

ANNI LVII-LVIII - 1988-89/1989-90

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



NUOVA SERIE A - N. 41 - 42

INDICE

ANDREA R. CASTALDO, <i>AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale</i>	pag. 5
GIOVANNI ESPOSITO, <i>Osservazioni sul discorso proba- torio del nuovo rito penale</i>	» 125
BANDINO G. ZENOBI, <i>Pratica del diritto e deroga dallo status nobiliare nelle città dei domini pontifici dal XV al XVIII secolo</i>	» 147
ERULO EROLI, <i>Il problema del risarcimento dei danni per lesioni d'interessi legittimi</i>	» 181
LUCA PAOLINI, <i>La tolleranza religiosa garantita ai greci nella Livorno granducale</i>	» 215
VANNI PEDANI, <i>Libertà religiosa dell'ebreo e insegna- mento della religione nelle scuole pubbliche</i>	» 247
FRANCESCO BOSCHI, <i>Aspetti dell'assistenza scolastica nella Regione Marche</i>	» 259
ALESSANDRO PANDOLFI, <i>Diritto e violenza dell'accu- mulazione originaria</i>	» 287
GIANPAOLO CALCHI NOVATI, <i>Amministrazione e poli- tica indigena in Libia nella prima fase del colo- nialismo italiano (1911-1919)</i>	» 359
LUCIO MONACO, <i>Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale</i>	» 401

ANDREA R. CASTALDO

AIDS E DIRITTO PENALE:
TRA DOMMATICA E POLITICA CRIMINALE

Questo lavoro è stato svolto in occasione di alcuni soggiorni di studio presso l'Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften dell'Università di Monaco di Baviera.

L'Autore ringrazia i professori Claus Roxin e Klaus Volk per l'ospitalità e l'aiuto forniti nonché l'Alexander von Humboldt-Stiftung, che ha finanziato la ricerca.

INTRODUZIONE

« AIDS, la peste del duemila ». In questa frase ad effetto, usata ed abusata dai mass-media, è racchiuso più di uno slogan.

Il messaggio sotteso è chiaro: la sindrome da immunodeficienza acquisita non è una malattia tra le tante; il tasso di mortalità, il potenziale distruttivo in essa contenuto impongono una mobilitazione sociale, un impegno comune per debellare il fenomeno.

Le ragioni della costante attenzione rivolta dagli « addetti ai lavori » (e non) all'AIDS, sin dall'apparizione « ufficiale » (risalente a circa dieci anni fa) risiedono in un calibrato cocktail di ingredienti: le origini misteriose, una lite fra scienziati per la primogenitura della scoperta del virus, l'incurabilità associata all'esito mortale.

Ma le « fortune » in termini di pubblicità sono senza dubbio da scorgere nella particolare incidenza dell'AIDS tra categorie esposte (omosessuali, tossicodipendenti, prostitute). Da qui il tentativo di isolare « in anticipo » i focolai del contagio mediante l'introduzione (o la progettazione) di norme adeguate. Basterebbe pensare, a livello internazionale, alla certificazione obbligatoria di non-siero-positività per svolgere determinati lavori, alla sottoposizione coattiva al test per gli stranieri, al divieto di esercitare la prostituzione, alla chiusura dei centri per omosessuali.

Già tale produzione normativa potrebbe interessare « mediamente » lo studioso del diritto penale, quanto meno per le conseguenze scaturenti dalla sua inosservanza.

Col tempo, tuttavia, una simile politica è stata parzialmente corretta. A smascherarne l'errata impostazione ha provveduto il dato statistico, un elemento empirico, per definizione « neutrale ». La crescita costante del morbo tra gli eterosessuali (specialmente donne) ha costretto a rivedere la semplicistica equazione della malat-

tia come appannaggio del deviato e a predisporre un programma di informazione e prevenzione capillare e non fazioso. L'interesse per l'uso della sanzione penale non è però scemato, manifestandosi in funzione « immediata ».

Con quale esito è facile intuirlo: poiché sul banco degli imputati non sedeva l'emarginato ma il « normale », e la modalità principale del contagio diveniva il rapporto eterosessuale, nell'impossibilità di criminalizzare forme atipiche di sessualità (eccezion fatta per alcuni Stati degli U.S.A.), la censura giuridica si è abbattuta per l'appunto sull'atto « fisiologico », per valutarne la rilevanza penale. Tradotto sul terreno del diritto positivo, ciò ha significato saggiare l'eventuale riconducibilità del contagio al paradigma classico delle lesioni (volontarie o colpose).

Il rapporto sessuale con persona infetta è in grado di trasmettere il virus; l'AIDS, anche negli stadi meno evoluti, rappresenta una malattia, quindi una lesione dell'incolumità individuale fisiopsichica, bene tutelato dal codice penale. Se le proposizioni enunciate fossero davvero talmente lapalissiane, una ricerca apposita sarebbe fuori luogo.

Ma le cose non stanno così. All'applicabilità delle norme in materia di integrità personale (principalmente l'art. 582 c.p.) è dedicata l'intera prima parte dell'indagine. Una scelta del genere si giustifica per la mole dei problemi che la sussunzione nel delitto di lesioni riserva alla condotta contagiante.

Tanto per accennare a qualcuno di essi: almeno lo stadio iniziale dell'infezione non è agevolmente diagnosticabile come malattia; la circostanza aggravante dell'indebolimento permanente (di un senso o) di un organo non ricomprende automaticamente la meno-mazione della capacità di procreare.

Sicuramente difficoltà non minori si annidano nella riconducibilità dell'evento al comportamento sessuale « indiziato ». Le peculiarità del morbo (il lungo periodo di incubazione, la non assoluta sicurezza del test), unitamente ai forti dubbi sulla veridicità delle affermazioni della vittima, rendono estremamente azzardato provare il legame causale.

Nella visuale « moderna » della teoria generale del reato, se il Tatbestand si arricchisce della componente soggettiva (anticipazione del dolo e della colpa nel fatto tipico), d'altro canto non rinuncia alla dimensione oggettiva. In una cornice siffatta s'inseri-

sce l'istituto del « rischio significativo » come filtro dell'imputazione oggettiva. Alla sua precisazione contenutistica, nonché alla modificazione dello stesso confine registrandosi l'intenzionalità della offesa lesiva, si dirige il secondo capitolo, le cui conclusioni non mancano di suscitare sorprese.

Non è soltanto la prova del nesso eziologico a rivelarsi diabolica; un ostacolo analogo si profila in tema di « attribuibilità psicologica » dell'evento. Che il soggetto agente versi in dolo eventuale o in colpa cosciente è una sorta di rebus irrisolvibile già in base all'insidiosa e da sempre dibattuta separazione delle due figure; a maggior ragione nella sfera intima e per atti non connotati da una direzionalità offensiva: la labilità del criterio discrezionale (accettazione o meno dell'evento, almeno nell'impostazione « confortante » della communis opinio) sfuma nell'evanescenza e nell'arbitrio giudiziario.

Non a caso l'attenzione si è concentrata sul delitto tentato: saltare la barriera del rapporto causa-evento diventa esercizio appagante. Ma il rifugiarsi in forme di tutela anticipata comporta ulteriori crucci per l'interprete. Il vizio caro al legislatore del '30 di ricorrere a formule definitorie (imprecise) nella parte generale del codice penale condiziona esiti altrimenti scontati (come nella Repubblica federale tedesca, patria del ricorso generalizzato alla punizione per tentate lesioni pericolose) ed alimenta contestazioni sui requisiti dell'idoneità ed inequivocità dell'atto sessuale.

Il rifiuto del safer sex da parte del sieropositivo consapevole del suo stato costituisce indubbiamente pratica di una certa pericolosità (neppure però esageratamente rischiosa) che facilita l'intervento penale. Ma che dire quando il partner abbia accettato coscientemente il rapporto non protetto? Le incertezze giurisprudenziali tedesche testimoniano la difficoltà di avvalersi degli istituti corretti (nuovamente la objektive Zurechnung, qui nel parametro dell'autoesposizione della vittima al pericolo) per giungere all'assoluzione dell'imputato, « avvertita » come equa.

Insomma, resta evidenziata la richiamabilità astratta del delitto di lesioni personali, e contemporaneamente il disagio, per non dire l'impossibilità pratica, di applicare la fattispecie.

È del resto tale consapevolezza che spinge, nella seconda parte del lavoro, verso differenti canali di investigazione. La prospettiva è identica: sottoporre a verifica il dogma del necessario ingres-

so del diritto penale per sconfiggere forme pervicaci di diffusione del male. La panoramica è vasta: dalle contravvenzioni sanitarie alla omissione di soccorso, dall'epidemia alla Vergiftung dello StGB (§ 229), l'occasione è ghiotta per rispolverare disposizioni superate o reati dimenticati.

La ricognizione dell'inusitato arsenale penale a disposizione del legislatore spiana probabilmente la strada all'ultimo e fatale passo dei fautori della linea intransigente: la creazione di una figura delittuosa ad hoc, magari modellata sull'abrogato art. 554 c.p. (contagio di sifilide e di blenorragia), finalmente dispensante dalle acrobazie dialettiche per la prova della causalità.

La risposta all'utilità dell'operazione deve essere cauta: paradossalmente un nuovo reato potrebbe rivelarsi addirittura dagli scopi garantisti, in quanto solleverebbe l'interprete dalla tentazione (purtroppo affiorata nella magistratura tedesca) di riformulare categorie dommatiche (si pensi al dolo eventuale, ai requisiti di cui all'art. 56 c.p.) svuotandole nella loro essenza e piegandole a proprio uso e consumo in forza di un'opzione presa, vale a dire la condanna del contagiante. Con quali scardinanti conseguenze è facile immaginare: il rischio, anche questo emerso in contributi dottrinari d'oltralpe, è infatti la statuizione di una dommatica specifica per l'AIDS e l'impoverimento della legalità.

La nascita di un illecito ex novo non è però liquidabile alla stregua dei pericoli riflessi, dovendosene studiare l'opportunità sub specie del principio di sussidiarietà.

E non basta: occorre guardarsi da un'ulteriore « imboscata » che aleggia nell'intera strategia di affidamento sull'intervento penale. La criminalizzazione di comportamenti privati, le possibili « reazioni di rigetto » dei destinatari della norma, ancora la reale capacità del precetto di raggiungere la coscienza di gruppi, il cui ritmo di vita è scandito da una condizione di abituale marginalità sociale, rappresentano fattori da non sottovalutare, se non si vuole approntare una legislazione « simbolica », ineffettiva.

Il cerchio si chiude allora con l'impressione di una fuga in avanti delle risorse penali per far sentire la presenza dello Stato, per canalizzare i bisogni di punizione. La sanzione, insomma, come strumento di orientamento culturale, la pena nell'orbita della prevenzione generale positiva. Una tale ottica resta debitrice di una improbabile verifica empirica, ma ci sembra doveroso chiarire un

punto centrale, per smascherare l'equivoco di fondo che anima i sostenitori della scelta penale: non si vede perché (nessuno lo ha dimostrato) la realizzazione degli obiettivi perseguiti (lotta alla propagazione dell'AIDS) non debba passare — come sarebbe logico attendersi — attraverso una politica sociale di prevenzione e, rovesciando l'attuale inclinazione, delegare al diritto penale addirittura il compito di intervenire a protezione del malato (si pensi all'incriminazione dello svolgimento di indagini dirette ad accertare la sieropositività del lavoratore dipendente: in una simile direzione, però, espressamente l'art. 6 L. 5.6.1990 n. 135).

Sia consentita un'ultima riflessione: sarebbe presuntuoso assegnare a questo studio un compito « formativo » nei rapporti tra AIDS e diritto penale; anzi, il carattere « pionieristico » lo rende certamente un vademecum incompleto e vulnerabile. Più limitatamente, saremmo riusciti nell'intento orientativo (e divulgativo) qualora ci si avvicinasse finalmente al problema senza pregiudizi o visuali etiche condizionanti, bensì con un ragionato dosaggio dei pro e contro che ogni soluzione si trascina. Sine ira et studio, per riprendere il brocardo. Evitando che la giurisprudenza imbocchi piste « a senso unico ».

La situazione in Italia lascia ben sperare. Il tradizionale gap dottrinale e giurisprudenziale nei confronti della Germania nell'affrontare tematiche emergenti ottiene la rivincita nel legislativo: mentre oltralpe si discute ancora sulla strategia da adottare, e se affidare un ruolo di sinecura allo ius puniendi, il nostro legislatore si muove con rapidità. Dapprima l'inserimento dell'AIDS tra le malattie infettive (art. 3 D.M. 28.11.1986 del Ministero della Sanità), il che consente l'adozione di misure profilattiche ed un aggiornato censimento dell'epidemia, indi la recente L. 5.6.1990 n. 135 (« Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS ») ed il D.M. 28.9.1990 del Ministero della Sanità (« Norme di protezione dal contagio professionale da HIV nelle strutture sanitarie ed assistenziali pubbliche e private »), esempi di risposta al fenomeno equilibrata e pacata (potenziamento delle strutture ospedaliere e aumento dei posti-letto, cospicui interventi finanziari, opera di sensibilizzazione, modalità precauzionali).

