagliare se il pentimento dell'agente sia involontario — come “ stranamente ” ha ritenuto il *BGH* — oppure no.

Il significato del discorso fin qui svolto dovrebbe essere piuttosto chiaro. La teoria e la prassi dell'art. 56 III e IV c. hanno da tempo posto il concetto di « compimento dell'azione esecutiva » a cardine del criterio di delimitazione: il riferimento al testo normativo ha consentito loro di precisare l'ambito ed il contenuto di questo concetto. I fatti hanno dimostrato che questa via è impraticabile, ma ciò nonostante si continua a percorrerla, cercando aiuto nei più vari espedienti ⁽²¹⁾. Tra i motivi che condizionano questo atteggiamento è certamente anche la fortuna ed il prestigio che sembrano arridere ormai da anni a questo concetto sulla scena internazionale del recesso: la teoria e la prassi dell'art. 56 c.p. compirebbero probabilmente un buon passo in avanti se imparassero a *differenziare*, prendendo atto che almeno in funzione di delimitazione *interna* (desistenza - pentimento) questo concetto è pericoloso nel nostro sistema, laddove invece può risultare perfettamente funzionale ad un sistema anche solo parzialmente diverso.

Questo sarebbe dunque un primo passo avanti: ma non

figura del *fehlgeschlagener Versuch* è appunto il portato dell'aspirazione ad “ alleggerire », da una parte, la discussione scientifica sulla « volontarietà » ed a rendere, dall'altra, più controllabile e trasparente l'attività della prassi sul terreno della « volontarietà ». V. ancora ROXIN, *op. loc. ult. cit.*, ULSENHEIMER, *op. cit.*, 324 e BOTTKE, *op. cit.*, 353 ss.

(21) V. *supra*, Parte I, par. 6.

certo l'unico che teoria e prassi dell'art. 56 c.p. potrebbero compiere semplicemente imparando a valutare correttamente la consistenza di strumenti concettuali di " largo consumo " nei moderni sistemi europei del recesso. Due esempi, su temi di grande rilievo.

« Azione esecutiva » è quella svolta *personalmente* dal colpevole: essa cessa quando gli altri sviluppi necessari alla produzione dell'evento sono rimessi all'opera di terzi o all'autonomo svolgimento di fattori causali ⁽²²⁾. Questa regola è tra le costanti della teoria e della prassi della delimitazione, nel nostro e negli altri sistemi penali cui si fa riferimento. Colui che ha manipolato l'interruttore della corrente in casa del vicino, in modo tale che dall'inserimento del contatto derivi un corto circuito e quindi un incendio, ultimato il collegamento si è già preclusa la possibilità di *desistere* ⁽²³⁾. Ancora: colui che ha predisposto il necessario per provocare un incendio nell'altrui fienile ed ha all'uopo già acceso la miccia, può ormai solo « impedire l'evento » ⁽²⁴⁾. Questi esempi sono comuni alla manualistica di lingua italiana ed a quella di lingua tedesca sul recesso: essi dimostrano chiaramente come il significato della regola di delimitazione varia col variare delle altre componenti del sistema.

Se la teoria e la prassi dell'art. 56 c.p. si sentono legate a regole di tal genere non è senza ragione: queste regole sono il frutto di lunghe e complesse vicende dommatiche, in cui non è affatto semplice interferire. È però essenziale che la teoria e la prassi del recesso si rendano conto sia del valore *intrasistemico* di tali regole, e sia che — in ogni caso — non queste o altre regole, bensì solo i *principi generali* di

(22) V., per tutti, JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 437, SCHÖNKE-SCHRÖDER, (ESER), *Kommentar*, cit., § 24, 311, 11; PAGLIARO, *Principi*, cit., 502.

(23) SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 634.

(24) SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 623; BOSCARELLI, *Compendio*, cit., 152. Un esempio simile in MACCIARE, *Diritto penale*, cit., 552.

delimitazione che le sorreggono, garantiscono la funzionalità e la stabilità del sistema.

“ Trovare ” all'interno del sistema normativo del recesso tali principi generali è innanzitutto compito della teoria della delimitazione: quando essa esaurisce il suo lavoro nella produzione di uno o più *schemi* operativi espone infatti per ciò stesso il sistema del recesso al rischio di risposte frammentarie o irrazionali. Nelle pagine precedenti sono stati illustrati i prodotti dell'attuale teoria dell'art. 56 III e IV c.: non a caso, di *principi* di delimitazione non fu fatto allora alcun cenno. La realtà è infatti proprio questa: tali principi non sembrano *hic et nunc* disponibili, e tanto meno si possono “ inventare ”. Questo dato, la cui gravità non deve essere certo sottolineata, non può fare, in verità, meraviglia: l'estrema schematicità, le carenze, le ristrutturazioni del criterio di delimitazione elaborato dalla teoria dell'art. 56 c.p. costituiscono infatti il portato, sul piano operativo, di insufficienze e di limiti situati più a monte, lì dove appunto si costituisce una *teoria* e non semplicemente una *regola* concreta di delimitazione. È dunque a monte che devono essere ricercate le ragioni del fallimento della teoria della delimitazione: ricercarle significa anche porre le premesse concettuali e metodologiche per la costruzione di una teoria della delimitazione; trovarle, significa aver fatto qualche passo sulla via della ricostruzione.

2. - Quando un sistema normativo inquadra espressamente il recesso dal delitto tentato nell'alternativa desistenza dall'azione — impedimento dell'evento, la scienza del diritto penale non ha bisogno di “ inventare ” le linee di un corretto approccio metodologico alla delimitazione: essa ha invece un compito ben più immediato, che consiste nell'elaborare compiutamente una *teoria* della delimitazione. In concreto: sviluppare al massimo le potenzialità del sistema per

renderlo capace di reagire in maniera il più possibile *uniforme, prevedibile e razionale* ai molteplici tipi di sollecitazione cui esso viene — o potrebbe venire — sottoposto in sede applicativa ⁽²⁵⁾.

Se questa è la funzione sistematica che deve assolvere qualsiasi teoria della delimitazione, sono anche chiari i criteri con cui essa deve essere giudicata: A) la sua capacità di assimilare correttamente la situazione di “partenza”, di comprendere cioè gli aspetti *strutturali* del fenomeno sotteso al dato normativo su cui lavora; B) la misura in cui riesce a cogliere il *sensu* ed a spiegare criticamente la *portata* di tale dato; C) i concreti *schemi* operativi e, soprattutto, i *principi generali* di delimitazione che essa riesce ad esprimere; D) la sua capacità complessiva di favorire la *stabilizzazione* del sistema su livelli ottimali di funzionamento.

Il raffronto con questi indici di valutazione crea le premesse per perseguire nelle condizioni più favorevoli due obiettivi diversi, ma di pari importanza: da una parte, dovrebbe risultare infatti più agevole concettualizzare globalmente le insufficienze metodologiche della teoria della delimitazione nel nostro sistema del recesso; dall'altro, è facile intravedere nel coordinamento dei suddetti parametri le linee fondamentali di uno schema *analitico* che dovrebbe consentire di convogliare ordinatamente, e rendere perciò realmente utilizzabili, dati, proposte, criteri operativi sviluppati nell'ambito di altre esperienze normative e che, analizzati al di fuori di una pur minima struttura concettuale di “traduzione”, sarebbero frequentemente esposti al rischio di essere fraintesi ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Da un punto di vista generale, discutono di recente su questi temi ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., 326 ss., ed HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., *passim*, e soprattutto 75 ss.

⁽²⁶⁾ Una approfondita analisi della metodologia e della prassi della delimitazione nei sistemi penali dell'area giuridica tedesca, con particolare riferimento ai modelli sviluppati in relazione al § 24 StGB, non potrà purtroppo essere svolta in questa sede.

L'indagine fin qui svolta consente di porre il dato iniziale, a cui deve orientarsi l'ulteriore sviluppo della ricerca: lo schema di delimitazione elaborato dalla teoria dell'art. 56 c.p. è strutturalmente inadeguato: più precisamente, è scarsamente *differenziato* rispetto alla gamma dei fenomeni di delimitazione cui dovrebbe applicarsi ⁽²⁷⁾. L'esame della prassi ha confermato questo risultato: il criterio *ex post* non riesce a "comprendere" una larga fascia di ipotesi, con le conseguenze che ciò comporta per il sistema dell'art. 56 c.p. ⁽²⁸⁾. Di questa realtà precaria sono ormai noti molti aspetti essenziali: e sono appunto questi gli aspetti che è necessario elaborare nella prospettiva specifica in cui si muove ora l'indagine.