Infine, l'art. 15 L. 30.11.1990 n. 359 (« Aumento dell'organico del personale appartenente alle Forze di polizia, disposizioni per lo snellimento delle procedure di assunzione e reclutamento e

avvio di un piano di potenziamento delle sezioni di polizia giudiziaria »), che, nel subordinare al consenso (nell'originario D.L. convertito non previsto, e perciò aspramente criticato) del personale appartenente alle forze di polizia la sottoposizione al test di sieropositività, persegue la comprensibile finalità di prevenire il contagio di terzi nell'espletamento di servizi a rischio.

Dunque, una nemesi storica.

P A R T E I

SINDROME DA IMMUNODEFICIENZA ACQUISITA
E RESPONSABILITÀ PENALE PER LESIONE PERSONALE

CAPITOLO PRIMO

IL FATTO TIPICO

SOMMARIO: I. Premessa. — II. Gli aspetti medico-epidemiologici: le origini dell'infezione da *Hiv*; a) le vie di propagazione del morbo; b) le cure; c) le cifre. — III. I riflessi socio-giuridici del male. — IV. L'interpretazione delle norme incriminatrici alla luce del criterio dell'*extrema ratio*: a) i parametri di « concretizzazione contenutistica » della fattispecie; b) un primo approccio metodologico. — V. La punibilità *de iure condito* del contagio come indagine condizionante la presunta necessità dell'introduzione di una norma *ad hoc*. — 1. L'ipotesi classica: trasmissione del virus mediante rapporto sessuale e sussumibilità nel reato di lesioni. — 2. L'ostacolo iniziale: sieropositività asintomatica e malattia. La nozione di quest'ultima nella letteratura scientifica e nella giurisprudenza. — 3. L'assenza di spunti di riferimento nell'abrogato art. 554 c.p. — 4. Un importante precedente: la sentenza Pret. Torino 22.3.1989 e la linea di demarcazione suggerita. — 5. La soluzione nella Repubblica federale tedesca: a) la *Gesundheitsbeschädigung* come nucleo costitutivo della *Körperverletzung*; b) la difesa dell'incolumità individuale nei codici precedenti (e la proposta dell'*Alternativ-Entwurf*); c) l'opzione politico-criminale sottesa all'attuale definizione codicistica « onnicomprensiva » e l'incoraggiamento dottrinario; d) la ricomprensione problematica nel « danno alla salute » del mero passaggio del virus; e) l'aggravamento elegante della questione (sussistenza di trauma psichico). — 6. L'evoluzione normativa italiana in materia di protezione dell'integrità fisio-psichica. — 7. Parallelismi ed asimmetrie nella comparazione tra i due sistemi. — 8. I diversi stadi dell'AIDS e le ripercussioni sulla gravità delle lesioni: a) il pericolo di vita della persona offesa; b) l'indebolimento permanente di un organo (nella specie, il quadro immunitario); c) (segue) la capacità di procreare; d) (segue) le alterazioni mentali; e) l'acceleramento del parto e l'interruzione della gravidanza da aggravanti a reati autonomi; f) l'insanabilità della malattia. — 9. Il nuovo regime di imputazione delle circostanze e gli effetti *de quo*. — 10. Contagio di donna incinta e tutela del feto; a) un delicato risvolto: legittimità dell'aborto a fini terapeutici. — 11. Gli artt. 584 e 586 c.p. tra principio di colpevolezza e teoria dell'imputazione oggettiva. — 12. Il legame causale: una *probatio diabolica*; a) difficoltà oggettive (diagnostica di laboratorio e fase di latenza); b) e soggettive (attendibilità psicologica della vittima). c) Una significativa conferma nella sentenza del Pretore di Torino d) e nei sofismi delle decisioni giudiziarie tedesche: dalla condanna per tentativo inidoneo all'istituto della *Wahlfeststellung*. — 13. Un ulteriore dilemma: fluidità del male e contestazione accusatoria; a) limite del *ne bis in idem*. L'espressione « medesimo fatto » (art. 649 c.p.p.) e l'operatività del divieto nel reato progressivo; b) le conseguenze in tema di prescrizione (inutilità del ricorso alla distinzione perfezione-consumazione del reato). — 14. L'interruzione del nesso di causalità (art. 41 cpv. c.p.). — 15. Eventi non immediati e *Unrechtsgehalt*.

I. — Un'indagine che miri ad esaminare il complesso e delicato rapporto tra AIDS e diritto penale non può prescindere da una precisazione preliminare. Di duplice natura.

Innanzitutto, soffermarsi sul dato epidemiologico e sugli aspetti medici della malattia — anche se in forma divulgativa — risponde all'esigenza di fornire una visione d'insieme, sia pure con la consapevolezza delle incertezze regnanti in materia, indispensabile per dipanare con cognizione di causa i nodi della ricerca. Le imprecisioni statistiche, l'allarmismo talvolta ingiustificato, unitamente alla disinformazione latente, hanno contribuito del resto a prese di posizione drastiche, ma viziate nei presupposti.

Quanto al secondo punto, è bene avvertire sin d'ora, onde evitare equivoci, che l'intervento del diritto penale — impregiudicato lo spazio d'azione — non va inteso come strumento di lotta alla diffusione della malattia. Il postulato della legittimità (opportunità) del suo ingresso è tutto da dimostrare. Senza contare che va attentamente verificato il margine di applicabilità delle fattispecie tradizionalmente invocate. Fermo restando che l'ultimo compito è in grado ovviamente di produrre effetti positivi sul primo versante, una politica criminale che invertisse i termini della questione, col dichiarato intento di trovare nella pena la 'soluzione finale', sarebbe destinata al fallimento, oltre a rivelarsi pericolosa nelle motivazioni ispiratrici.

II. — L'AIDS, dal 1982 sigla internazionalmente riconosciuta (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), è una malattia contraddistinta dalla distruzione del sistema immunitario (1). L'artefice è un particolare retrovirus (*Hiv: Human immunodeficiency*

(1) Nella primavera del 1981 furono segnalati negli Stati Uniti, presso l'Istituto per il controllo delle malattie infettive (CDC: *Center for Diseases Control*), 31 casi di persone ammalatesi improvvisamente per un calo delle difese immunitarie. Non trovandosi sul momento una spiegazione della patologia in atto, ed essendo tutti i malati omosessuali, fu proposto di contrassegnare il morbo con l'etichetta di comodo di GRID (*Gay-Related-Immune-Deficiency*). Successivamente, per la diffusione della malattia tra tossicodipendenti e politrasmusi, si adottò la dizione attuale.

In Italia l'abbreviazione SIDA (traduzione di *Sindrome da immunodeficienza acquisita*), utilizzata ad esempio in Francia e in Spagna, non ha incontrato consensi.

virus) (2), il quale aggredisce direttamente i linfociti T4, responsabili dell'organizzazione dell'apparato difensivo contro agenti patogeni.

L'*Hiv* inserisce il proprio codice genetico, formato da RNA (acido ribonucleico), nel codice genetico della cellula ospitante, composto da una molecola diversa, il DNA (acido desossiribonucleico) (3). Penetrando nel nucleo della cellula linfocitaria, l'RNA virale entra a far parte del patrimonio genetico di quest'ultima, infettandola.

Se il virus rimane inattivo (4), la cellula T4 alterata mantiene un regime di vita normale: il soggetto risulta sieropositivo senza presentare sintomi (c.d. portatore asintomatico). Se viceversa il virus, attivandosi, si riproduce all'interno della cellula T4, la stessa scoppia liberando virus che infetteranno altri linfociti T4. L'innescò del processo a catena mette ben presto in tilt un numero consi-

(2) Isolato nel maggio 1983 dal gruppo di ricerca guidato dal prof. Montagnier dell'istituto Pasteur di Parigi con la sigla LAV (*lymphadenopathy-associated-virus*) e quindi dall'équipe del prof. Gallo dell'istituto per la lotta ai tumori del Maryland e designato come HTLV-III (*Human T-cell Lymphotropic Virus Type III*).

La genesi del virus è ancora misteriosa. Mentre è da scartare la fantascientifica tesi della sua fabbricazione artificiale ad opera della CIA, con sperimentazione su detenuti in cambio della libertà (un'ipotesi anche autorevolmente difesa, ma scientificamente inattendibile: ragguagli in SÜSSMUTH, *AIDS. Wege aus der Angst*, 1987, 45 ss.), si discute se la sua origine sia in alcune specie animali, e da queste trasmesso all'uomo, oppure in ceppi della popolazione africana, in uno stato di relativa quiescenza, e da lì esportato in forma virulenta negli Stati Uniti. Per altre teorie, cfr. PRATTICO, *Niente paura è solo Aids!*, *la Repubblica-Mercurio* 3.6.1989, 13; SEBASTIANI, *Aids: uno nessuno centomila virus*, *la Repubblica-Mercurio* 5.5.1990, 10.

Un secondo virus (*Hiv-2*), di differente composizione nelle proteine dell'involucro, è stato isolato partendo da un focolaio di AIDS presente nell'Africa occidentale. Cfr. PIOT - PLUMMER - MHALU - LAMBORAY - CHIN - MANN, *AIDS: An International Perspective*, *Science* 239 (1988), 573 ss.

(3) Stante la incomunicabilità tra i due codici genetici (DNA e RNA), il retrovirus deve prima trasformare il codice RNA in DNA grazie ad un enzima particolare, la trascrittasi inversa, di cui è dotato l'*Hiv*. Viceversa il DNA si trascrive nella molecola RNA normalmente. Cfr. HAAS, *AIDS. Ein Virusinfekt des Immunsystems*, 1985, 23; GROSS, *Aktuelles über AIDS*, *DÄBl* 1986, 472 ss.

(4) Per cause non ancora chiare, anche se la condotta di vita e l'esposizione ad altre fonti di infezioni, specialmente recidive, sembrano fattori determinanti.

derevole di linfociti T4 con conseguente impossibilità di apprestare le difese immunitarie. La fase di latenza termina e la malattia esplode attraverso infezioni opportunistiche che approfittano dell'incapacità di reagire dell'organismo (5); secondo un indice di pericolosità crescente sono così annoverabili stadi evolutivi vari: dalla sindrome linfadenopatica (LAS) all'*AIDS-related complex* (ARC) (6), fino all'AIDS conclamata.

a) Il retrovirus *Hiv* è stato isolato nel sangue, nello sperma e nelle secrezioni vaginali degli infetti. Sebbene rintracciato nei liquidi organici (saliva, lacrime, ecc.), la quantità riscontrata è talmente bassa da far dubitare che possano essere veicoli di contagio. Se infatti l'*Hiv* non raggiunge una determinata soglia di consistenza, l'organismo (quando non debilitato) reagisce adeguatamente, impedendone l'insediamento.

Le modalità di trasmissione del virus si riducono pertanto a due principali categorie: via intrauterina, e cioè dalla donna gravida al feto, nella gravidanza o durante il parto (*perinatal transmission*) (7); contatto del virus con il sangue del ricevente.

Per quanto concerne l'ultimo punto, sono evidenziabili i seguenti sottogruppi.

(5) *Opportunistic Diseases*, quali il sarcoma di Kaposi, la *candida esophagitis*, la *pneumocistis carinii*. Si veda *AIDS-Was geht's mich an? Eine Information für Frauen und Männer*, 1986, 5; KAATSCH - SCHULZ - HELMKE, *Morphologische und immunhistologische Befunde bei einem Fall von AIDS*, in *Medizin und Recht, Festschrift für Spann*, a cura di VON EISENMENGER - LIEBHARDT - SCHUCK, 1986, 180 ss., e ivi bibliografia.

(6) Cfr. AIUTI, *Sindrome da immunodeficienza acquisita (AIDS). Lo stato dell'arte*, *Immun. Clin. speriment.* 1984, 3 ss.; AIUTI-LUZI, *Schede di informazione sull'infezione da Hiv: AIDS e Sindromi correlate*, II, *Serv. Aggiorn. med.*

(7) Non è provato invece che l'allattamento rientri tra le fonti di contagio, sebbene il virus sia stato scoperto nel latte della madre sieropositiva.

Il nato è sempre sieropositivo, poiché la madre gli trasmette automaticamente gli anticorpi del virus, quest'ultimo invece può essere presente o no. In caso negativo, in un periodo di tempo oscillante tra i sei e i quindici mesi dal parto, il bambino diventa sierologicamente negativo per l'AIDS, scomparendo gli anticorpi (l'evenienza è valutata intorno al 60%). Viceversa, se il figlio ha ricevuto anticorpi e virus (circa nel 35% dei casi), la probabilità di sviluppare l'AIDS nei primi due anni di vita è alta.

In argomento, L'AGE STEHR, *Ein höchst gefährliches Virus*, in *Todesseuche AIDS*, a cura di HALTER, 1985, 59.

Trasfusione di sangue e assunzione di prodotti emoderivati. L'eventualità è remota, per l'obbligatoria sottoposizione a test del sangue prima dell'impiego (sin dal 1985). Analogamente per i derivati sanguigni, il cui metodo di preparazione segue specifici accorgimenti (il riscaldamento, poiché il virus non sopravvive a temperature superiori ai 60°) in grado di debellare l'Hiv. Nonostante ciò, il rischio di contagio da trasfusione persiste, come dimostrato dagli episodi portati di recente all'attenzione dell'opinione pubblica; la percentuale stimata è 1/125.000 (8). Poiché infatti il test di rilevazione della sieropositività si basa sul metodo indiretto della presenza di anticorpi al virus (c.d. metodo ELISA: *Enzyme Linked Immuno-Sorbent Assay*), e questi si sviluppano in uno spazio variabile dai 15 giorni ai 4 mesi (secondo alcuni fino a 14 mesi), può capitare che il test non registri l'infezione contratta essendo stato effettuato nella c.d. fase-finestra (9). Per ovviare all'inconveniente, non potendosi conservare il sangue per tempi lunghi, si punta alla 'selezione' del donatore, ma sono intuibili i limiti dell'operazione.

Uso di aghi ed accessori contaminati. La pratica molto comune tra i drogati, in specie eroinomani, di iniettarsi il preparato per via endovenosa mediante l'utilizzo della stessa siringa rappresenta un veicolo di contagio particolarmente elevato (per le residuali ipotesi: punture accidentali, strumenti medico-estetici infetti, cfr. nota 10).

Trasmissione per via sessuale. Costituisce la modalità più diffusa di propagazione del virus. L'Hiv, presente nello sperma e nelle secrezioni vaginali, si inserisce nei linfociti del soggetto riceven-

(8) Fonti divergenti parlano di un rapporto 1/39.000: cfr. M. G. Koch, *AIDS - die lautlose Explosion. Debatte und Realität*, 1988, 104.

Nella Repubblica federale tedesca, dal 1.10.1985, il test di ricerca dell'Hiv è obbligatorio per i donatori di sangue (cfr. *Richtlinien zur Blutgruppenbestimmung und Bluttransfusion*, *Bundesgesundheitsblatt* 1985, 4, 122.).

Identici controlli sono disposti ormai in tutti i Paesi per i donatori di organi. In argomento, GROSSO, *Prelievi, trapianti e banche delle ossa: profili giuridici e giuridico-penali*, RIDPP 1989, 9 s.

(9) Esistono tecniche di analisi differenti, in grado di segnalare l'esistenza del virus (c.d. ibridizzazione *in situ*), ma, a parte i costi elevati, richiedono molto tempo e non sono automatizzabili. Cfr. la nota 136.

Cfr. HUNSMANN - WENDLER - SCHNEIDER, *Der LAV/HTLV - III - Antikörpertest*, AIFO 1986, 22 ss.; GURY - MURRAY, *Valutazione ambulatoriale dei pazienti a rischio per Aids e Arc (Aids-related complex)*, *Stampa medica* 1987, 16, 43.

te attraverso le microlesioni preesistenti (facili da riscontrarsi dato l'ambiente adatto alla formazione di infiammazioni resistenti e localizzate), o che si verificano durante il rapporto (causa la fragilità delle mucose). Ciò spiega il perché della trasmissione del virus nei contatti omo- ed eterosessuali, nonché in quelli orogenitali. Naturalmente, le pratiche sessuali che favoriscono microescoriazioni, predisponendo un terreno favorevole, accrescono il rischio dell'inoculazione del virus.

La ripetitività dell'atto incrementa il pericolo e, infine, la trasmissibilità tra uomo e donna è reciproca, pur essendo statisticamente meno probabile il contagio donna-uomo.

Sono individuabili di conseguenza alcuni gruppi 'a rischio', cioè dalla probabilità maggiore di contrarre l'infezione: nati di sieropositive (intorno al 35%); emofiliaci ed emotrasfusi prima del settembre 1985 (fra il 30% ed il 40%) o ancor'oggi in zone carenti di controlli sui donatori; tossicodipendenti che assumono sostanze psicotrope per via endovenosa (c.d. *intravenous drug abusers*) (circa il 50%); omosessuali, bisessuali (i maschi sono maggiormente esposti: 70%); prostitute; partners eterosessuali dei soggetti a rischio (10).

b) L'AIDS è attualmente incurabile. La terapia è limitata al trattamento delle infezioni opportunistiche, con esiti differenti secondo il tipo: mentre i farmaci antibiotici, antimicotici e antiparassitari riescono a fronteggiare con successo le malattie comuni, così come alcuni antivirali registrano qualche efficacia, resta viceversa senza apprezzabili benefici la cura — anche mediante interferon — dei linfomi secondari e del sarcoma di Kaposi. La vita media dei colpiti

(10) Piuttosto bassa la possibilità del contagio in seguito a puntura accidentale con aghi o strumenti contaminati (nell'ordine dello 0,5%). Non esistono seri pericoli neppure per il personale medico e gli operatori sanitari che 'trattino' quotidianamente sangue infetto, né logicamente per il paziente, ove siano rispettate le precauzioni conformi. Sulle regole da adottare, MARABOTTO, *Sette regole di rigore salvano i medici da Hiv*, *Il giornale del medico* 1989, 38, 5. Cfr. ora il D.M. 28.9.1990 del Ministero della Sanità.

Nessun rischio, infine, per i rapporti sociali o ambientali con malati di AIDS o per effetto di *blood sucking* degli insetti ematofagi. Si veda SANDE, *Transmission of AIDS*, *New Eng. J. Med.* 314 (1986), 380 ss.; GREEN, *The Transmission of AIDS*, in *AIDS and the Law: A Guide for the Public*, 1987, 28 ss.

da tali patologie si aggira sui due-tre anni. Non esistono pertanto medicine specificamente indirizzate a debellare il virus *Hiv* (11), ma soltanto preparati atti a lottare contro le forme di manifestazione dell'AIDS senza rimuovere le cause. La fabbricazione di un vaccino ottenuto dalla proteina del virus e ricombinato mediante tecniche di manipolazione genetica (12) sembra essere al momento la strada da percorrere; i tempi di realizzazione sono però indeterminati.

Accanto all'assistenza psicologica dell'AIDS-patient o carrier, è possibile dunque la sola attività preventiva, nella duplice direzione di evitare — o quanto meno di ritardare — l'evoluzione del male attraverso l'eliminazione mirata dei 'fattori di accelerazione' verso l'ultimo stadio, e di abbassare per i sani l'eventualità del contagio grazie a misure cautelari.

Forme di remissione dell'AIDS, con scomparsa della sieropositività, vengono segnalate raramente e sembrano rientrare nella fisiopatologia ordinaria delle malattie infettive. Il virus rimane come acido nucleico nel genoma recipiente; tuttavia, a meno di una replicazione virale o di una reazione anamnesticca, non si evidenziano anticorpi, spia dell'infezione.

c) Nel mese di ottobre 1987 il numero dei sieropositivi notificati nel mondo ammontava a 62.445, in Italia, nel dicembre dello stesso anno, a 1478, con un rapporto maschi-femmine di 4 a 1; nel maggio del 1989 si contavano nel mondo 144.276 sieropositivi; in Italia, il 30 giugno 1990 gli ammalati di AIDS conclamata erano 6701 (266.000 in 156 nazioni), ad ottobre, 7.500 (fonte: Istituto superiore della Sanità), con il 60% di tossicodipendenti, il 20% di omosessuali, il 6-7% di eterosessuali (tra cui 1280 donne) ed il resto politrasfusi. La regione in testa alla graduatoria è la Lom-

(11) Unica eccezione l'Azidotimidina (AZT), sperimentata da qualche tempo negli ospedali italiani su pazienti colpiti da AIDS conclamata.

Particolarmente negli U.S.A. si continua, seppure non in forma massiva, nella somministrazione delle cellule CD4 e del farmaco Ddi. Studi recenti hanno infine individuato in un micoplasma il supporto all'azione del retrovirus, per cui si tenta di agire su di esso.

(12) In argomento, MATTEUCIG, *AIDS, un morbo che può colpire chiunque*, Biol. It. 1988, 2, 12; *Vaccines 90 - Modern approaches to New Vaccines Including Prevention of AIDS*, a cura di BROWN - CHANOCK - GINSBERG - LERNER, 1990.

bardia, più colpite sono in generale le aree sviluppate del Paese, gli insediamenti urbanistici anziché rurali.

Le cifre riportate fotografano però un aspetto limitato — oltre che ingannevole — della situazione. Esse fanno riferimento ai casi *denunciati*, quindi non al totale effettivo (valutato nel doppio), se si tiene conto che i sieropositivi, per i quali la *cifra oscura* è considerevole, sono di massima portatori asintomatici, né esiste uno *screening* di massa in grado di individuarli.

Riguardo per l'appunto i sieropositivi, e con la doverosa precisazione che si tratta di stime (13), si calcola che il loro numero tocchi nel globo i 5-6 milioni (in Italia all'incirca 200.000) e che esso sia destinato a superare il tetto dei 20 milioni nel giro di dieci anni. Inoltre, poiché nell'arco di sette anni e oltre (14), in un terzo dei portatori del virus la malattia evolverà in ARC, in una percentuale analoga si trasformerà in AIDS conclamata, è pronosticabile una quota totale, incluso il dato del ritmo crescente delle nuove infezioni, di circa 5.000.000 di malati di AIDS nel duemila e già di 1.111.000 nel '91, beninteso a condizione di una massiccia opera di prevenzione.

Quanto al capitolo dei decessi, solo negli U.S.A. sono morte 15.000 persone nel periodo 1979-1986, e la previsione è di 54.000 nel 1991.

III. — Le peculiarità della malattia, le caratteristiche del contagio, l'incurabilità, l'esposizione al rischio di specifiche categorie giustificano l'interesse che sin dalle origini l'AIDS ha spiegato nell'opinione pubblica. Questa costante attenzione, alimentata dal bombardamento quotidiano di notizie da parte dei mass-media, ha determinato tuttavia un approccio al problema non sempre lusinghiero, in quanto privo di obiettività e distorto da pregiudizi.

L'insidiosità del virus si nasconde dunque anche dietro la so-

(13) I dati provengono dall'OMS (Organizzazione mondiale per la sanità).

Da notare peraltro che le previsioni partono dalla considerazione che il numero degli ammalati raddoppia nell'arco di 12-14 mesi. In realtà l'incremento procede in misura rallentata.

(14) Tale il periodo di incubazione. Meno drastici (5-6 anni) RASOKAT - HÄUSSERMANN, *AIDS-klinisches Bild und therapeutische Aspekte*, in *AIDS. Neuere Erkenntnisse*, a cura di STEIGLEDER, 1985, 39. Cfr. nota 139.

vrabbondanza di dati disponibili. Se è facile così decifrare manovre ideologicamente ispirate, volte a tranquillizzare l'opinione pubblica e non indirizzate in prima battuta a combattere il male, il difficile consiste nell'indicazione della strategia vincente. Certo l'AIDS non può essere lasciato all'asettico mondo della biologia e della medicina; il coinvolgimento di molteplici profili sociali esige una linea politica articolata, il cui sbocco è nello strumento giuridico.

Dovrebbe essere però assolutamente chiara la separazione degli aspetti morali da quelli del diritto (penale e non). La ghettizzazione dei gruppi tradizionalmente a rischio (omosessuali, tossicodipendenti, prostitute) si dimostra fuori luogo: non solo nelle conseguenze, diffondendosi la malattia in strati della popolazione ritenuti fino a poco tempo fa sicuri (secondo allarmanti previsioni gli eterosessuali potrebbero raggiungere nel duemila il 60% della quota totale dei malati), quanto persino nelle premesse, partendo da una visione etico-religiosa di condanna del comportamento deviante, e servendosi della presunta *pericolosità clinica* per neutralizzare la *pericolosità sociale* di tali individui (15).

D'altro canto va evitata l'opposta tendenza a vittimizzare la persona colpita dal male, accentuandone l'isolamento.

L'AIDS coinvolge settori disparati dell'ordinamento giuridico. Dal diritto civile (si pensi alle ripercussioni in tema di invalidità del contratto di matrimonio per errore sulle qualità personali del coniuge quando questi abbia taciuto il proprio stato di sieropositivo: art. 122 c. 2° e 3° c.c.) al diritto del lavoro (riconoscibilità dell'invalidità civile e collocabilità in attività lavorative protette ex L. 482/1968 per il sieropositivo, la cui condizione non costituisce comunque giusta causa di licenziamento) (16), dal diritto finanziario (manovra di bilancio per sostenere le spese nel campo della ricerca e dell'assistenza e conseguentemente disegnare la politica so-

(15) Si vedano le considerazioni antropologiche di Marc Augé, raccolte da GUITTA PESSIS-PASTERNAK, *La société, le SIDA et le diable*, *Le Monde* 20.12.1988, 1 ss. In chiave critica, inoltre, WALTER, *Ethical Issues in the Prevention and Treatment of Hiv Infection and AIDS*, *Science* 239 (1988), 597 ss.

(16) Cfr. in proposito le « *Informazioni della Commissione nazionale per la lotta contro l'AIDS* », a cura del Ministero della Sanità, s.d., 23, nonché DICKENS, *Legal Rights and Duties in the AIDS Epidemie*, *Science* 239 (1988), 581 s.

ziale da intraprendere) (17) al diritto amministrativo (eventuali misure da adottare — obbligatorietà del test, espulsione dal territorio del sieropositivo — nei confronti dello straniero) (18).

Se la soluzione di molte delle problematiche accennate passa attraverso il bilanciamento della tutela del malato con le esigenze contrapposte di protezione del sano, nell'ambito del diritto penale la prospettiva risulta complicata, e non legata esclusivamente alla dimensione costituzionale quale punto di riferimento dei beni giuridici coinvolti a livello di normazione ordinaria (19). La Carta costituzionale rappresenta infatti un'indicazione necessaria come precondizione dell'intervento repressivo (20), ma l'inclusione nell'area del penalmente rilevante resta subordinata alla verifica — in generale — della 'meritevolezza di pena' del fatto, stante il principio di sussidiarietà.