Nell'ambito di tale prospettiva, che ha un interesse prevalentemente metodologico, il quadro del "dare ed avere" è più o meno il seguente.

Sappiamo: 1) ciò che la teoria della delimitazione è; 2) *come* la prassi della delimitazione oggi funziona; 3) in che direzione questa stessa prassi sembra *evolvere*. Non sappiamo invece: 1) *perché* la teoria della delimitazione così è; 2) *come* essa potrebbe o dovrebbe essere; 3) *in che modo* potrebbe reagire la prassi della delimitazione a cambiamenti più o meno radicali della teoria. Questi tre aspetti sono strettamente connessi tra loro: solo entro limiti sarà perciò possibile tenerli rigorosamente distinti nel corso dell'indagine.

La precisazione dei quesiti testé formulati costituisce una tappa importante per il prosieguo dell'analisi: sono così rese disponibili, infatti, tre direttrici concrete, che faciliteranno la

(27) V. *supra*, Parte I, par. 4 e 5.

(28) Tali conseguenze sono: contraddittorietà (si pensi alle ipotesi di tentata truffa alle assicurazioni: *supra*, Parte II, par. 4); imprevedibilità (si pensi alla casistica del recesso dal delitto di aborto: *supra*, Parte I, par. 3); irrazionalità (il sistema che nega sé stesso, teorizzando l'annullamento di una sua parte: v. la decisione di cui si discute nella Parte II, par. 6 e 7).

discussione ed il continuo controllo dei risultati. Prima di procedere è però necessario dar conto delle ragioni di una scelta, che avrà forse sorpreso il lettore: la scelta consiste nell'aver posposto l'analisi della *metodologia* a quella dei *contenuti* della teoria della delimitazione. Le ragioni di questa scelta sono due, e vengono qui esposte sinteticamente, senza ulteriori commenti: la prima è che l'indagine sui *contenuti* di una teoria che ha tanto poca coscienza di sè, quale appunto la teoria della delimitazione, era condizione indispensabile perché la riflessione sulla *metodologia* con cui essa si svolge avesse un punto di riferimento e di verifica in qualche misura concreto; la seconda è che solo *dopo* l'esame dei rapporti esistenti tra teoria e prassi della delimitazione era possibile elaborare uno schema *globale* d'analisi — come quello in precedenza delineato — e le tre direttrici principali dell'indagine — quelle appunto testè formulate: il che rende possibile semplificare e canalizzare la riflessione sul tema in oggetto.

Quando in un sistema del recesso l'alternativa desistenza dall'azione / impedimento dell'evento è espressamente normativizzata, la teoria della delimitazione non deve fare alcuno sforzo preliminare di *impostazione* per mettere mano al lavoro dommatico che per definizione le compete. La " situazione di partenza " è infatti inconfondibile almeno riguardo ad un aspetto di primaria importanza, un aspetto che concerne un dato di *struttura*: nella descrizione normativa del recesso sono positivizzate due distinte modalità di realizzazione che corrispondono ad altrettante, distinte fasi di sviluppo dell'*iter criminis* del reato commissivo ⁽²⁹⁾.

(29) Nessun dubbio che questo " tipo " di normativa del recesso sia ritagliata sul reato commissivo: così da ultimo SCHÖNKE-SCHRÖDER (ESER), *Kommentar*, cit., § 24, 315, n. 27; ciò pone, ovviamente, problemi di « adattamento » per le ipotesi di recesso nei reati omissivi: v. ancora SCHÖNKE-SCHRÖDER (ESER), *op. loc. cit.*, e JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 518 ss., i quali distinguono — soprattutto nei delitti

Questo dato non ha bisogno di particolari elaborazioni per poter essere funzionalizzato alla costruzione di una teoria — di una qualunque teoria — della delimitazione: è sufficiente invece prenderne atto per disporre della *prospettiva* in cui il sistema normativo del recesso vuole inquadrata la realtà fenomenica dell'interruzione del delitto tentato⁽³⁰⁾. Questo primo passo, che è sicuramente alla portata anche della teoria della delimitazione meno evoluta, rappresenta ormai da tempo — ed a tutte le latitudini — la parte forse più *rutinaria* della dommatica del recesso.

Sottovalutare l'importanza dell'acquisizione di questo dato sarebbe sbagliato: è infatti proprio in questo modo che la teoria della delimitazione pone le premesse del successivo, rilevante passo in avanti verso la concettualizzazione del fenomeno su cui lavora. A questo punto diventava infatti possibile giovare di uno dei non molti risultati consolidati di una dommatica affine ed antica, quella del delitto tentato. In concreto, la definizione normativa del recesso riferita una volta all'azione ed una volta all'evento costituisce il portato, sul piano della delimitazione, di due diversi momenti *strutturali* del tentativo: soltanto nella fase del c.d. tentativo *incompiuto* il recesso può realizzarsi attraverso una mera "omissione", mentre in quella del c.d. tentativo *compiuto* esso è ormai possibile solo sotto forma di intervento impeditivo dell'evento⁽³¹⁾. In questa maniera la teoria della delimitazione

omissivi impropri — la desistenza dal pentimento operoso; *contra*: RUDOLPHI, in *SK*, cit., *vor.* § 13, 90, n. 56, che in questi ultimi delitti ritiene configurabile solo il pentimento operoso. In tal senso, di recente, si esprime anche SCHMIDHÄUSER, *Teleologisches Denken in der Strafrechtsanwendung*, in *Fest. Würtemberger*, 1977, 100.

(30) La funzione della fattispecie non consiste infatti nel dare all'interprete « informazioni sulla realtà, bensì piuttosto una determinata *visuale* della realtà »: HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., 110.

(31) Fin qui la teoria della delimitazione procede in maniera assolutamente unitaria: v., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 396-7, e JESCHECK, *Lehrbuch*, 437. Anche chi, come ULSENHEIMER, si sforza di svincolare la teoria della delimitazione

può segnare due punti a suo favore: da una parte, riesce infatti a spiegare in modo convincente la formazione " bifasica " del recesso nell'art. 56 c.p. ⁽³²⁾, e dall'altra pone le basi per l'elaborazione *sistematica* delle distinte sfere normative del recesso.

La teoria della delimitazione è agevolmente in grado di raggiungere questo livello di acquisizione: a questo punto essa ha realizzato le condizioni *minime* indispensabili a qualunque serio sviluppo. Ma questa tappa è in realtà importante da un altro punto di vista: d'ora innanzi, la teoria della delimitazione deve camminare — per così dire — sulle sue sole gambe: non può chiedere altri lumi al legislatore, che positivizzando l'alternativa desistenza dall'azione/impedimento dell'evento ha fatto tutta la sua parte, dimostrando di saper enucleare e mettere a frutto i risultati più consolidati di una secolare vicenda dommatica; non può pretendere altri aiuti dalla formulazione testuale della norma, che in quanto a chiarezza e linearità di struttura non si presta davvero ad alcuna forma di recriminazione " dottrinarica "; infine, d'ora innanzi il ricorso alla dommatica del tentativo presuppone quanto meno la disponibilità a rimeditare criticamente ogni contributo nella prospettiva dell'impianto teorico cui deve essere funzionalizzato.

Alla teoria della delimitazione viene così richiesto il primo, decisivo sforzo di riflessione: uno sforzo che però non sempre e non nella stessa misura essa è in grado di compiere.

dal troppo stretto contatto con le categorie dommatiche del tentativo compiuto ed incompiuto, si preoccupa però di sottolineare che, per la sua formulazione, il § 24 StGB indubbiamente fa riferimento a due diversi stadi del tentativo (*op. cit.*, 148-9). Nello stesso senso v. anche v. SCHEURL, *Rücktritt*, cit., 44.

(32) Lo stesso può dirsi, ovviamente, per la teoria della delimitazione nell'ambito dello StGB: GEILEN, per esempio, afferma esplicitamente che la struttura normativa del § 24 rappresenta la « necessaria conseguenza » della struttura differenziata del tentativo: *Strafrecht*, A.T., 1977, 172-3.