IV. — Le acquisizioni tornano particolarmente utili ed attuali nell'affrontare l'argomento dei riflessi penalistici dell'AIDS, in previsione dell'introduzione di apposite norme destinate a combattere la sindrome, come pure nella valutazione delle disposizioni vigenti, circa la loro richiamabilità ed 'adattabilità'.

(17) Istruttivo al riguardo BAUER, *Der AIDS-kranke im sozialen Netz*, in *Problemkreis AIDS-seine juristischen Dimensionen*, 1988, 27 ss.

Un esempio significativo si rinviene nella L. 5.6.1990 n. 135, quanto agli stanziamenti disposti per il reclutamento del personale medico e paramedico e per la costruzione di padiglioni ospedalieri destinati al ricovero dei pazienti. Sulle modalità di intervento, A. SCASSO - BOZZI - MORETTI - C. SCASSO - LOGGINI, *Infezione da Hiv e medicina di base. Strategia assistenziale e problematiche diagnostiche*, Biol. It. 1989, 3, 37 ss.

Negli Stati Uniti la spesa per la lotta all'AIDS nel 1991 è calcolata in sette miliardi di dollari.

(18) Per una panoramica delle questioni giuridiche sollevate dalla malattia, *AIDS and the Law* (nota 10); *Die Rechtsprobleme von AIDS*, a cura di SCHÜNE-MANN - PFEIFFER, 1988; *Aids. A moral Issue. The Ethical, legal and Social Aspects*, a cura di ALMOND, 1990; *Aids and the Courts*, a cura di ABT - HARDY, 1990.

Inoltre, SIMONETTI, *AIDS-Misure legali e di polizia in vigore oggi in vari Paesi, Il medico d'Italia* 1988, 20, 1 ss.

(19) Su cui COMOGLIO, *Misure anti-AIDS e problemi costituzionali*, FI 1988, V, 292 s.

(20) Cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983, 161 ss.

È soprattutto l'ultimo aspetto a meritare interesse. Non v'è dubbio, invero, della praticabilità dell'interpretazione estensiva per molte figure delittuose, sia per la formulazione legislativa, sia per la tipologia di accadimenti sulla quale sono destinate ad insistere. Basterebbe pensare alla 'porosità' delle espressioni adoperate (21), oppure alle fattispecie causalmente orientate per accorgersi dei sufficienti spazi di manovra a disposizione dell'interprete.

Il problema però dei *limiti* di tale *Freiraum* non viene solitamente lumeggiato a sufficienza. È bene ribadire che nel parlare di limiti interpretativi non si allude al rispetto del principio di legalità, nella duplice articolazione della tassatività e del divieto di analogia (*in malam partem*). Questi parametri sono, per così dire, scontati, e segnano il confine invalicabile (*in alto*) di qualsiasi operazione ermeneutica. Altrettanto ovvio come perciò non aiutino nella determinazione dell'ambito di discrezionalità dell'operatore giuridico, ambito che potremmo definire di *concretizzazione contenutistica della fattispecie*.

Senza pretesa di fornire una risposta esaustiva, si possono suggerire alcune direttrici di ricerca.

Riassumiamo per comodità i termini della questione attraverso un'esemplificazione pratica: va incontro a sanzioni penali il sieropositivo consapevole del suo stato che abbia rapporti sessuali con il partner? O ancora, ad uno stadio precedente: è suscettibile di incriminazione chi, a conoscenza della propria sieropositività, non avvisa il partner? Le domande, volutamente generiche, evidenziano come non sia tanto importante richiamare gli articoli del codice, salvo ritornarvi nel corso della trattazione, quanto soprattutto indicare il metodo da seguire. Ciò significa, da un punto di vista logico, testare lo spazio operativo della norma nella quale — ad un superficiale e disimpegnato esame — sembra ricadere quella specifica azione. In una prospettiva, dunque, *de lege lata*, indispensabile per passare alla successiva verifica *de iure condendo*.

I confini demarcanti l'estensibilità del fatto astrattamente previsto sono rappresentati al livello superiore, come accennato, dall'*analogia* e dalla *tassatività*. La loro valenza politico-criminale si

(21) Sul punto, KOCK - RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 191 ss., 194 ss.; inoltre SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978, 19 s.; 29 ss.

riassume nell'attuazione dei postulati di fondo dello Stato democratico di diritto.

Il livello inferiore è segnato da una *rigorosa* interpretazione *storico-testuale*, che privilegi cioè la mera formulazione letterale e le origini storiche della disposizione. Anche tale fattore, sia pure nella sua ambiguità, è collocabile nell'ottica di una rigida 'sovraesposizione' dei criteri garantisti, in ossequio al culto della legalità formale e come reazione ai disinvolti meccanismi di applicazione giurisprudenziale del diritto.

La totale *anelasticità* della norma è tuttavia, prim'ancora che un'utopia, una scommessa persa in partenza, se non altro perché le espressioni legislative insinuano inevitabili dubbi, mentre la tecnica di descrizione casistica, pur volendo presumere la vantaggiosità, si rivela non esaustiva.

Il codice e la legislazione penale lo dimostrano chiaramente: al di là delle ipotesi classiche (una tra tutte: le parole « atti osceni » o « luogo esposto al pubblico » di cui all'art. 527 c.p.), si può ricordare, per quanto concerne la violazione della pubblica custodia di cose (art. 351 c.p.), il riferimento alla custodia *particolare* della cosa mobile, o ancora l'art. 353 c.p. (Turbata libertà degli incanti). L'ultimo precetto è emblematico, anzi, delle difficoltà maggiori che il legislatore incontra allorché si propone di indicare in dettaglio l'oggetto dell'incriminazione. Nel primo comma si fa ricorso alla nozione di « altri mezzi fraudolenti », nel secondo resta indistinta la qualità nel soggetto attivo di « persona preposta dalla legge o dall'Autorità ». Sempre con riguardo allo stesso comma, le « licitazioni private per conto di privati » sono interpretate estensivamente dalla giurisprudenza, che vi ricomprende le 'gare di consultazione', in sostanza le procedure sottratte alla normativa in tema di contabilità statale, e dal numero esiguo di partecipanti (22).

Nella precisazione dell'operatività della norma non si sfugge dunque ad una sorta di *circulus vitiosus*: propendere per la creazione di una fattispecie dichiaratamente elastica, riduce — almeno in teoria — le questioni attinenti all'uso di termini specifici, ma è presumibile la dilatazione della sfera d'intervento; scegliere una linea restrittiva (*rectius*, obbediente ai canoni della frammentarietà), comporta l'impiego di locuzioni particolari, descrivendo le

(22) Cfr. Cass. 28.10.1974, CP 1976, 1100.

modalità della condotta, col risultato di una possibile dimenticanza di settori egualmente importanti, aprendo la strada nuovamente all'ampliamento dell'illiceità. Le intenzioni divergono, la strategia adottata pure, ma la conclusione è potenzialmente identica.

Questo curioso effetto-*boomerang* è legato in buona misura alla viscerale tendenza della magistratura italiana a privilegiare il metro dell'interpretazione estensiva, in virtù del compito attribuitosi di garantire l'ordine sociale e di decidere la politica criminale da adottare. In tal modo, però, il divario tra essa e la dottrina si allarga progressivamente e la incomunicabilità diventa palese (23).

a) Assodata l'ineliminabilità dell'opera ermeneutica, chiariti i confini invalicabili, restano da precisare gli strumenti utili alla concretizzazione contenutistica del modello di reato.

I parametri di attuazione possono essere fissati in numero di tre; per la precisione, il primo riguarda il *metodo*, i rimanenti i *criteri pratici* d'ausilio.

Circa il metodo, la norma — ed i concetti ivi espressi — vanno interpretati nella prospettiva *teleologico-funzionale*.

Punto di partenza è la constatazione che il diritto penale *valuta* determinate azioni e le riconsidera alla luce delle proprie finalità: le categorie del reato posseggono una 'funzione' (24) e l'intero sistema è imperniato su 'valori' scelti dal legislatore in base alla politica criminale disegnata. L'incriminazione di un certo comportamento non è frutto dunque di una decisione isolata, ma s'inscrive nell'orbita di una complessa rete di riferimenti: così, assegnando al *Tatbestand* il compito di garantire il *valore* dell'offensività, fatti in concreto sprovvisti di detta carica di lesività non rientreranno nell'area del disvalore, proprio per non contraddire gli scopi adempiuti dal 'tipo' (25).

(23) Cfr. Loos, *Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis*, in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, a cura di IMMENGA, 1980, 261 ss.; PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, 15 ss.; HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, *Festschrift für Tröndle*, 1989, 19 ss.

(24) Per tutti, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, 16 ss., 24 ss., 33 ss. Dell'opera esiste la traduzione italiana, a cura di MOCCIA, 1986.

(25) Critico circa l'utilità del *funktionales Denken*, HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 - Jahr - Feier der Universität zu Köln*, 1988, 414 ss.

Passando ai criteri destinati a dare corpo a tale strumento generale orientativo, un ruolo cardine è svolto dalla tecnica di *interpretazione evolutiva*. Essa permette di 'aggiornare' la norma riducendo i rischi della perdita di contatto con la realtà. Ed il pericolo di operazioni surrettizie che finiscano per tradire il senso del comando e del divieto è scongiurabile osservando i limiti massimi prima enunciati. Dovrebbe d'altronde essere chiaro che l'interpretazione evolutiva esaurisce i compiti nell'adeguamento del significato normativo. Il suo 'tenere il passo' non va perciò confuso con la funzione propulsiva del diritto penale, che viceversa rivendica il ruolo di guida e di controllo delle istanze sociali tramite l'uso 'promozionale' dello *ius puniendi*.

Non solo. L'interpretazione evolutiva è amessa a patto che lo consenta la *ratio* della criminalizzazione ed ancora a condizione che non si ponga in attrito con il *principio di frammentarietà*. È questo infatti l'ultimo anello nella 'concretizzazione contenutistica'.

Com'è noto, il principio di frammentarietà esprime la lacunosità dell'intervento penale, che si ritrae intenzionalmente da alcuni settori. In un'articolazione 'dinamica', lasciare scoperta un'area comporta il rinunciare a proteggere il bene in ogni sfaccettatura, limitandosi a sanzionare le aggressioni più pericolose. L'effetto è ottenuto per l'appunto grazie alla formulazione della norma. Un esempio contrario: l'importanza del bene giuridico-vita si coglie agevolmente in quanto il legislatore non tanto — sul piano tecnico — crea il delitto di omicidio rinunciando a qualsiasi descrizione, quanto soprattutto provvede a sanzionare ogni forma di produzione dell'evento da un'angolazione soggettiva, a titolo doloso, colposo e di *versari in re illicita*, nonché, punendo l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e l'istigazione al suicidio (art. 580 c.p.), a negare spazio alla vittima-titolare del bene.

Dunque, una tutela frammentaria — sul duplice versante: sistematico-concettuale, applicativo —, desunta da una penalizzazione 'a macchia di leopardo', denota un interessamento limitato, ridotto all'essenziale.

Il terzo criterio bilancia perciò le possibili fughe in avanti che l'interpretazione evolutiva permette e nel contempo dimostra — se appunto ricorre un intervento frammentato — la inconciliabilità con gli scopi propulsivo-promozionali. Naturale peraltro che la frammentarietà diventi la *longa manus* della sussidiarietà: il drit-

to penale fa il suo ingresso nei casi di necessità, e con l'ulteriore *chance* di decidere i margini di tale manovra (26).

b) È tempo di mettere a frutto le conclusioni — seppure incomplete — raggiunte.

Il rapporto tra AIDS e diritto penale va impostato su basi razionali, senza stravolgere la teoria generale del reato. Il sistema normativo vigente può certamente essere impiegato con profitto in relazione alla malattia, ma la 'adattabilità' non va confusa con la 'creabilità' di una dommatica *ad hoc*. Gli strumenti per prevenire la commistione sono quelli indicati.

Motivazioni etiche non debbono forzare la mano del legislatore ed incrinare l'asetticità morale, prerogativa irrinunciabile dello Stato laico. Invocare del resto a sproposito la minaccia penale, magari mediante forme di terrorismo psicologico (27), si rivela alla lunga controproducente.

Indiscusso il primato della scienza e quindi la dipendenza di numerosi problemi penalistici dalle argomentazioni mediche (tutt'altro che pacifiche), corre obbligo di segnalare la provvisorietà degli esiti di una ricerca, debitrice delle nuove, continue acquisizioni provenienti dal campo scientifico. Se pertanto un'indagine concernente l'AIDS corre il rischio di nascere vecchia, il metodo investigativo diventa l'occasione per sottoporre ad un esame approfondito questioni solitamente trattate senza convinzione, e risolte nel solco della *communis opinio*.

(26) L'esigenza si realizza mediante un'adeguata formulazione della norma, sufficientemente chiara e al riparo da equivoci. L'aspetto, evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 364/1988 in tema di errore scusabile, è ripreso da PETRONE, *Il «nuovo» art. 5 c.p.: l'efficacia scusante della ignorantia iuris inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, CP 1990, 720 s. Da ultimo, RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, 1989, 19 ss.

(27) «Più riprovevole è chi, sapendo di portare l'infezione, non ne avvisa il coniuge, il partner, qualsiasi possa essere. Deve sapere, intanto, che viola il Codice penale». Così un passo emblematico della lettera datata 1.12.1988 dell'allora Ministro della Sanità Donat Cattin spedita in milioni di esemplari alle famiglie italiane. L'indistinto «violare il Codice penale» sottintende un rimprovero emozionale, e mira ad un altrettanto indeterminato effetto di deterrenza psicologica, nell'impossibilità di precisare la norma (inesistente) violata.

V. — Per fronteggiare la diffusione dell'AIDS si invoca con insistenza l'introduzione di una fattispecie specifica. Un'opzione del genere deve essere vagliata alla luce dell'opportunità politico-criminale da essa rivestita. E la risposta è influenzata dallo stato della legislazione vigente: qualora sussistesse la possibilità *de iure condito* di incriminare i comportamenti ritenuti pericolosi, verrebbe automaticamente sminuita l'importanza del problema. A livello inconscio o no, vi è dunque in quanti propendono per l'ingresso di nuove norme penali l'impressione di una lacuna attuale e la sensazione di un insufficiente, se non addirittura inesistente, strumentario di lotta.

Sembra perciò metodologicamente corretto partire da tale premessa per saggiarne l'attendibilità: in altre parole, se e quali reati siano richiamabili con riguardo alla malattia AIDS.

In ordine d'importanza (per diffusività e conseguenze) troviamo in vetta il comportamento sessuale del sieropositivo con il sano. Il punto ha suscitato contrasti in dottrina e in giurisprudenza.

Valutare la rilevanza penale di una condotta così indistinta è però uno sforzo poco produttivo, causa le molteplici varianti in gioco. Sotto il profilo del *soggetto attivo*, la distinzione tocca la consapevolezza o meno del sieropositivo (o del malato in fase acuta) del proprio stato (e ancora la posizione di chi nulla sappia, ma aveva ragione di temere di aver contratto l'infezione); quanto alla *condotta*, l'interesse si appunta sulle modalità dell'atto (per stabilirne il grado di pericolosità), mentre per l'*evento* è la sua realizzazione — e graduazione — (nessun contagio, lesioni gravi, morte) a dover essere scandagliata; per il *soggetto passivo*, infine, la differenziazione concerne la conoscenza o meno della fonte di pericolo.

1. — L'ipotesi classica — e frequente nella pratica — resta quella del sieropositivo *cosciente* della malattia, il quale, *tenendo all'oscuro* il partner, abbia un rapporto *non* protetto. Naturalmente può seguire o no la trasmissione del virus.

Consideriamo inizialmente il caso dell'avvenuto contagio. Come si è avuto modo di dire (*supra*, II), la presenza del virus nell'organismo può non essere associata a disturbi visibili; d'altronde, ciascuno stadio della malattia è caratterizzato da un preciso quadro clinico.

Prescindendo per il momento dalla ricerca dell'elemento soggettivo e del nesso causale, occorre stabilire se il contagio — non accompagnato da fenomeni patologici — sia suscettibile all'interno del tipo delle lesioni personali (28).

Secondo l'art. 582 c.p. il *minimum* per la rilevanza penale del comportamento si situa nella produzione di una lesione personale «dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente». La disposizione punta pertanto a valorizzare l'evento-malattia, indipendentemente dal *come* lo si ottenga, ed allo scopo di separare le lesioni dalle percosse, contraddistinte — in negativo — proprio dall'assenza della malattia (29).

2. — In forma semplificata, il quesito si circoscrive dunque entro un ambito ristretto, quello della mera trasmissione del virus

(28) Nella configurazione sistematica seguita il *Tatbestand* è formato dall'azione o omissione, dal nesso causale e dall'evento. Dolo e colpa non costituiscono soltanto elementi della colpevolezza, ma si rinvencono già all'interno del fatto.

Ragioni pratiche suggeriscono di analizzare innanzi tutto l'inquadramento dell'evento nella fattispecie astratta delineata dal legislatore.

(29) E — in positivo — dalla sensazione fisica dolorosa arrecata; così almeno la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza (cfr. Cass. 22.10.1980, RP 1981, 279; Cass. 26.2.1981, CP 1982, 737; Cass. 11.12.1981, CP 1983, 640). *Contra*, SALTELLI, *La nozione di malattia come criterio di distinzione fra lesione e percossa*, *Ann. dir. proc. pen.* 1935, 50 ss.; RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, 2^a ed., 1967, III, 275; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5^a ed., a cura di NUVOLONE - PISAPIA, 1986, VIII, 183 s., per il quale il dolore non sarebbe indispensabile per la configurazione del reato. Le obiezioni del Manzini non sono prive di consistenza, ma la definizione alternativa di percossa proposta dall'Autore — «ogni *violenta manomissione dell'altrui persona fisica* (così dette «vie di fatto»)» (corsivo nel testo originale) — rischia di rendere estremamente vaga la condotta tipica.

I lavori preparatori confermano l'opinione dominante. Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, Lavori preparatori*, V., 2, 379: «Il nuovo delitto di percosse differisce da quello di lesione, non tanto per la materialità dell'azione che può essere la stessa, e neppure per l'elemento subiettivo, il quale, essendo egualmente costituito dalla volontà cosciente di percuotere, male potrebbe contrapporsi a quello di recare offesa all'integrità fisica individuale, che inderiva altresì alla lesione personale; ma se ne distingue, più propriamente, per una condizione negativa, essendo elemento caratteristico del delitto di percosse, che dallo stesso non debbano essere derivate al soggetto passivo conseguenze morbose»; e ancora: «le percosse potranno, come tali, essere più lievemente punite, a seguito di querela della parte offesa, soltanto se esse non siano produttive di malattie, e ogni loro efficienza si riduca esclusivamente a una sensazione fisica dolorosa, che non lasci residuo di tracce organiche».

come equivalente della malattia. Sviluppandosi infatti l'AIDS — genericamente inteso — attraverso forme progressive in ordine di gravità crescente, il contagio non è originariamente legato a manifestazioni esterne. Il sieropositivo asintomatico non presenta i segni dell'infezione, evidenziabile solo mediante indagini di laboratorio. Tutto sta quindi nell'esaminare la nozione di malattia accolta dal codice; una risposta negativa (nel senso di escludere il reato di lesioni) non avrebbe ripercussioni sull'incriminazione per percosse, poiché le modalità di ingresso dell'*Hiv* sono incompatibili con l'attività fisica del percuotere *ex art. 581 c.p.*

L'art. 582 c.p. non definisce il concetto di malattia, lasciando all'interprete un compito delicato. È noto infatti come al riguardo si sia creata una profonda spaccatura tra la giurisprudenza e la dottrina, in particolare di estrazione medico-legale. La prima riconosce la malattia in qualsiasi alterazione anatomica o funzionale (30), riprendendo alla lettera la dizione dei lavori preparatori (31), la seconda, partendo dall'osservazione che nella scienza medica il *quid specificum* è dato dalla alterazione funzionale, sottolinea correttamente che un'alterazione meramente anatomica non è sufficiente a fondare la malattia, se non è accompagnata da tratti disfunzionali (32). Per evitare lo stridente contrasto con la *Relazione ministeriale*, si legge dunque la disgiuntiva o tra le parole anatomica e funzionale come congiunzione e, sostenendosi la tesi del refuso in sede di correzione delle bozze (33).

(30) Per i riferimenti in merito, cfr. LATTANZI, *Codici Penali-Annotati con la giurisprudenza e norme complementari*, 11^a ed., 1984, 895 s.; GARAVELLI, in *Codice Penale — Parte Speciale*, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto Penale*, a cura di BRICOLA - ZAGREBELSKY, 1984, II, 1051 s.; RICCIOTTI, in CRESPI - STELLA - ZUCCALA, *Commentario breve al Codice Penale*, 1986, 934 s.; *Esposizione di giurisprudenza sul codice penale*, 1990, IV - Artt. 422-623 bis, 493 ss. Nella dottrina meno recente, in senso adesivo, FRANCHINI, *Medicina legale*, 1958, 241.

(31) Cfr. *Relazione ministeriale* (nota 29), 379: «Ho usato l'espressione, correttamente scientifica, di malattia, anziché quella di danno nel corpo o perturbazione nella mente, giacché una malattia è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali».

(32) GALIANI, (voce) *Lesioni personali e percosse*, *Enc. Dir.* 1974, XXIV, 144 ss.; BALMA BOLLONE - ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, 1975, 15 ss.

(33) SALTELLI, cit. (nota 29), 50.

Non manca nemmeno chi svincola la malattia dai parametri clinici e la basa sulle acquisizioni provenienti dal senso comune. Facendosi scudo di un passo della *Relazione* (34) e con l'argomentazione ad effetto che « il codice penale non è un manuale di patologia » e dunque « non si tratta di fare dell'accademia medica, ma di interpretare la legge penale », si identifica la malattia in « quel processo patologico che richiede cura, riguardi, o custodia » (35).

A prescindere dalla concezione seguita, nessuna consente di ravvisare la malattia, e quindi il reato di lesioni, nel solo passaggio del virus.

La conclusione va tuttavia precisata, specie nei suoi limiti. La trasmissione dell'*Hiv* nell'organismo umano determina una situazione non statica, ma scandita da tappe evolutive, difficilmente separabili in chiave cronologica, ciascuna contrassegnata da un peggioramento delle condizioni di salute dell'infecto. Per cause non ancora note, il processo di crescita dell'infezione non è uniforme, né segue ritmi costanti, anzi può addirittura arrestarsi. A grandi linee sappiamo che, penetrato il virus nella cellula T4, dopo un intervallo variabile, compaiono infezioni opportunistiche per l'indebolimento del sistema immunitario e, infine, l'AIDS. Anche se non agevolmente, è quindi isolabile un momento nel quale il virus si annida nel corpo umano in condizioni di latenza, mentre la cellula attaccata risulta alterata nella consistenza ma integra nel regime di vita. In particolare, non scoppia e non dà inizio al terribile meccanismo di reazione a catena.

Ebbene, questa situazione di inattività, prolungabile per un tempo illimitato, non costituisce malattia.

Non nella versione ' medico-legale ', poiché è assente l'alterazione funzionale. Nella letteratura scientifica la malattia è equiparata ad un processo patologico in atto, acuto o cronico, collegato ad episodi di alterata funzionalità derivanti da un quadro organico anormale non sempre clinicamente accertabile. Ora, l'alterazione della cellula aggredita è riscontrabile; manca però l'attacco alla funzionalità, per il momento immutata.

(34) Ove si afferma l'intento « di evitare, nelle disposizioni di un codice, l'uso di espressioni di cui non sia pacifico il significato » (*Relazione ministeriale* [nota 29], 379).

(35) MANZINI, cit. (nota 29), 206 ss. (corsivo nel testo originale).

Neppure nella slargata ricostruzione giurisprudenziale il portatore asintomatico è qualificabile *in senso giuridico* come malato (36). La malattia è, nell'indirizzo giurisprudenziale largamente consolidato, persino la *sola* alterazione anatomica. Questo rigoroso orientamento è servito specialmente per far rientrare nel reato di lesioni i comportamenti produttivi di conseguenze traumatiche ma privi di riflessi a carico dell'organo colpito, come nelle contusioni e nelle ecchimosi (37). Un'infiltrazione di sangue nei tessuti sottostanti dipendente dalla rottura dei vasi sanguigni (cioè per l'appunto l'ecchimosi) diventa, adottando un metodo strettamente formale, alterazione anatomica (38), ma allora, sviluppando alle estreme conseguenze il concetto, si finisce per farvi rientrare qualsiasi modifica cellulare, seppure inapprezzabile, compreso il mutamento del linfocita ad opera dell'*Hiv* aggressore. Tuttavia, non pare che la prassi giudiziaria si orienti verso una nozione di 'alterazione anatomica' così indistinta.

Qualche spunto di riflessione si impone.

La configurabilità del reato di cui all'art. 582 c.p. segue nelle decisioni giudiziarie un *iter* logico abbastanza elementare ed uniforme: accertamento della sussistenza della malattia; equivalenza con l'alterazione anatomica o funzionale; rifiuto implicito dell'elaborazione medica.

Il ragionamento è sicuramente criticabile, per l'abbandono del dato scientifico a favore di concezioni 'atecniche'. Proprio una tale debolezza consente però di scartare soluzioni altrimenti necessitate.

(36) Ciò non esclude la predisposizione di opportune misure cautelari per evitare il contagio a terzi, o che questi sia bisognoso di cure.

La nozione di malattia penalmente rilevante è naturalmente meno estesa rispetto alla « sociale ». Del resto l'intervento sanitario si può (e si deve) muovere entro ampi spazi, viceversa non consentiti all'interno del diritto penale, per il fondamentale principio di legalità. Cosicché non è per nulla contraddittorio sottoporre all'ombrello protettivo della medicina chi non è penalmente da considerarsi malato. Come per altre malattie infettive, la spiegazione riposa sul fatto che il contagiato è un veicolo di trasmissione del microbio patogeno, senza che si registri a suo carico un'alterazione funzionale dell'organismo.

(37) Ad esempio, Cass. 30.11.1976, *GP* 1977, II, 577; Cass. 9.5.1978, *GP* 1979, II, 154; Cass. 14.11.1979, *CP* 1981, 545. Per uno sguardo d'insieme, MORELLI, in *Codice Penale Commentato con la Dottrina e la Giurisprudenza*, a cura di DALL'ORA, 1990, II, 1071 s.

(38) Correttamente, tuttavia, Cass. 7.5.1947, *Giur. compl. C.S.*, XXVII, 313 (non costituisce malattia una lievissima iperemia dovuta a rottura di vasi sanguigni).