3. - La teoria dell'art. 56 III e IV c. prende atto dei due tipi di delitto tentato impliciti nella normativa del recesso: ciò significa che dispone ormai di una prospettiva metodologicamente adeguata al passaggio dell'*esegesi* della norma (la teoria dei casi *non* problematici) all'elaborazione di un *sistema* della delimitazione (la teoria dei casi *problematici* e *non*)⁽³³⁾. Ma di questa *chance* essa non sa — o non vuole — trarre profitto: si limita infatti ad una diligente ma passiva registrazione del dato. In concreto: la "scoperta" del nesso tra la struttura del recesso e la struttura del tentativo le serve unicamente per conferire una legittimazione "teorica" a quanto in realtà già acquisito con l'interpretazione testuale della norma. In quanto *teoria* della delimitazione essa compie così non un solo passo in avanti. Questa affermazione ha bisogno di essere specificata e dimostrata: ciò è appunto quanto si cercherà brevemente di fare.

La verifica più semplice consisterebbe nel controllare in che modo la teoria della delimitazione *definisce* i due stadi del delitto tentato: ma la scarsità delle informazioni che è possibile attingere in tal sede distolgono decisamente da un proposito del genere⁽³⁴⁾. Non resta, allora, che rivolgersi all'esemplificazione con cui di consueto vengono illustrati gli aspetti differenziali delle due fasi del tentativo. Tale esemplificazione è, almeno in parte, già nota: da essa proviene la casistica che in precedenza è servita alla discussione del

(33) Il termine « sistema » si intende qui nella seguente accezione generale: un complesso di elementi ed un complesso di relazioni intercorrenti tra gli elementi medesimi, dove appunto queste ultime costituiscono la *struttura* del sistema. V. per questa definizione, KLAUS, (Hrsg), *Wörterbuch der Kybernetik*, Bd. 2, 1969, 634. Per una sintetica informazione sull'attuale stato della discussione: BÜLLESBACH, *Systemtheoretische Ansätze und ihre Kritik, in Einführung in Rechtsphilosophie*, cit., 235 ss.

(34) Il tentativo è compiuto quando « l'attività esecutiva è esaurita, ma l'evento non si è ancora verificato », dice per esempio ANTOLISEI, che ritiene addirittura superfluo precisare la definizione del tentativo incompiuto (*Manuale*, cit., 405). Su dati così schematici sarebbe azzardata qualsiasi ipotesi di lavoro.

criterio di delimitazione *ex post* ⁽³⁵⁾. Ora, però, è diverso: in particolare, l'analisi cui essa deve essere sottoposta è *funzionalmente* diversa. Si tratta infatti di acquisirne la struttura *globale*, le caratteristiche complessive, tutti quegli elementi — per intenderci — che condizionano non tanto — o non solo — la formazione di singoli *criteri* di delimitazione, bensì piuttosto la stessa *teoria* della delimitazione che su di essi lavora.

Per il tentativo incompiuto: il ladro ha aperto la porta con la chiave falsa, ma poi lascia tutto e si allontana ⁽³⁶⁾; l'avvelenatore dopo le prime dosi si astiene dalle indispensabili somministrazioni successive ⁽³⁷⁾. Per il tentativo compiuto: tutte le dosi di veleno sono state somministrate ed il reo trasporta la vittima in ospedale ⁽³⁸⁾; l'agente scaglia il nemico nel fiume, poi si tuffa e lo trae in salvo dalle acque ⁽³⁹⁾, etc.

Nella struttura complessiva di questa casistica sono evidenti almeno tre *costanti*, che rivestono — come si vedrà — un particolare significato nella determinazione di un indice qualitativo di primaria importanza per la teoria della delimitazione. Tali costanti sono: a) la perfetta sincronia tra la visione *soggettiva* del fatto da parte dell'autore e la dimensione reale, *oggettiva* dell'episodio criminoso; b) la progressione controllata ed uniforme dello stato di pericolo verso la corrispondente situazione di danno; c) l'assenza di fasi "ambivalenti" nel decorso causale (il pericolo d'evento è "grosolanamente" sorto o non c'è affatto). Se su questo impianto si inseriscono i rispettivi elementi di specificazione delle due

⁽³⁵⁾ V. *supra*, Parte I, par. 4 e 5.

⁽³⁶⁾ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 397; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 405.

⁽³⁷⁾ MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*, PAGLIARO, *Principi*, cit., 503.

⁽³⁸⁾ MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*; PAGLIARO, *op. loc. ult. cit.*; ANTOLISEI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁹⁾ ANTOLISEI, *op. loc. ult. cit.*; MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

forme del delitto tentato, il risultato è il seguente: a) il *modello* del tentativo incompiuto sarà rappresentato dalle ipotesi di c.d. azione " cumulativa ", in cui l'effetto definitivo può determinarsi *solo* attraverso la somma di un certo numero di atti, perfettamente prevedibili e controllabili da parte di chi li esegue; b) il *modello* del tentativo compiuto sarà invece costituito dai casi in cui soggettivamente ed oggettivamente sono state interamente realizzate le condizioni *ideali* del verificarsi dell'evento: il decorso causale è ormai autonomamente proteso verso il risultato. In entrambi i modelli volontà di realizzazione e pericolo d'evento si sviluppano in costante e completa armonia: dal momento in cui sorgono a quello in cui simultaneamente si esauriscono.

Il senso del " trapianto " testé eseguito ha appena bisogno di essere illustrato: dal tessuto della casistica di cui si serve la teoria dell'art. 56 sono state enucleate le caratteristiche generali comuni, e su queste sono state innestate le componenti specifiche dei due stadi del tentativo: ciò che ne è derivato sono i tipi strutturalmente più *elementari* che la dottrina del delitto tentato ha saputo isolare ⁽⁴⁰⁾. Sono appunto questi i tipi sui quali è modellata la casistica della teoria della delimitazione: questi e nessun altro. Lavorando su questi modelli la teoria della delimitazione non fa un solo passo avanti " sulle sue gambe ": al contrario, approfitta addirittura poco — e male — dei passi compiuti da " altri " ⁽⁴¹⁾. Su questi aspetti è necessario fermare l'attenzione: qui è infatti il punto di emergenza delle insufficienze " originarie " della teoria dell'art. 56 III e IV c.

La teoria della delimitazione fa senza dubbio un passo avanti quando acquista consapevolezza che un sistema del recesso articolato su modalità progressive di realizzazione non

(40) Cfr. БОТТКЕ, *op. cit.*, 421 ss.

(41) Questo punto verrà meglio chiarito nelle pagine successive.

può essere sviluppato senza elaborare i differenti gradi di esecuzione dell'azione criminosa. Quando invece esaurisce la sua analisi nei due modelli-base del delitto tentato, in quanto *teoria* della delimitazione fa sicuramente almeno tre gravi passi indietro. Il primo, e forse il più gravido di conseguenze, trova espressione nella ristrettezza della prospettiva in cui la definizione normativa del recesso viene collegata all'analisi delle tipologie del delitto tentato. Il secondo è costituito — per così dire — dalla banalizzazione dell'approccio correttamente instaurato con la discussione del rapporto: struttura del tentativo — modalità del recesso. Il terzo, infine, consiste in ciò, che essa perde così definitivamente l'opportunità di ampliare ordinatamente il suo orizzonte speculativo proprio agli aspetti problematici della delimitazione: aspetti che, ovviamente, espulsi ora dalla porta rientreranno prima o poi dalla finestra ⁽⁴²⁾.

4. - Sono così indicati sinteticamente i quattro momenti fondamentali nello sviluppo della teoria della delimitazione. A questo punto la situazione sembra matura per cominciare a trarre le fila della discussione fin qui svolta: ed è innanzitutto necessario precisare che cosa intenda e quale obbiettivo persegua una riflessione che si definisce « conclusiva » sugli svolgimenti della teoria della delimitazione nell'art. 56 III e IV c. c.p.

L'indagine finora svolta ha consentito di mettere a fuoco i momenti più rilevanti di un lungo processo teorico: ma per fare ciò è stata appunto costretta ad isolarne le singole fasi, verificarne i contenuti, i limiti, e così via. Questo tipo d'indagine, che ha reso possibili risultati probabilmente non

(42) La teoria della delimitazione verrà infatti costretta alle continue ristrutturazioni del concetto di « azione esecutiva » di cui si è già detto (*supra*, Parte I, par. 6): e ciò, ovviamente, in modo disorganico, al di fuori di una prospettiva unitaria e coerente.

raggiungibili per altra via, non è però esente da costi: costi che solo in parte — e non in eguale misura — è realmente possibile “ contenere ”. Tra essi, è opportuno dar conto brevemente di alcuni. Tra i meno contenibili: l'insopprimibile componente di “ arbitrarietà ” che qualunque operazione concettuale di “ scomposizione ” di per sè inevitabilmente comporta. Tra quelli invece, entro certi limiti, meglio controllabili: il rischio che proprio per la struttura “ settoriale ” dell'analisi restino in secondo piano gli stretti collegamenti esistenti tra i differenti stadi concettuali di cui si è finora discusso.