Infatti: da un punto di vista biologico, una modifica istologica (quale si verifica nel linfocita) rappresenta pur sempre alterazione anatomica; ma la giurisprudenza non si mostra attaccata alle risultanze della medicina; l'endiadi 'alterazione anatomica' può pertanto interpretarsi in senso restrittivo, escludendo le modifiche cellulari per la duplice ragione dell'assenza di una trasformazione *anatomica* (confinata alle situazioni di cambiamento morfologico *esterno*) e dell'*irrilevanza* dell'alterazione.

Sia chiaro: con ciò non s'intende difendere la scelta della magistratura, bensì semplicemente dimostrare come il canone ermeneutico da essa adoperato conduca a negare la sussistenza della malattia. In sintesi: se si accede alla tesi medico-legale — corretta — della malattia come sinonimo di alterazione anatomico-funzionale, la traccia del virus nel linfocita T4, pur denotando un'alterazione istologica, non è qualificabile come malattia per l'assenza di alterazione funzionale (l'agente patogeno non è attivo, la cellula non è virulentata). Se viceversa si opta per la diffusa ma errata concezione giurisprudenziale (pensata per differenti applicazioni pratiche, circoscritte ai traumi violenti), è da escludere l'alterazione anatomica, altrimenti invariabilmente sussistente, nei fenomeni di mutamento istologico non accompagnati da patologie, sul presupposto della loro *irrilevanza*, misurata attraverso un parametro *normativo* tale da bilanciare l'opposta concessione fatta in partenza (cioè la sufficienza del requisito dell'alterazione anatomica).

Anche aderendo all'opinione della malattia come processo patologico richiedente cura, riguardi o custodia, la trasmissione del virus non costituisce lesione. Vero infatti che il portatore asintomatico deve sottostare ad un regime di vita particolare e a misure precauzionali per sé e per i terzi (quindi, « cure, riguardi, custodia »), manca la condizione di base, vale a dire il processo patologico. Per esplicita ammissione del *Manzini* (39) il requisito della necessità di cure e simili si *aggiunge* ad esso e non lo sostituisce (40).

(39) cit. (nota 29), 207 (« Quantunque 'malato' sia, per le scienze mediche, anche chi ha riportato una alterazione anatomica o funzionale qualsiasi, tuttavia, nell'uso comune quella parola ha un significato più ristretto »).

(40) Per un isolato accoglimento della tesi manziniana, Cass. 3.3.1943, GP 1943, I, 211. *Contra*, ANTONISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, a cura di CONTI, 9ª ed., 1986, I, 69.

Analogo discorso si può ripetere per la variegata corrente dottrina che, sebbene con terminologia non identica, scorge la malattia nell'*apprezzabile* menomazione delle funzioni dell'organismo o di parti di esso (41). La preoccupazione di sbarrare il passo all'ingresso del diritto penale di fronte a modifiche irrilevanti del quadro clinico dell'individuo è ivi facilmente leggibile; altrettanto facile la tecnica adoperata per garantire il risultato: l'introduzione di un *quid pluris* di stampo valutativo rispetto alla nozione medico-legale. Resta la censurabilità di operazioni del genere stante il carattere tendenzialmente arbitrario, ma agli effetti pratici le conclusioni si incamminano nella stessa direzione: la non assimilabilità del mero contagio alla malattia.

3. — All'infuori di un unico caso, la magistratura italiana non ha avuto modo di pronunciarsi sull'argomento. Né constano significativi precedenti concernenti la trasmissione di infezioni similari. Del resto la diffusione dell'AIDS, in prevalenza mediante la via sessuale, fa pensare alle malattie veneree, ma il paragone è improponibile, in quanto il codice Rocco regolava la materia da una particolare angolazione.

L'art. 554 c.p. (abrogato dall'art. 22 L. 22.5.1978 n. 194, in tema di interruzione della gravidanza) puniva il contagio di sifilide o di blenorragia in presenza di determinati requisiti. Decisamente interessante l'ultimo comma, che stabiliva una diversa disciplina qualora il colpevole avesse agito al fine di procurare il contagio. In sostanza l'elemento soggettivo fungeva da discriminare dell'incriminazione, con il ritorno al modello 'normale' del reato di lesioni, sussistendo il dolo diretto. La giurisprudenza aveva avuto di conseguenza poche occasioni per cimentarsi con il problema che ci interessa. Mentre infatti per la blenorragia era lo stesso codice a subordinare la fattispecie all'instaurarsi di lesioni gravissime, per la sifilide la punizione scattava certo con il contagio, ma in base all'autonomo reato di cui all'art. 554 c.p. e non per il delitto di lesioni (42); in

(41) Cfr., tra gli altri, CAZZANIGA, *Sul concetto di malattia*, RIDPP 1935, 226; VANNINI, *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, 1958, 104; ANTONISEI, cit. (nota 40), 70 (menomazione *apprezzabile*, *degnata di rilievo*).

(42) Comunque, il riscontro diagnostico dell'infezione avveniva — in rapporto agli strumenti medici del tempo — quando la malattia aveva raggiunto uno stadio incontrovertibile, per cui la questione nella pratica veniva superata.

altri termini l'organo giudicante non aveva ragione di chiedersi se il contagio costituisse malattia (43).

Con l'abolizione dell'art. 554 c.p. l'aspetto ha perso definitivamente interesse, soprattutto causa la possibilità di curare efficacemente tali malattie. Da segnalare piuttosto che nel codice *Zanardelli*, in assenza di una previsione *ad hoc*, la Suprema Corte aveva riconosciuto il reato di lesione volontaria nella trasmissione di infezione venerea mediante congiunzione carnale consensuale (44). Decisione però scarsamente indicativa, visto che il contagio aveva provocato una compromissione acuta della funzionalità organica, ben oltre la semplice trasmissione dell'agente patogeno.

4. — Con sentenza del 22 marzo 1989 il Pretore di Torino si è occupato espressamente, per la prima volta in Italia, della rilevanza penale del contagio di AIDS.

Il caso, ampiamente pubblicizzato dai mass-media, riguardava un'infermiera professionale in servizio presso il reparto di rianimazione dell'ospedale Maggiore di Torino, investita da un cospicuo getto di sangue contaminato dal virus *Hiv*, in seguito alla rottura di un trasduttore di pressione arteriosa. Per la precisione, in occasione del trasporto di un *AIDS-patient* in altra corsia, nell'effettuare le operazioni di rimozione dell'apparecchiatura, collegata al ricoverato per il monitoraggio cruento della pressione sanguigna, si era verificata, per errore di esecuzione, una fuoriuscita di sangue infetto, schizzata sul corpo dell'infermiera. Le perizie indicavano come porta d'ingresso del virus la cute delle mani, soffrendo la vittima di un eczema disidrosico. Immediatamente testata, la donna risultava negativa, ma ricoverata poche settimane dopo per sospetta epatite, la ripetizione del test dava esito positivo. L'organo giudicante ha condannato per lesioni colpose gravi il primario della rianimazione centraliz-

(43) Per la Cassazione il reato di lesioni lievi (eventualmente colpose) sussisteva non ricorrendo gli estremi per l'applicazione dell'art. 554: Cass. 7.3.1934, GP 1934, II, 674 (o in *Annali* 1934, 1381); Cass. 25.4.1934, GP 1934, II, 671 (o in *Annali* 1934, 1381). In concreto però le pronunzie non si rivelano di aiuto, toccando situazioni in cui la produzione di lesioni era pacifica.

(44) Cass. 2.12.1925, GP 1926, 50.

In dottrina, conformemente, PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, 1965, 182.

zata e l'amministratore unico della ditta fornitrice del macchinario causa dell'incidente, per aver omesso di adottare e, rispettivamente, di indicare misure precauzionali volte a prevenire rischi derivanti dall'uso improprio del trasduttore (45).

Sebbene nella specie non fosse ravvisabile un comportamento intenzionale, la decisione è ugualmente interessante per la configurabilità delle lesioni nell'ipotesi di contagio. Sulla scorta della perizia medica, il Pretore distingue tra « infezione da virus *Hiv* » e « malattia »; e se in realtà le manifestazioni morbose a carico dell'infermiera lasciavano aperto il solo capitolo della *entità* delle lesioni cagionate, nondimeno dalla motivazione traspare il riconoscimento di una fase iniziale non identificabile come malattia. Non certo casualmente il *dies a quo* della sua durata si fa coincidere con « l'inizio dei sintomi acuti » (46).

Per la verità potrebbe replicarsi che la conclusione è stata agevolata dalla circostanza dell'esistenza di una malattia già sviluppata, cosicché non si sono dovuti affrontare *ex professo* i riflessi penali della trasmissione di virus 'inattivo'. Pur ammettendo la puntualità del rilievo, non se ne può tuttavia inferire il ribaltamento della soluzione qualora il morbo non fosse 'scoppiato'. Anche da una prospettiva del genere esce dunque rafforzata la tesi dell'irrelevanza penale della mera presenza di anticorpi, attestante il contagio (47).

5. — Affrontare il problema *de quo* ha una doppia valenza: *direttamente* investe la responsabilità penale del contagiante; *mediatamente* serve a fissare il momento consumativo delle lesioni personali, evitando di retrodatarlo — specie registrandosi un'evoluzione — *tout court* al tempo della trasmissione del virus. D'altronde l'importanza teorica si stempera nella pratica, come confermano i casi vagliati dalla magistratura tedesca. Assai improbabile, infatti, che il processo (e la sentenza definitiva) intervenga nel lasso di tempo

(45) Cfr. Pret. Torino 22.3.1989, *FI* 1990, II, 59 ss. (la motivazione è riportata nei passaggi essenziali), con nota di FIANDACA, *Omissione di misure anti-Aids e contagio di un'infermiera in un reparto professionale*, *ivi*, 60 ss.

(46) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72.

(47) Il *quantum* probabilistico dell'insorgere successivo del processo patologico è indifferente per il codice penale, concentrandosi la norma sull'evento e non sul rischio collegato all'azione.

in cui il virus è, per così dire, in condizione statica; il più delle volte o il contagio non si è verificato nonostante la condotta a rischio (e l'attenzione si polarizza sull'ammissibilità del tentativo), oppure la infezione è avanzata (e quindi è scontata la malattia).

a) Dottrina e giurisprudenza della Repubblica federale tedesca ritengono consumato il reato di lesioni con la trasmissione del virus. La spiegazione è pressoché identica: la positività all'*Hiv* « altera in misura rilevante lo stato fisico normale della vittima » (48). Una concezione non tanto sorprendente, avallata dal dettato codicistico.

Il § 223 *StGB*, cardine della tutela dell'incolumità individuale, sotto la rubrica « Lesione personale » (« *Körperverletzung* »), ri-comprende i maltrattamenti fisici e i comportamenti arrecanti un danno alla salute (49). L'espressione « danno alla salute » (« *Gesundheitsbeschädigung* ») è intesa inoltre in modo elastico, come qualsiasi mutamento *in peius* (sia nel senso della creazione che dell'accentuazione di una patologia preesistente) del normale stato fisico della vittima (50). Una nozione così ampia, poggiata su giudizi di valore anziché sui testi di medicina legale, non solleva ostacoli in relazione alla trasmissione virale, essendo l'agente responsabile della infezione un 'elemento di disturbo' alterante la struttura cellulare dell'organismo ricevente. Anzi, pone l'interrogativo opposto circa la credibilità politico-criminale della dilatazione incontrollata della fattispecie. Tant'è vero che si deve ricorrere ad argomentazioni artificiose per escludere, ad esempio, che la gravidanza indotta attraverso la somministrazione di medicinale diverso dalla pillola anticoncezionale prescritta rappresenti un danno alla salute e quindi una lesione (51).

(48) Ad esempio, BGH 12.10.1989, NJW 1990, 129 (e in *StV* 1990, 60 ss.).

(49) La separazione dei due concetti si spiega in ragione della loro non reciprocità: i maltrattamenti fisici possono non provocare un danno alla salute (il taglio dei capelli); un danno alla salute può non derivare dai maltrattamenti (trasmissione di malattia infettiva avvenuta senza 'maltrattamenti').

(50) Cfr. HIRSCH, in JESCHECK - RIESS - WILLMS, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1989, V, n. 11 *sub* § 223, con bibliografia.

(51) Ancora HIRSCH, cit. (nota 50), n. 12 *sub* § 223, ma la soluzione (l'errore terapeutico non provoca un'alterazione dello stato normale, ma impedisce che venga bloccato il concepimento, cioè determina la gravidanza, che è il risultato fisiologico) non trova unanimi consensi.

La linea tracciata non è però esente da perplessità, in quanto il significato etimologico di *danno* viene snaturato, una volta equiparato alla modifica anche innocua dello *status quo ante*, finendosi per punire la situazione di potenziale pericolo, o il probabile decorso negativo.

A maggior ragione si rivela perciò istruttiva la comparazione tra i due sistemi giuridici (e le loro radici storiche), poiché essa prova la tendenza legislativa ad ampliare i confini del delitto di lesioni nell'ordinamento tedesco e a restringerli in quello italiano.

b) Le fondamenta comuni si rinvencono nel diritto romano; questo non prevedeva una figura autonoma di lesioni ma le inseriva nel quadro generale delle *iniuriae*. È presumibile, anzi, che l'*actio iniuriarum* fosse limitata in origine alle sole aggressioni fisiche, ed in seguito estesa alla sfera dell'integrità morale. Il diritto romano non conosceva inoltre il reato di lesioni colpose (52).