Dei costi inerenti all'“ arbitrarietà ” dei tagli operati nelle vicende teoriche della delimitazione l'indagine non deve certo farsi carico ora: ne aveva infatti consapevolezza — e li ha dunque accettati — fin dall'inizio. La *misura* in cui sia riuscita a contenerli attraverso scelte razionalmente controllabili, è ovviamente un altro discorso, di cui non è certo essa a doversi occupare. Quanto invece all'altro problema, la sua soluzione è implicita nello sviluppo stesso dell'indagine: ricomporre in un quadro di sintesi i risultati finora acquisiti è infatti condizione indispensabile per un giudizio *globale* sulla teoria della delimitazione nell'art. 56 III e IV c. c.p. In ciò risiede appunto il senso e l'obbiettivo che la riflessione « conclusiva » intende perseguire.

I punti di riferimento della discussione sono ormai noti: essi sono infatti da tempo disponibili nello schema analitico formulato appunto in vista di questa utilizzazione. In tale schema possono essere inquadrare ed elaborate le informazioni di cui è attualmente in possesso l'indagine.

A) Per la ricognizione dei profili *strutturali* del fenomeno disciplinato nei commi III e IV dell'art. 56 c.p. la teoria della delimitazione può approfittare dei “ passi ” che altri hanno compiuto. Che il complesso delle condizioni da

cui dipende il verificarsi dell'evento sia — almeno in parte — connesso agli svolgimenti dell'*iter criminis* non doveva certo essere scoperto dalla dommatica del recesso: e aver capito che la struttura del recesso è a sua volta — almeno in parte — collegata a questo dato non è un merito che possa essere ascritto alla teoria della delimitazione. Se qualcuno bisognasse lodare, allora senza dubbio il legislatore del '30, che — con largo anticipo su altri ⁽⁴³⁾ — seppe esprimere in poche, calibrate parole il frutto di una secolare e complessa vicenda.

B) Una norma chiara e sintetica: questa è da sempre, com'è noto, la massima aspirazione del teorico e del pratico del diritto. L'art. 56 III e IV c., che merita entrambi gli aggettivi, costituisce una prova evidente che ciò di per sè non basta, anzi, può rivelarsi addirittura pericoloso se a maneggiare la norma "modello" sono una teoria troppo pigra per trarne realmente profitto ed una prassi troppo scaltra per non accontentarsi di "lasciar correre" le cose a suo vantaggio ⁽⁴⁴⁾. In concreto, per quanto riguarda la teoria della delimitazione: essa non perde un solo istante a riflettere sul *sensu* della definizione normativa che positivizza e contrappone il recesso mediante *omissione* (desistenza) a quello mediante *azione* (pentimento) ⁽⁴⁵⁾. La ragione di questo atteggiamento è ormai facile da intendere: nella stessa struttura "bifasica" del fenomeno-base da normativizzare (l'interruzione del tentativo) e nella volontà legislativa di differenziare il trattamento delle corrispondenti modalità di attuazione risiede-

(43) Il legislatore tedesco del 1975, per esempio, ha adottato nel § 24 una definizione estremamente più chiara e sintetica di quella contenuta nel § 43 del codice precedente: una definizione, come si è detto, assai simile a quella contenuta nell'art. 56 III e IV c. c.p.

(44) Per la prassi della delimitazione ciò significa: servirsi del criterio *ex post* finché le garantisce risultati soddisfacenti, e risolvere poi i suoi problemi di delimitazione sul terreno della «volontarietà» quando così invece non sia.

(45) Questa efficace terminologia è di v. SCHEURL, *Rücktritt*, cit., 42.

rebbe appunto il senso della definizione normativa. Piuttosto ovvio, dunque, e perciò nessun bisogno di indugiare: in questo modo — con ingenuità, si direbbe — la teoria della delimitazione pone le premesse dei successivi sviluppi, quelli — per intenderci — con cui verranno alla luce le sue insufficienze ed in definitiva i suoi stessi vizi di origine. A questo punto la situazione è dunque già compromessa, ma tutt'altro che persa: la teoria della delimitazione ha ancora un'altra, l'ultima *chance* di recupero. Purtroppo la spreca, nella maniera alquanto banale di cui si è discusso più sopra: prende infatti coscienza che per la problematica della delimitazione sono fondamentali i cambiamenti che si producono nella fisionomia del delitto tentato durante le fasi del suo sviluppo, ma poi esaurisce l'indagine nella descrizione dei due modelli-base di cui si è già detto. Sotto l'aspetto conoscitivo si ritrova così di nuovo al punto di partenza, sotto quello teorico-metodologico, invece, compie un passo decisivo nella direzione sbagliata. In concreto: la *portata* della norma viene in tal modo acriticamente e definitivamente ristretta ad *un solo* settore della sua potenziale sfera d'azione⁽⁴⁶⁾. In questo senso, dunque, la teoria della delimitazione dimostra di non saper camminare " sulle sue sole gambe ": perché non riesce a far funzionare l'unico strumento di cui dispone per spingere lo sguardo al di là degli spazi già di per sè consentiti da una semplice lettura della norma condotta alla luce dei contributi più tradizionali della dottrina del tentativo.

5. - C) Il criterio di delimitazione *ex post* — date queste premesse — costituisce non solo il risultato operativo più coerente che una teoria così strutturata potesse partorire, ma anche l'unico concretamente possibile. Delle sue carenze, dei rischi che la sua applicazione comporta si è già detto: non è

(46) Cioè appunto ai casi più semplici, i casi non-problematici.

stato invece ancora detto che il criterio *ex post* non ha assolutamente nulla alle sue spalle, in particolare, non è espressione di alcun *principio sistematico* di delimitazione — per quanto limitato, discutibile, incerto — principio cui possa all'uopo ricorrersi in funzione orientativa o integratrice. In concreto: il criterio *ex post* può essere messo in crisi anche da situazioni assai affini a quelle in cui “sa” correttamente operare, ed appunto quando ciò accade viene alla luce non tanto la sua fragilità, quanto piuttosto l'assenza di qualunque punto di riferimento, di un qualsiasi *principio* sovraordinato che possa aiutarlo a superare l'*impasse*.

Una situazione di questo genere è per esempio la seguente, di cui si occupò anni fa la Cassazione: l'aggressore pentito si era soltanto limitato ad invocare aiuto, né aveva collaborato in alcun modo alle successive operazioni di soccorso della vittima, peraltro deceduta⁽⁴⁷⁾. Una giurisprudenza prudente avrebbe qui escluso l'applicabilità dell'art. 56 IV c. con l'ovvio riferimento all'insuccesso dell'attività di tutela, senza crearsi ulteriori problemi: nel caso di specie, invece, la Cassazione prescelse una via molto meno comoda, e per escludere il pentimento operoso argomentò che il solo invocare soccorso non era di per sè sufficiente, almeno non in quel caso. La Suprema Corte, per la verità, si guardò bene dal precisare perché ciò non bastasse: e sarebbe stato invece tanto più opportuno che lo avesse fatto dal momento che aveva impostato la delimitazione su considerazioni chiaramente ispirate alla logica del criterio *ex post*, considerazioni per le quali sarebbe apparsa quindi naturale l'applicazione dell'art. 56 IVc. — sempre che, ovviamente, la vittima si fosse potuta salvare.

(47) Cass. 28.4.1961, in *Cass. pen. mass. ann.* 1961, 901, 1863. Dal contesto della decisione sembra emergere con sufficiente chiarezza che un qualche nesso tra le generiche invocazioni di aiuto da parte dell'aggressore e l'arrivo dei soccorsi ci sia effettivamente stato: se così non fosse, è ovvio che il problema sarebbe del tutto diverso.

Come ognuno intende, le cose sono qui molto meno semplici di come potrebbe a prima vista sembrare: e le "stranezze" della decisione di cui si discute ne sono appunto la prova. In breve, i punti essenziali della questione sono i seguenti.

1) Che la Cassazione inquadri la fattispecie concreta nello schema di delimitazione *ex post* non c'è alcun dubbio: l'ipotesi di cui all'art. 56 IV e. si verifica — così la sentenza — quando l'agente, dopo aver esaurito l'attività criminosa, ponga in essere un'attività che abbia « un'efficienza causale idonea ad impedire il verificarsi dell'evento ». 2) Che ci siano ragioni valide a spiegare l'impiego di questo criterio di delimitazione è altrettanto sicuro: l'episodio riproduce le linee essenziali delle situazioni che non per nulla abbiano definito "tipiche" rispetto al criterio *ex post* (48). 3) Che ciò nonostante nell'episodio del soccorritore "pigro" si avverta la presenza di una sostanziale *diversità* rispetto alle altre situazioni pur tanto affini, è anche questo innegabile. 4) Infine, è proprio in ciò che hanno origine i guai della Corte: "intuisce" infatti il problema, ma non avendo gli strumenti per concettualizzarlo ne ricerca la soluzione all'interno dello schema stesso che lo ha prodotto, e perciò la decisione non può non dar luogo ad una contraddizione piuttosto vistosa.

A questo punto, un qualche progresso è forse stato già fatto.

Sappiamo almeno con esattezza, infatti, quali sono i veri nodi da sciogliere per veder chiaro in questa "strana" vicenda. Tali nodi sono: *a)* in che cosa risieda, nella fattispecie decisa dalla Corte, la *diversità* di cui si è accennato; *b)* in che modo tale *diversità* si traduca in un problema *pratico* di delimitazione: in altri termini, perché mai essa venga ritenuta — o realmente sia — *disfunzionale* alla regolare applica-

(48) V. *supra*, Parte I, par. 4 e 5.

zione del criterio *ex post*; c) qual è la natura e lo spessore del problema *teorico* portato alla luce da questa importante sentenza passata finora del tutto inosservata. A ben guardare, con gli elementi di cui dispone l'indagine nessuno di questi quesiti può ormai impensierire.

a) La *diversità* della situazione decisa dalla Corte rispetto alle situazioni "tipiche" del criterio *ex post* consiste — com'è chiaro — nella *qualità* dell'azione di tutela nel suo complesso: il reo avrebbe forse potuto trasportare la vittima in ospedale, avrebbe forse potuto apprestarle i primi soccorsi, sicuramente — pare di capire dal contesto della decisione — avrebbe potuto fare molto di più e di meglio del solo « invocare aiuto ». Ma non basta: arrivati i soccorsi, avrebbe potuto attivarsi, partecipare insomma agli sviluppi "positivi" dell'episodio; se n'era invece estraniato, rimanendo semplicemente « in disparte ». In concreto: il semplice « invocare aiuto » non rappresenterebbe qui una condotta sproporzionata *per difetto* alla volontà di tutela che in essa si esprime, ma sarebbe invece proprio quel *minimo* di attività impeditiva che il soggetto aveva consapevolmente scelto di compiere ⁽⁴⁹⁾.

b) Nelle situazioni in cui il criterio *ex post* è abituato a lavorare l'attività di tutela ha ben altro spessore: in breve, essa costituisce quanto di meglio il soggetto possa realizzare per l'efficace tutela del bene. Questo dato ha un'importanza notevole, che non deve essere fraintesa. Posto che l'attività del recedente deve essere stata "in qualche modo" causale rispetto al non verificarsi dell'evento, ciò che è costante nel funzionamento di questo criterio di delimitazione non è tanto che l'azione di salvataggio sia stata *oggettivamente* la più idonea tra quelle possibili nelle circostanze del fatto: un'esigen-

(49) È bene sottolineare che qui il discorso non verte sull'*an* della volontà di tutela, bensì, per così dire, sul *quantum*: il soggetto non finge di attivarsi, si attiva invece sul serio, ma poco.

za di tal genere sarebbe del resto — di per sè — poco plausibile nell'ambito di uno schema di delimitazione che opera appunto *ex post*, sul presupposto cioè che l'evento sia stato effettivamente impedito⁽⁵⁰⁾. Per fare solo un esempio: se l'omicida del caso in questione si fosse limitato ad invocare aiuto semplicemente perché preso dal panico, e perciò incapace di reazioni più razionali ed efficaci, è molto probabile che la Cassazione non sarebbe pervenuta allo stesso risultato negativo circa l'applicabilità dell'art. 56 IV c. La verità è un'altra: cioè che è essenziale al lineare funzionamento del criterio *ex post* è che l'azione di tutela sia *soggettivamente* la più idonea alla tutela del bene: il recedente compie sempre quanto di meglio può e sa per evitare che l'evento si verifichi. Questo è l'elemento veramente decisivo, perché è così che viene garantita la "buona coscienza" del criterio *ex post*: un criterio cui sono estranei i complessi giudizi *prognostici* di idoneità che affliggono invece altri settori dell'ordinamento⁽⁵¹⁾, un criterio che guardando in primo luogo al risultato ha da sempre manifestato ben miti pretese quanto ai mezzi per ottenerlo⁽⁵²⁾.

In questo meccanismo così semplice — e perciò così delicato — il recedente "pigro" introduce un consistente fattore di disturbo: la rinuncia all'azione di salvataggio "attesa" dal criterio *ex post* e la scelta consapevole di un'azione meno idonea alla tutela del bene. Ciò costituisce, per l'attuale giurisprudenza della delimitazione, un problema *pratico* che non sa razionalmente risolvere.

(50) Nella terminologia di SCARANO, si tratterebbe dunque di un giudizio di « adeguatezza »: esso non riguarda « l'idoneità del mezzo a raggiungere il fine; ma invece si ferma a ciò che è stato... ». *Il tentativo*, II edizione, 1968, 232.

(51) Quale, per esempio, quello dell'art. 56 I c. e dell'art. 49 c.p.: v. su questa problematica NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Ristampa 1973, 141 ss. e, da un diverso punto di vista, SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, 1959, 127 ss.

(52) ANTOLISEI, per esempio, chiede semplicemente che l'agente si « renda attivo » per fermare la causalità in svolgimento: *Manuale*, cit., 405.

6. - Cc) Una prassi del recesso tutt'altro che esperta nel recepire ed elaborare all'interno dello schema *ex post* varianti più o meno incisive, non può non ritenere intollerabile il disturbo proveniente dalla condotta anomala in questione: e cercare perciò di eliminarlo, escludendo la configurabilità dell'art. 56 IV c. La gamma delle argomentazioni " possibili " non è di per sè illimitata: in ogni caso, poi, non si possono comunque superare gli angusti confini del criterio *ex post*, tra le cui pieghe deve essere appunto ricercato il fattore di esclusione. Ma anche all'interno di questa sfera la scelta non è affatto libera: essa non può non insistere sull'area in cui gravita appunto l'elemento di incompatibilità, e tale area è dunque quella concernente la *qualità* della condotta di tutela. Così si spiega che l'argomentazione della Suprema Corte verta sulla " efficienza causale " dell'attività impeditiva: e così si spiega anche l'inconsistenza delle conclusioni cui essa, in definitiva, perviene.

L'azione di tutela deve essere « in sè stessa » causalmente idonea ad evitare il prodursi dell'evento — sostiene la Casazione — e tale non è la condotta di chi si limita ad invocare soccorso: un'affermazione, questa, che intesa in senso stretto è pressoché assurda, e nella sua accezione più ampia, invece, è non solo insignificante ma per di più in contraddizione con la conseguenza che ne viene dedotta.

Quanto alla prima accezione: discutere sul piano causale di azioni che abbiano « in sé stesse » le condizioni del verificarsi — o del non verificarsi — di un evento è oggi semplicemente privo di senso. Almeno da quando le moderne teorie della causalità hanno dimostrato al di là di ogni dubbio che la struttura del giudizio con cui è possibile collegare cause ad effetti è essenzialmente (se non esclusivamente) *probabilistica* ⁽⁵³⁾: il che è appunto sufficiente ad escludere la fon-

(53) Fondamentale, a questo riguardo, il lavoro di STELLA: *Leggi scientifiche*

datezza della accezione ristretta. Ma se anche così non fosse: trasportare la vittima in ospedale, richiedere l'invio di un medico, somministrare il controveleno, sarebbero forse azioni « in sé stesse » idonee ad impedire l'evento? La portata di un'interpretazione del genere sarebbe semplicemente distruttiva per l'art. 56 IV c.: di ciò non sembra consapevole la Cassazione, se questo è quel che realmente propone.