La mancanza di uno spazio autonomo per le lesioni (e le percosse) si perpetuò nella *Constitutio Carolina*; le leggi barbariche avevano mostrato invece la propensione ad una differenziazione minuziosa delle lesioni secondo modalità e risultato, gettando il seme della normazione futura (53).

Venendo alla storia recente, la scienza penalistica del 1700 costruì con tecnica meno grossolana la *violatio corporis*. Successivamente, nel tentativo di armonizzare la sconnessa casistica, affiorata nel diritto intermedio, il codice penale prussiano del 1851, al § 187, riunì sotto il titolo di *Körperverletzung* i maltrattamenti e le lesioni fisiche (accanto alle ferite e alle percosse). La formulazione era identica al § 796 II 20 del diritto nazionale prussiano (ALR: *prussische Allgemeine Landsrecht*) e del codice penale bavarese del 1813, e tripartiva le lesioni in lievi, medie e gravi (§§ 190-193).

Una classificazione siffatta, se utile ai fini della commisurazione della pena, era di difficile applicazione nella prassi (54), sicché il codice penale del *Reich* del 1871, ricalcando i §§ 195-196 del 1. Progetto ed il § 218 del 2. e 3. Progetto per il codice penale della

(52) Cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, 786 ss.

(53) In argomento, v. LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 25^a ed., 1927, 298; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, 1969 (rist.), I, 40 ss.; MANZINI, cit. (nota 29), 194 ss.

(54) Critico LIMAN, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, a cura di v. HOLZENDORFF, 1874, III (*Die Lehre von Verbrechenarten*), 475 s.

Lega del Nord (55), si accontentò della bipartizione in lesioni lievi e gravi (§§ 223-224).

La legge di modifica del 26.2.1876 introdusse infine l'attuale § 223 *a StGB* (lesione personale pericolosa), con l'intento evidente di rimpiazzare in qualche maniera la cerniera — abolita — delle lesioni medie. Le lesioni pericolose (a causa del mezzo con le quali venivano cagionate), originariamente accorpate nel § 223, costituivano così un *tertium genus* tra le semplici e le gravi, agli estremi rispettivi della scala (56).

Il paradigma è rimasto immutato fino ad oggi: la distinzione tra lesioni semplici (§ 223), pericolose (§ 223 *a*), gravi (§ 224) si ritrova nel codice penale vigente, addirittura con la medesima numerazione (57).

Tornando alla definizione di *Körperverletzung*, il codice penale del 1871 abbandonò in parte l'esemplificazione pratica del codice prussiano ed inserì il concetto di danno alla salute in aggiunta ai maltrattamenti, circoscritti tuttavia all'aspetto corporale (« *körperlich misshandelt* »). La dizione è filtrata invariata nel codice del 1975. Mentre il progetto governativo del 1962 non sollevava obiezioni in merito, l'AE proponeva la separazione delle fattispecie, pur

(55) Lo *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund* del 1870 (RGBl 1870, 197 ss.) sfociò, con lievi modifiche redazionali, nel codice penale del 1871 (RStGB). In proposito, WÄCHTER, *Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entwürfe eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, 1870, 3 ss. Inoltre, BINDING, *Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher vom 15. Mai 1871 und vom 10. Juni 1872. Akademische Handausgabe mit Erläuterungen. Einleitung*, 1874, 25 ss. Di recente, SCHUBERT, *Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870/71. Zugleich ein Beitrag zur Entstehung der Bestimmungen über den Irrtum, den Versuch, die Teilnahme und die Notwehr*, GA 1982, 190 ss.

(56) Conformemente, LAMPE, *Gefährliche Körperverletzung und körperliche Gefährdung*, ZStW 83 (1971), 177 s.

(57) Le uniche differenze riguardano aspetti tecnici, come l'eliminazione dell'avverbio « dolosamente » contenuto nel § 223, divenuto superfluo in ragione della previsione generale dell'incriminazione dolosa *ex* § 15, o la modifica della cornice di pena nei casi gravi §§ 223-223 *a*-224), o infine la punibilità del tentativo nel § 223 *a*.

Anche il Progetto alternativo di codice penale del 1966 (AE) conservava la fattispecie della lesione pericolosa.

Sullo scenario sociopolitico ispiratore dell'AE, fondamentale MOCCHIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, 1984, soprattutto 80 ss.

continuando ad accogliere i concetti tradizionali di maltrattamento fisico e di danno alla salute: il § 108 AE, destinato ad aprire il titolo dei delitti contro l'incolumità individuale, comprendeva i maltrattamenti, puniti con la pena pecuniaria, mentre il § 109 il danno alla salute, sanzionato con la pena detentiva fino ad un anno (58).

La suddivisione nascondeva una precisa tendenza politico-criminale: come si legge nella motivazione, la gravità dell'illecito — sotto il profilo del disvalore d'azione e d'evento — è certamente maggiore nei danni arrecati alla salute che nei maltrattamenti (59). In definitiva l'AE coglieva un tratto comune alla precedente legislazione, portandolo a perfezione: nell'onnicomprendiva nozione delle lesioni personali erano *ab origine* confluiti due concetti differenti; uno, il danno alla salute, in sostituzione dell'indistinta e tautologica espressione « lesione personale », l'altro, i maltrattamenti, attinente invece alla sfera dei reati contro l'onore. L'operazione mirava perciò a chiarire il contenuto reale del *Tatbestand* della *Körperverletzung*.

c) Nel respingere la scelta di campo del progetto alternativo il codice penale ha forse perso un'importante occasione per una corretta ripartizione sistematica, mostrando contemporaneamente fedeltà alla tradizione e al sottofondo culturale che ne era la matrice: il timore — esagerato — di lasciare vuoti di tutela.

Una preoccupazione evidente in chi sottolinea come l'attuale codice italiano, nell'escludere dalle lesioni i maltrattamenti fisici che non provocano assolutamente una malattia, sancisce di fatto l'irrilevanza penale di comportamenti ben più gravi delle percosse o di alcuni tipi di lesione: « Attualmente la rapatura di una giovane donna... non rientra nello schema del reato di cui ci stiamo occupando (la lesione penale)... Pertanto... bisogna fare delle acrobazie logiche e scorgervi... una ingiuria » (60).

(58) L'idea non era nuova: una ripartizione per molti versi simile era propria del Progetto di codice penale del 1925 e si riscontra tuttora nell'ordinamento svizzero. L'art. 126 c.p. («*Tätlichkeiten*») racchiude tutti i comportamenti nocivi per il fisico o la salute della persona offesa, e col limite della mancanza di un danno effettivo, oggetto del *Tatbestand* dell'art. 123. Si veda REHBERG, *Grundriss. Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen*, 5ª ed., 1990, 36 ss.

(59) Concorda, pur esprimendo serie perplessità sulla praticabilità della tecnica di scissione adoperata, HIRSCH, *Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit*, ZStW 83 (1971), 141 ss.

(60) Così ANTOLISEI, cit. (nota 40), 70 nota 43.

In questa sede non interessa ovviamente prendere posizione sull'illiceità di simili comportamenti e — in caso affermativo — sulla punibilità per lesioni (come per il diritto tedesco) (61) o per violenza privata (eventualmente in base alla normativa italiana).

Da notare invece la direzione assunta dal codice tedesco, univoca nello scorgere nel reato di lesione un 'centro di raccolta' di tutte le forme di aggressione al bene dell'incolumità, comprese quelle discutibili dal punto di vista medico. Per raggiungere l'obiettivo il legislatore non si è servito soltanto dei riferimenti storici — l'equivoco concetto di maltrattamenti consentiva la commistione delle lesioni con le offese all'onore (62) —, ma ha trovato il conforto della dottrina, pronta ad interpretare in senso estensivo la pur lata nozione dei maltrattamenti e del danno alla salute.

Fatta eccezione per l'opinione minoritaria di *Binding* (61), tesa a riportare nell'alveo delle effettive offese all'incolumità individuale l'infrazione di maltrattamenti fisici che avessero causato dolore, sintomatica appare l'evoluzione concettuale in ordine alla *Gesundheitsbeschädigung*, apparsa nel codice del 1871.

La letteratura classica non esita infatti a definire il danno alla salute come equivalente della malattia in chiave clinica: per *Frank* è la creazione o il peggioramento di uno stato patologico, « uno stato insomma che può essere diagnosticato come malattia nella terminologia medica » (63). In modo analogo *Binding*, per il quale la guarigione rappresenta il dato dimostrativo del pregresso danno (64). Quanto a *v. Liszt*, le sue oscillazioni fotografano nitidamente la tendenza dottrinariala ad allargare i confini del fatto tipico: nella prima edizione del celebre manuale il danno alla salute viene identificato — per la verità con una certa tortuosità argomentativa — nell'aggressione all'integrità fisica esteriore (e a quella psichica) (65); nelle successive nel disturbo delle funzioni dell'organismo umano (66).

(61) *Contra*, BINDING, cit. (nota 53), 42 s., per il quale i maltrattamenti devono causare una reazione dolorifica per essere classificati come tali. La *communis opinio* è di parere contrario: per tutti, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 18^a ed., 1989, n. 3 a sub § 223.

(62) Egualmente critico *v. LISZT - SCHMIDT*, cit. (nota 53), 298.

(63) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18^a ed., 1931, 481.

(64) BINDING, cit. (nota 53), 44.

(65) *v. LISZT*, *Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und des übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze*, 1881, 236.

(66) *v. LISZT - SCHMIDT*, cit. (nota 53), 299.

Tali autori ravvisano nel contagio di malattia venerea il reato di lesioni, ma l'indicazione non è risolutiva, riferendosi ad una fase evoluta dell'infezione, con i segni inequivocabili della malattia (67).

d) Si arriva così all'inquadramento attuale della *Gesundheitsbeschädigung* come generica alterazione dello stato preesistente (50) e dunque alla ricomprensione in essa della trasmissione dell'*Hiv*, responsabile della modifica cellulare dell'organismo aggredito (68).

La soluzione è condivisa dalla dottrina civilistica, il cui interesse per la materia è legato all'obbligo di risarcimento danni. Il § 823 BGB subordina infatti la pretesa risarcitoria alla lesione anti-giuridica, dolosa o colposa, del corpo o della salute, quest'ultima riassunta nella formula usuale del disturbo funzionale dell'organismo umano (69). Scontata pertanto la riconducibilità del contagio al paradigma delle lesioni, dubbi residuano soltanto in merito alla configurabilità come *Körper* - (in relazione alla micromodifica istologica causata dal virus) oppure *Gesundheitsverletzung* (per le alterazioni funzionali organiche), a seconda che si accentui l'aspetto anatomico o diagnostico delle ripercussioni a carico della vittima (70). A scanso di equivoci si precisa comunque, citando una nota sentenza del BGH che aveva riconosciuto nella trasfusione di sangue luetico, prescindendo dal contagio, la lesione personale ex § 823 BGB (71),

(67) Si vedano nuovamente FRANK, cit. (nota 63), 481; v. LISZT-SCHMIDT, cit. (nota 53), 287 nota 3.

(68) Cfr. LANG, *Strafrechtliche und strafprozessuale Aspekte des AIDS-Problems*, AIFO 1986, 148 ss.; PSCHYREMBEL, (*Stichwort*) AIDS, *Klinisches Wörterbuch*, 255^a ed., 1986, 31; ARLOTH, *Nota a AG München* 6.5.1987, *NStZ* 1987, 408; BITTMANN, *Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS*, *ÖJZ* 1987, 487; M. BRUNS, *Aids, Alltag und Recht*, *MDR* 1987, 356; Id., *Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention*, *MDR* 1989, 199; GEPPERT, *Strafbares Verhalten durch — mögliche — Aids-Übertragung?*, *Jura* 1987, 669; HERZBERG, *Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?*, *NJW* 1987, 1462; HERZOG-NESTLER TREMEL, *Aids und Strafrecht. Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?*, *StrV* 1987, 363; DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45^a ed., 1991, n. 6 b sub § 223; ESER, in SCHÖNKE-SCHERÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23^a ed., 1988, n. 5 sub § 223; LACKNER cit. (nota 61), n. 3b sub § 223.

(69) Cfr. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 47^a ed., 1988, n. 4 sub § 823.

(70) Così DEUTSCH, *Die Infektion als Zurechnungsgrund*, *NJW* 1986, 758.

(71) BGH 14.12.1953, *VersR* 1954, 116; con riferimento al virus dell'epatite B si veda OLG Köln 17.12.1984, *NJW* 1985, 1402.

che il mero accertamento del virus dell'AIDS è sufficiente per applicare il § 823 I BGB (72).

La giurisprudenza ricalca le medesime posizioni (73), tranne in una pronuncia di merito rimasta isolata (74), riformata nella motivazione (ma non nell'esito finale) prima in appello (75), poi definitivamente in terzo grado (76).

Una lettura approfondita dei passi dedicati all'argomento rivela però un'evidente superficialità nell'annoverare tra le lesioni, in quanto *Gesundheitsbeschädigung*, la trasmissione dell'Hiv. Ma anche laddove, discostandosi dallo standard definitorio, si affronta *ex professo* il tema, la spiegazione si dimostra poco convincente.

Ciò vale *in primis* per chi desume la qualità di malato nel portatore asintomatico dall'inevitabile modifica delle sue condizioni di vita, dalle abitudini sessuali alle misure preventive nei rapporti sociali e nei luoghi di lavoro (77).