Quanto alla seconda accezione: avrebbe « in sé stessa » l'idoneità necessaria ad impedire l'evento l'azione di tutela che effettivamente si inserisca nel decorso causale di salvezza. Il che è tanto ovvio da essere appunto insignificante — almeno sul terreno, s'intende, dell'attuale formulazione del criterio *ex post*, un terreno che la Corte non mostra affatto di voler abbandonare. Ed allora, se così è, perché mai il semplice limitarsi ad invocare soccorso non dovrebbe bastare alla configurabilità del pentimento operoso?

La decisione di cui si discute è l'espressione di un reale disagio, un disagio che non è possibile superare all'interno del criterio *ex post*: gli sforzi operati in tal senso si sono rivelati infatti non solo inutili, bensì anche ingenui. Essi pretendono infatti dallo schema *ex post* ciò che esso non potrà mai dare: un *limite* al grado di idoneità di tutela che l'attività del recedente deve possedere per poter essere considerata impeditiva dell'evento ai sensi dell'art. 56 IV c. Questo limite il criterio *ex post* non può darlo appunto perché è estraneo alla sua logica ed alla sua struttura: cioè, rispettivamente, il risultato positivo e la partecipazione dell'agente nel produrlo, nient'altro. Ove anche tale partecipazione sia *minima* rispetto al numero, all'importanza, alla qualità dei contributi altrui indispensabili alla tutela del bene, ciò non cambierebbe l'esito della delimitazione operata in base a que-

e spiegazione causale nel diritto penale, 1975, *passim*, e soprattutto 275 ss. A questo riguardo v. altresì, più di recente, DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, 1978, 187 ss.

sto schema ⁽⁵⁴⁾: il mancato omicida che ha semplicemente avvertito un amico, il quale ha poi provveduto autonomamente ad ogni altra cosa — il trasporto della vittima nella clinica specializzata, l'*equipe* di chirurghi, le costose cure mediche, etc. — per il criterio *ex post* ha comunque la " paternità " dell'impedimento dell'evento. *Impedire* l'evento significherebbe dunque, in realtà, *contribuire* ad impedire l'evento.

Applicato a situazioni di quest'ultimo tipo, situazioni di cui non ha una grossa esperienza, il criterio *ex post* perde già colpi, ma riesce ancora — tutto sommato — a riprendersi: la sua forza risiede proprio nella sua semplicità ⁽⁵⁵⁾. Ma questa forza, com'è evidente, non è senza limiti. Per cominciare, nessuno potrebbe dire quale possa essere la resistenza di questo schema di delimitazione alla pressione esercitata da una crescente minimalizzazione del contributo di tutela del recedente: pressione spinta fino al punto — per essere chiari — da rendere addirittura incerto il giudizio sulla reale rilevanza di tale contributo ai fini del salvataggio del bene ⁽⁵⁶⁾. Qui il criterio *ex post* comincerebbe probabilmente a trovarsi in difficoltà più consistenti: ancora una volta, infatti, al suo interno non si rinverrebbero elementi sufficienti a garantire una risposta razionale e convincente, e lo stesso generico ricorso alla logica su cui esso si fonda in casi del genere aiuterebbe già meno. Ma non basta. Il criterio *ex post* si accontenta di qualsiasi contributo causale del recedente al-

(54) La teoria della delimitazione, sia di lingua italiana che tedesca, ama ripetere che l'agente non deve necessariamente impedire l'evento « di sua mano », e di ciò si accontenta. V., per tutti, JESCHKECK, *Lehrbuch*, 441.

(55) Ciò che per esso conta è appunto la tutela del bene realizzata *anche* con il contributo causale del colpevole.

(56) Si pensi al caso in cui l'avvelenatore pentito ha dato alla vittima un infuso di erbe poco conosciute: per cui non è possibile stabilire con certezza se il soggetto passivo sia sopravvissuto semplicemente per la sua forte fibra o invece grazie all'infuso propinatogli.

la tutela del bene, senza fare distinzioni di sorta: ma come si comporterebbe dinanzi ad un'attività che non si pone *all'inizio* della catena causale di tutela — come di solito avviene — bensì *nel mezzo*, o addirittura soltanto *alla fine* di essa? Un solo esempio: nel mezzo della città, all'ora di punta, Tizio ferisce gravemente Caio, poi si pente, lo mette in macchina con l'aiuto dei presenti e lo porta in ospedale: indubbiamente, le migliori premesse per applicare — col criterio *ex post* — l'art. 56 IV c. ⁽⁵⁷⁾. Ma che accade se, nelle stesse circostanze, Tizio si pente solo *dopo* che altri hanno già caricato Caio sull'auto, ed egli riesce solo a salire, o a guidare l'auto diretta in ospedale? O ancora: che accade se Tizio, che è chirurgo, si pente quando Caio è già in camera operatoria, cosicché riesce solo a prender parte all'intervento operatorio? A queste domande il criterio *ex post* può fornire risposte sempre più incerte: il suo meccanismo di delimitazione non è preparato ad un tipo di sollecitazioni che lentamente, ma con crescente intensità, ne mina le stesse fondamenta ⁽⁵⁸⁾.

I diversi quesiti su cui la discussione si è finora sviluppata hanno un nesso ed uno scopo comune. Quanto al nesso, la "strana" sentenza della Cassazione da cui si sono prese le mosse presenta un rilievo che va ben al di là del problema

(57) Sarà certo inutile sottolineare che, in un caso del genere, anche senza l'intervento del colpevole la vittima sarebbe stata certamente portata in ospedale da qualcuno: per esempio, dagli amici con cui stava discutendo, o dai passanti; l'azione di tutela del recedente ha dunque una caratteristica importante: non è *imprescindibile* alla salvezza del bene.

(58) Se il fatto che il contributo causale dell'agente si pone all'inizio della catena causale di salvezza non significa che esso sia insostituibile *hic et nunc* alla tutela del bene, dovrebbe ammettersi l'efficacia, ai fini dell'art. 56 IV c., anche dei contributi successivi: ma se così è, si dovrebbe allora concludere che in realtà il contributo di tutela vale, in simili casi, solo come *prova* della volontà di tutela dell'agente. E se tale prova fosse ottenibile per altra via, si potrebbe fare a meno del tutto di tale contributo? Il criterio *ex post* è inerme dinanzi a questi problemi: per essere più precisi, ne viene quasi dissolto.

di delimitazione portato alla luce: ciò che realmente conta è invece il suo valore "indiziario" rispetto ad una problematica del criterio *ex post* che rimane di consueto in ombra, ignorata — com'è — dalla teoria dell'art. 56 c.p. e liquidata poi "sotto banco" — come tutto lascia credere — dalla prassi della delimitazione⁽⁵⁹⁾. Questa tematica, che nella decisione in esame viene invece direttamente allo scoperto, riguarda il funzionamento del criterio *ex post* in sede di delimitazione *esterna* del recesso attivo nei confronti del c.d. tentativo semplice: cioè appunto quel settore della delimitazione in cui è soprattutto sulle caratteristiche dell'attività del recedente che questo criterio deve concentrare il suo sforzo operativo. Quanto allo scopo che hanno in comune i quesiti fin qui sollevati, esso è dunque evidente: richiamare l'attenzione su un aspetto strutturale del criterio *ex post* che è molto meno semplice ed ovvio di quanto la teoria della delimitazione dà tuttora ad intendere⁽⁶⁰⁾, ed è soprattutto molto meno facile da maneggiare di quanto la prassi dell'art. 56 IV c. lasci invece a prima vista supporre⁽⁶¹⁾.

L'episodio del soccorritore "pigro" è dunque molto importante: in primo luogo perché getta uno squarcio di luce su un aspetto dello schema *ex post* che sembrava fuori "dalla mischia". La verità è invece un'altra: all'interno di tale schema la qualità dell'azione di tutela non è affatto secondaria, essa costituisce anzi, nei casi meno semplici, un costante fattore di tensione nel lineare funzionamento di questo criterio di delimitazione. È "merito" della prassi essere riuscita a controllare e coprire questo focolaio, la cui potenzialità destrut-

(59) È infatti difficile pensare che casi come quello alla base di tale decisione non si siano mai verificati: dove e come vengono trattati è attualmente impossibile stabilire.

(60) Nel senso che non riesce neanche ad intravedere la sua dimensione tutt'altro che non-problematica.

(61) Nel senso che non esiste nella prassi alcun problema legato alla qualità dell'attività di tutela.

tiva non poteva certo sfuggirle: chi potrà negare, del resto, la validità delle ragioni di questa scelta? ⁽⁶²⁾.

Finché possibile, la prassi ha preferito ricercare *all'interno* del criterio *ex post* una soluzione di compromesso che consentisse di conciliare in maniera accettabile due diverse esigenze: da una parte, quella di tener lontano il meccanismo di delimitazione da "complicazioni" che non sarebbe strutturalmente preparato ad assorbire; dall'altra, non oltrepassare la "soglia di tollerabilità" al di là della quale l'equilibrio stesso dello schema verrebbe seriamente insidiato. Precisare dove sia tale soglia non è affatto semplice: e tanto meno per una prassi così poco propensa a dialogare sugli aspetti problematici della sua attività di delimitazione ⁽⁶³⁾. Una cosa è sicura: *al di là* della minimalizzazione del contributo personale di tutela del recedente, qualunque ulteriore concessione è problematica alla conservazione del criterio *ex post* nella sua esemplare essenzialità. Non è molto, certo, ma rende forse plausibile un'ipotesi: da questo punto in poi, la prassi del criterio *ex post* è costretta a decidere di volta in volta il suo atteggiamento circa le "variabili" da accettare o da respingere rispetto allo *standard* di azione impeditiva proprio del criterio *ex post*.

In termini più espliciti, ciò significa riservarsi una certa libertà nella gestione delle "variabili" al modello di tutela: ma ciò significa anche la necessità di disporre ogni volta di *criteri* per la gestione di questi spazi. Il sistema giurisprudenziale del recesso — come è ormai noto — non è tuttavia avaro di principi, sotto-principi, orientamenti consolidati

(62) Se fossero in qualche modo emersi i problemi connessi alle caratteristiche dell'azione di salvataggio, ne sarebbe stata compromessa la funzionalità stessa dello schema *ex post*: cioè l'unico criterio concretamente a disposizione della giurisprudenza del recesso.

(63) L'unico settore del recesso in cui la prassi discute apertamente è quello della « volontarietà »: per il resto, è necessario leggere i problemi tra le righe delle sue decisioni.

buoni per tutte le occasioni ⁽⁶⁴⁾: qui la prassi della delimitazione può dunque attingere senza alcun problema. Un solo esempio, a chiarimento di questo discorso. Nelle pagine adietro si è parlato spesso di quella casistica dell'estorsione in cui il pentito semplicemente si astiene dal recarsi sul luogo convenuto a ritirare il denaro: quando la Cassazione opera la delimitazione col criterio *ex post* deve decidere appunto di una "variabile" al modello di condotta di tutela ⁽⁶⁵⁾. Questa "variabile" è respinta, come fu detto: e fu anche detto della pretestuosità delle argomentazioni "ufficiali", e soprattutto della loro oggettiva funzionalità, ai fini della delimitazione, ad un principio estremamente importante per la prassi del recesso, il principio per cui l'onere della prova deve essere assunto interamente dal recedente. Tale principio fu appunto la fonte cui venne attinto il criterio della decisione sulla "variabile" in questione ⁽⁶⁶⁾.

Ma non sempre la prassi può spaziare lungo tutto l'arco delle regole — normative e giurisprudenziali — del recesso alla ricerca di criteri orientativi per la gestione di questo spazio di manovra. Può accadere infatti che il campo sia ben più ristretto: in particolare, che la decisione sulla accettabilità nel criterio *ex post* della "variabile" *de qua* debba essere presa esclusivamente sul piano della delimitazione, il che significa, mediante il ricorso a *principi* di delimitazione — più o meno generali ed astratti — nei quali ricercare gli orientamenti indispensabili perché la soluzione prescelta almeno non infranga la soglia di tollerabilità dello schema. A questo punto emerge la seconda e fondamentale ragione del rilievo che deve essere attribuito all'episodio del soccorritore "al risparmio": la scarsissima rilevanza del suo

⁽⁶⁴⁾ Quelli sviluppati, essenzialmente, sul terreno della volontarietà: v. *supra*, Parte II, par. 2 e 3.

⁽⁶⁵⁾ La "variabile" consiste appunto nell'impedire l'evento attraverso omissione.

⁽⁶⁶⁾ V. *supra*, Parte II, par. 3.

personale contributo causale alla tutela del bene ha infatti già spinto lo schema *ex post* entro limiti di guardia ed in questa situazione si inserisce un'ulteriore, consistente deviazione dagli *standards* della condotta impeditiva. Questa "variabile", su cui è appunto obbligata a pronunciarsi la Cassazione, consiste nella consapevole compressione del proprio contributo causale di tutela, in una situazione che avrebbe invece consentito una scelta soggettivamente più idonea: pur sapendo di poter fare di più e di meglio per la salvezza del bene, il recedente ha minimizzato la portata del suo intervento impeditivo.

Nel *mare magnum* delle regole giurisprudenziali del recesso — ed in particolare tra le più eclettiche, quelle della volontarietà — non sono concretamente rinvenibili "lumi" capaci di guidare i passi della Corte in un senso o nell'altro (⁶⁷): il contributo del soggetto è stato indubbiamente causale e volontario, è perciò solo *all'interno* dei principi generali della delimitazione che possono essere rinvenuti gli spunti necessari ad una decisione consistente.

Lo spessore del problema *teorico* di delimitazione è a questo punto evidente: il soggetto è autorizzato a ridurre le *chances* di tutela del bene attraverso un contributo personale consapevolmente ridotto? Il recedente, insomma, può *disporre* liberamente — ed a suo rischio — di queste *chances*? Dinanzi a questa "variabile" il criterio *ex post* è del tutto indifeso: deve infatti prendere atto che l'evento è stato impedito da una catena causale in cui il pentito ha effettivamente

(⁶⁷) La prassi della « volontarietà » sa stabilire se sia volontario ai sensi dell'art. 56 III e IV c. un comportamento dovuto a paura, timore, sorpresa, vergogna; non sa affatto, invece, se sia involontario ai sensi dell'art. 56 IV c. un comportamento di tutela consapevolmente minimizzato. Sul problema dell'idoneità del tipo di categorie testé segnalato a fungere da base per l'accertamento della volontarietà, STANGL, *Scham oder Furcht und die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch. Soziologische Überlegungen zur Rechtsdogmatik*, in *Vom Nutzen und Nachteil*, cit., I Teilband, 259 ss.

posto un piccolo anello, e di più non può dare. Soprattutto non può elaborare al suo interno una condizione invece essenziale: e cioè che la scelta dell'anello non è stata né casuale né inevitabile, bensì consapevole. Nell'episodio deciso dalla Corte è appunto questo il problema *teorico* di delimitazione che deve essere risolto: questo problema è certamente intuito quando si annota, in sentenza, che dopo essersi semplicemente limitato ad invocare aiuto, l'agente si è tenuto in disparte, e non ha collaborato in alcun modo ai soccorsi.

Se il criterio *ex post* può tollerare una "variabile" di tale portata può — e deve — essere chiesto ai principi generali della delimitazione. E forse mai come in questo caso una risposta deve esserci, e deve essere meditata e coerente, poiché una "variabile" come quella in discussione si ripercuote su *tutte* le strutture più importanti del meccanismo penale dell'art. 56 III e IV c.: a cominciare dal sistema della « volontarietà », che viene coinvolto non solo quanto ai contenuti ma quanto alla sua stessa ragione d'essere nel corpo normativo del recesso. Un solo esempio per chiarire questi aspetti. In una baita isolata di montagna Tizio tenta di uccidere il suo compagno, ma dopo averlo gravemente ferito lo trasporta giù a valle in ospedale. Per il sistema penale del recesso è di fondamentale importanza che il bene aggredito sia stato salvato grazie all'intervento del colpevole, ma questo dato non è ancora sufficiente, di per sé, a realizzare il "valore" di tutela cui è connesso l'effetto attenuante dell'art. 56 IV c.: è necessario invece che l'azione di tutela posseda una qualità essenziale, la volontarietà⁽⁶⁸⁾. A questa qualità la prassi del recesso, come si ricorderà, è estremamente sensibile: se l'ag-

(68) È soprattutto merito di Roxin aver sottolineato che se, come indubbiamente è, la *ratio* del recesso si riflette soprattutto sul concetto di « volontarietà » (v. per tutti JESCHÉCK, *Lehrbuch*, cit., 435) è anche vero che i contenuti della « volontarietà » si riflettono a loro volta sulla *ratio* del beneficio e sulla sua collocazione sistematica: *Über den Rücktritt*, cit., 251.

gressore avesse effettuato il salvataggio per il « timore » di essere scoperto, avrebbe ben poche possibilità di beneficiare del pentimento operoso ⁽⁶⁹⁾. In breve, ciò significa: la *qualità* dell'attività di tutela non vale meno dell'impedimento *effettivo* dell'evento. Riprendiamo ora lo stesso esempio della baita e modifichiamolo in questo modo: Tizio si rende conto che sarebbe meglio provvedere immediatamente al trasporto del ferito, ma preferisce limitarsi a richiedere per radio l'invio di soccorsi. La sua « pigrizia » non gli impedisce di porre in essere volontariamente un contributo causale alla salvezza del bene: gli impedisce però di effettuare l'azione di tutela *soggettivamente* più idonea.

Il criterio *ex post* può certo accettare una « variabile » di questo genere, facendo leva sul risultato positivo ottenuto grazie al contributo del recedente, ma ciò avrebbe effetti sconvolgenti sul sistema della volontarietà: è possibile negare il beneficio a colui che, per « timore » di essere scoperto, ha tuttavia scelto l'azione di tutela più idonea, e concederlo invece a chi, senza « timori » di sorta, ha consapevolmente optato per l'azione *meno* idonea, o ha comunque agito *peggio* di quanto sapesse di poter fare ⁽⁷⁰⁾?

Una risposta razionale non può essere trovata nel criterio *ex post*, e tanto meno può essere semplicemente delegata alla problematica della volontarietà: questa risposta può essere data solo cercando lumi nei *principi* generali di delimitazione su cui si fonda il sistema normativo del recesso. Ed è proprio questo il punto: questi principi *non sono oggi disponibili* e nessuno può, all'uopo, inventarli. Neanche la prassi del criterio *ex post*: che appunto perciò motiva, nell'episodio del soccorritore « pigro », con un'argomentazione palesemente surrettizia (l'azione di tutela « in sé stessa » inidonea) ma

⁽⁶⁹⁾ Cass. 25.3.1970, cit., Parte II, n. (25).

⁽⁷⁰⁾ Come è evidente, ciò costringerebbe la prassi ad operare una profonda revisione delle categorie in cui essa concretizza i contenuti della volontarietà.

lascia trasparire chiaramente il vero problema con cui non aveva potuto apertamente confrontarsi quando sottolinea, senza che ve ne sia bisogno, che dopo l'intervento dei soccorsi l'agente era rimasto passivamente « in disparte ».

7. - D) La discussione circa le capacità della teoria della delimitazione di favorire la *stabilizzazione* del sistema su livelli ottimali di funzionamento è ormai estremamente alleggerita: l'indagine dispone infatti di tutti gli elementi necessari a formulare una motivata valorizzazione di sintesi, che è la seguente: l'attuale teoria della delimitazione *non* è adeguata a stabilizzare il sistema penale del recesso, *non* è adeguata a svilupparne le potenzialità, *non* è adeguata a razionalizzarne il funzionamento. L'attuale teoria della delimitazione ha urgente bisogno di cambiare innanzitutto il *concetto* che essa ha di sé stessa (il *Selbstverständnis*, come si direbbe più efficacemente in tedesco) e poi i suoi *metodi* di lavoro.

Quanto al *Selbstverständnis*: la teoria della delimitazione deve imparare a concepirsi come qualcosa di profondamente diverso, in particolare, di profondamente più *complesso* dell'esegesi della normativa penale del recesso. In concreto: rimeditare il *senso* e la *portata* dell'art. 56 III e IV c. A tal proposito dovrà tenere presente, quanto al primo, che anche i sistemi penali che unificano il trattamento della desistenza e del pentimento — come ad esempio lo *StGB* — non rinunciano affatto alla formulazione esplicita dell'alternativa: desistenza dall'azione — impedimento dell'evento. Ciò dovrebbe forse indurre a domandarsi se l'unico senso di questo tipo di definizione in un sistema come invece quello dell'art. 56 c.p. sia quello di differenziare la disciplina delle due distinte ipotesi: e non anche quello — per essere più precisi, innanzitutto quello — di sottolineare che non è affatto richiesto al recedente di fare sempre qualche cosa *in più* della semplice interruzione della condotta aggressiva; al contrario,

ciò è richiesto solo in "certi" casi. La verità è dunque che l'indicazione *sistematica* dell'art. 56 c.p. è appunto questa: la teoria della delimitazione ha il compito di ricostruire sotto il profilo strutturale e fenomenologico i due distinti fasci di situazioni, sia nella prospettiva della loro differenziazione interna (desistenza - pentimento) sia nella prospettiva della loro demarcazione esterna (tentativo semplice - recesso - consumazione). Se è chiaro questo, è allora anche comprensibile che la teoria della delimitazione non parte affatto da zero, perché dispone invece di un dato molto importante, sempre che sappia correttamente valorarlo: questo dato è appunto la formulazione "bifasica" del recesso nell'art. 56 c.p. In breve: il legislatore ha positivizzato nei commi III e IV dell'art. 56 le *situazioni-base* delle due forme del recesso, ed ha fornito così all'interprete una guida sicura, un indirizzo importante nella ricostruzione delle caratteristiche *generali* dei due *tipi* di fatto in cui si mostra non a caso diversamente "esigente" ai fini della configurabilità del recesso e diversamente "generoso" nel loro rispettivo trattamento ⁽⁷¹⁾. Aver trascurato che la formulazione *letterale* della norma è ritagliata su due semplici modelli-base, anche per ovvie ragioni di tecnica legislativa, ha condotto la teoria della delimitazione ad un grave frainteso: a credere cioè che il problema della delimitazione si esaurisca nell'ambito del tipo di situazioni cui il testo dell'art. 56 III e IV c. è palesemente ispirato. La reale *portata* della norma è invece ben altra, e la sua formulazione testuale ha un valore meramente esemplificativo.

Avendo fallito nella comprensione del senso e della portata dell'art. 56 III e IV c. la teoria della delimitazione ha lavorato su un materiale estremamente ridotto: e da questo materiale scaturisce appunto il criterio *ex post*.

(71) Seppur da un altro punto di vista, è stato Latagliata a segnalare, già alcuni anni orsono, che la desistenza ed il pentimento riguardano la sfera della tipicità del fatto: *La desistenza volontaria*, cit., *passim* e 201 ss.

Era dunque naturale che questo criterio funzionasse solo nelle ipotesi dalle quali appunto deriva, e fosse poi costretto alle patetiche, inutili ristrutturazioni di cui si è detto, nel tentativo di sopperire per tal via alle sue irreparabili carenze. In particolare: vizi di *origine*, posti soprattutto in evidenza dall'arbitrarietà o dalle contraddizioni cui costringe il sistema del recesso in sede di delimitazione interna; vizi di *sviluppo*, messi in luce, ad esempio, dall'impotenza cui costringe il sistema del recesso in sede di delimitazione esterna verso il tentativo semplice e dalla sua totale incapacità di tutelare le "ragioni" del recesso in sede di delimitazione esterna verso il reato (formalmente) consumato.

Nel criterio *ex post*, che è l'unico prodotto della teoria del recesso in questo settore, si esprime il limite di fondo dell'attuale teoria della delimitazione: il suo bassissimo grado di *complessità* ⁽⁷²⁾. Una teoria con questa struttura e questi schemi operativi, incapace di esprimere il benché minimo principio intrasistematico di delimitazione, o è in realtà la cosciente rinuncia a costruire una teoria, o è invece — più tristemente — l'inconsapevole negazione di sè stessa in quanto tale.

(72) Dal punto di vista della teoria della scienza, v. di recente v. KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie*, cit., Bd. II, 311, sul concetto di « grado di complessità » di una teoria.

INDICE

GABRIELE MOLTENI MASTAI FERRETTI, <i>La Chiesa di Tommaso</i>	1
FRANCESCO ONIDA, <i>Considerazioni preliminari sulla distinzione degli ordini spirituale e temporale, e sui riflessi nell'ordinamento canonico del mutamento del sistema di relazioni tra Chiesa e Stato</i>	33
MICHELE CASCAVILLA, <i>Henri Lefebvre: Dialettica e Stato</i>	53
SERGIO ANTONELLI, <i>Note sul sistema bicamerale nell'attuale ordinamento italiano</i> .	107
ANNA MARIA DEL VECCHIO, <i>Cenni circa il contenuto e l'applicazione dell'art. 100 del trattato C.E.E.</i>	153
PIERO GUALTIERI, <i>Ancora sulla natura degli atti di polizia giudiziaria e della notitia criminis</i>	193
LUCIO MONACO, <i>Sul recesso dal delitto tentato</i>	217