La confusione della nozione medica di malattia con un'altra a carattere *sociale* (78), priva di riferimento nel diritto penale, è infatti palese. Adottando un tale metro di giudizio, la logica imporrebbe di ritenere malattia qualsiasi mutamento del regime abituale di vita. Riprendendo un'osservazione ironica quanto calzante, lo

(72) TEICHNER, *Nochmals: AIDS und Blutspende*, NJW 1986, 761.

(73) Ad esempio, AG München 6.5.1987, NStZ 1987, 408; LG Hechingen 17.11.1987, AfRO 1988, 220; LG Nürnberg-Fürth 16.11.1987, NJW 1988, 2311; BGH 4.11.1988, NJW 1989, 783.

(74) AG Kempten 1.7.1988, NJW 1988, 2314, che tra l'altro sottolinea l'assenza, nella fase di latenza del virus, di dolori o segni patologici esteriori. *Contra*, DREHER-TRÖNDLE, cit. (nota 68), n. 6 b sub § 223; SCHLEHOFER, *Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten*, NJW 1989, 2026, che scorge i segni del danno alla salute a livello microscopico, nella modifica cellulare.

(75) LG Kempten 20.1.1989, NJW 1989, 2069, che si rifà per l'appunto all'opinione dominante.

(76) BayObLG 15.9.1989, NJW 1990, 131 s.

(77) EBERBACH, *Juristische Probleme der HTLV-III-Infektion (AIDS)-unter besonderer Berücksichtigung arztrechtlicher Fragen*, JR 1986, 231; BOTTKE, *Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung*, in *Die Rechtsprobleme* (nota 18), 179. In maniera sfumata, W. FRISCH, *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?* BGHSt 36, 1, JuS 1990, 363.

(78) Espressamente EBERBACH, *Rechtsprobleme der HTLV-III-Infektion (AIDS) — Straf- und zivilrechtliche Aspekte gefährlicher ansteckender Krankheiten*, 1986, 6 nota 16. *Contra*, PRITZWITZ, *Das «AIDS-Urteil» des Bundesgerichtshofs (Zum Urteil des BGH vom 4. November 1988-1 StR 262/88)*, StrV 1989, 127.

stesso detenuto sarebbe malato, stigmatizzato com'è dalla società e costretto a limitazioni nella sfera sessuale (79). Comunque, la trasformazione della situazione sociale del portatore sano è lasciata alla sua discrezionalità (e responsabilità), non esistendo — ancora — un catalogo di disposizioni precauzionali coattive. Sembra insomma davvero troppo ricavare il danno alla salute da un *attuale* stato di completa *normalità* e da un *presumibile futuro* peggioramento, inteso come condizionamento della condotta di vita.

Eguale fuori pista l'argomento sporadicamente invocato della connotazione della malattia come capacità di contagiare terzi (80), del resto in singolare contrasto con il precedente richiamo ad uno stile diverso di comportamento, immune da rischi per la società (81): una fonte di pericolo non è un parametro né clinico né normativo volto a contrassegnare lo *specificum* del reato di lesioni, soprattutto quando la concretizzazione del pericolo resta subordinata alla libera volontà del contagiante e dunque può anche non avverarsi mai.

e) Per aggirare la traappola definitoria del « danno alla salute » in una cornice scientifica, che mal si attaglia alla peculiarità dello stadio dell'incubazione, qualche Autore suggerisce di scoprire la lesione non nella presenza *sic et simpliciter* del virus, ma nei riflessi psichici che lo stato procura al sieropositivo (82).

(79) L'obiezione è in *AG Kempten* 1.7.1988 (nota 74), 2314.

(80) EBERBACH, cit. (nota 78), 5; M. BRUNS, *AIDS, Prostitution und das Strafrecht*, NJW 1987, 693; GEPPERT, cit. (nota 68), 669; MEIER, *Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung*, GA 1989, 209 (che fa riferimento inoltre, impropriamente, all'indebolimento del sistema di difesa). *Contra*, PRITZWITZ, cit. (nota 78), 127: « La capacità di contagiare altri lo rende pericoloso, non malato ». Critico egualmente SONTAG, *Aids und seine Metaphern*, 1988, 35.

(81) Infatti: da una parte si dice che è malato chi deve cambiare le proprie abitudini nella vita quotidiana, dall'altra chi è un potenziale veicolo di contagio. Ma se il 'malato' rispetta scrupolosamente le regole cautelari, non rappresenta un rischio per il terzo, essendo la diffusione del virus limitata a pochi canali, facilmente 'neutrazizzabili'. Perciò le due motivazioni, anziché rivelarsi rafforzative dell'idea centrale, la indeboliscono, visto che si pongono tra loro in termini antinomici.

(82) EBERBACH, cit. (nota 77), 231; BGH 12.10.1989 (nota 48), 129; in modo alquanto retorico *AG Hamburg* 17.12.1989, NJW 1989, 2071; *contra*, BORTKE, *Rechtsfragen beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten. Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofes vom 4.11.1988 (BGH-1 StR 262/88)*, AIFO 1989, 469, per il quale il contraccolpo psichico è ininfluenza, sussistendo già la lesione.

È bene chiarire: la conoscenza da parte dell'interessato della sieropositività (e di vivere sotto la spada di Damocle dell'evoluzione irreversibile del male) rappresenta un fattore rilevante sotto lo aspetto psicologico. La gamma di reazioni è vasta: atteggiamenti depressivi, senso di sfiducia con ricaduta immediata sulla condizione fisica per l'instaurarsi di patologie psicosomatiche, ansia, psicosi di vario genere. Tali ripercussioni possono influire sulla funzionalità psichica e far nascere una malattia.

Si tratterà allora di analizzare se gli effetti derivanti dalla sieropositività acquisita producano una lesione psichica. Compito non certo semplice, in quanto la dottrina tedesca nuovamente si divide tra una tutela ampia della salute psichica (83) ed una più ristretta, secondo la quale il disturbo psichico interessa il diritto penale solo nei casi di contraccolpo somatico (84). La soluzione del problema può essere tranquillamente messa da parte; non soltanto essa evita di rispondere all'interrogativo centrale che qui interessa, ma soprattutto insiste in una direzione (quella dell'investigazione della personalità della vittima) francamente improponibile per l'aleatorietà di ogni decisione.

In verità, il rifarsi ad argomentazioni di supporto è la spia di un disagio ispirato dalla povertà delle motivazioni *scientifiche* atte a ricondurre il mero contagio al paradigma della *Gesundheitsbeschädigung*, ed aggravato dal timore di dover rinunciare all'opzione penale (85). Cosicché il silenzio del giurista diventa il sintomo sia dell'accademicità della questione (l'accertamento dell'infezione da *Hiv* avviene normalmente quando il periodo di incubazione è concluso e la malattia è scoppiata) (86), sia di una linea politico-

(83) ESER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER (nota 68), n. 6 *sub* § 223, con citazioni.

(84) Cfr. HIRSCH, cit. (nota 50), n. 14 *sub* § 223.

La giurisprudenza segue la stessa linea.

(85) Dato evidente in chi sottolinea la mancanza nel codice penale di una fattispecie simile al § 6 *Abs.* 3 della legge sulle malattie veneree (*GeschlKrG*), da ultimo modificata con la legge di riforma del 19.12.1986, che incrimina il comportamento pericoloso, a prescindere dall'avvenuto contagio Cfr. M. BRUNS, *Ein Rückschlag* (nota 68), 199.

Si veda inoltre *AG Hamburg* 17.12.1989 (nota 82), 2071, dove addirittura gli aspetti etici della problematica sono frammisti a quelli giuridici («... sarebbe persino cinico considerare sana la persona infettata dal virus *Hiv* »).

(86) È quanto pone in rilievo la pregevole motivazione di *AG Kempten* 1.7.1988 (nota 74), 2314.

criminale dettata da un drastico rigorismo, in virtù della quale non si esita a forzare metodologicamente la norma di base pur di sostenere le vicende della punibilità.

6. — Il codice penale toscano del 1853 incriminava agli artt. 305 ss. le lesioni recanti « danno o dolore al corpo o perturbazione di mente », suddividendole in tre gruppi secondo la gravità. Il codice penale sardo-italiano del 1859 preferiva distinguere tra « ferite, percosse ed altre simili offese » (artt. 537 ss.). Il codice Zanardelli del 1889, mostrando di gradire la formula definitoria del codice toscano, identificò la lesione personale nel procurare « ad alcuno un danno nel corpo o nella salute, o una perturbazione di mente » (87). Accanto alle lesioni gravi e gravissime (art. 372 c. 2 nn. 1-2), l'ultimo comma dello stesso articolo puniva, a querela di parte, e con la pena alternativa « della reclusione sino a tre mesi o della multa da lire cinquanta a mille », le lesioni non produttive di malattia o di incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni. La medesima disciplina veniva applicata quando malattia o incapacità procurata non superavano il limite di dieci giorni (88).

Nel codice Rocco le lesioni sono tali se cagionano « una malattia nel corpo o nella mente ». L'espressione è stata prescelta in luogo dell'originaria, nella quale figurava la parola « trauma » (89).

(87) Art. 372 c.p.: « Chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute, o una perturbazione di mente è punito con la reclusione da un mese ad un anno ».

(88) Per i riferimenti storici cfr. PESSINA, *Il nuovo codice penale italiano*, 1890, I, 360 s.; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, 2^a ed., 1940, IV, 262 ss.

(89) « Nel primo progetto avevo definito la lesione personale come trauma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente; intendendo, con la parola trauma, ogni alterazione o disordine organico, che sia l'effetto di una azione, ancorché: non meccanica, del colpevole, diretta a cagionare offesa alla integrità fisica della persona. La detta locuzione aveva servito inoltre a fissare il principio che l'attività volontaria del colpevole, nei delitti di lesione, si esaurisce nella produzione del trauma, sicché irrilevante deve considerarsi l'indagine sulla volontarietà delle conseguenze lesive derivanti dalla causa traumatica. E mi era parso, infine, che tali definizioni perspicuamente segnassero la differenza fra il reato di lesione e il nuovo reato di percosse, che il progetto ha creato. Molteplici furono, peraltro, le osservazioni sollevate contro tale definizione; tutte particolarmente poggiate sul rilievo che la parola trauma, nell'uso corrente e anche nell'uso scientifico, abbia assunto un più stretto significato e precisamente stia a designare soltanto gli effetti lesivi di un'azione

Invariata, invece, la precedente impostazione, graduativa delle lesioni in quelle comunemente indicate come semplici (o lievi) (art. 582 (90)), gravi, gravissime (art. 583 c. 1-2).

La scelta operata nel '30 non è casuale. La lesione non rappresenta più la ferita dal processo patologico evolutivo, la « *unitatis in carne violenta solutio* » del Carmignani (91), ma non è nemmeno lo indifferenziato 'danno alla salute' del codice Zanardelli.

La *ratio* della diversa terminologia non è del resto oscura. Nel sistema antecedente, scopo dell'art. 372 c.p., la norma deputata alla tutela dell'incolumità individuale, era la protezione *a tutto campo* del bene giuridico: mancando la bipartizione tra lesioni e percosse, il dettato normativo utilizzava pertanto una nozione (« danno nel corpo o nella salute ») onnicomprensiva di qualsiasi risultato di aggressione; il *pendant* dell'ultimo comma non sconfessava questa tendenza, anzi la convalidava nel disegnare una categoria di comportamenti lesivi dalle conseguenze modeste (assenza di malattia o incapacità di attendere alle proprie occupazioni, o comunque loro superamento entro il decimo giorno), bilanciando sul piano della dosimetria sanzionatoria fatti di scarsa rilevanza.

L'intuizione della normativa pregressa trovò lo sbocco naturale nella codificazione del '30, attraverso la rivitalizzazione delle percosse sotto forma di reato autonomo. La difesa dell'incolumità individuale era così assicurata contro ogni smagliatura; ragioni di coerenza sistematica imponevano però, per il reato di lesione, una formulazione 'mirata' al bene da tutelare onde prevenire duplicazioni ed interferenze. Fu deciso quindi il ricorso alla « malattia nel

meccanica. Tali osservazioni mi hanno richiamato all'opportunità di evitare nelle disposizioni di un codice l'uso di espressioni di cui non sia pacifico il significato; e mi hanno indotto, quindi, ad accogliere la proposta della Commissione ministeriale di sopprimere nel nuovo testo la parola trauma... ». Così la *Relazione ministeriale* (nota 29), 378.

(90) « Le lesioni, a cui la norma si riferisce, potranno, mantenendo la denominazione tradizionale, essere chiamate semplici o lievi, comprendendo, per ragioni di esclusione, i casi in cui il danno all'integrità della persona si concreti in una malattia di corpo o di mente, che non abbia i caratteri di particolare gravità indicati nel successivo art. 582 [ora art. 583], o della quale, dopo la cessazione del processo morboso, non sia residuo alcuno dei danni permanenti, stabiliti nello stesso articolo » (*Relazione ministeriale* [nota 29], 380).

(91) *Juris criminalis Elementa*, 1808, II, § 941.

corpo o nella mente » quale contrassegno della lesione, ripetuto *ad abundantiam* nell'art. 581 come connotato negativo del *Tatbestand* delle percosse (92).

Insomma, il messaggio del legislatore era agevolmente decifrabile: posto che i comportamenti caratterizzati da un grado di *Unrecht* (cioè da un disvalore d'evento) relativamente basso trovavano una collocazione separata, il reato di lesioni poteva finalmente muoversi in un ambito congeniale e collegarsi a basi scientifiche (93). Si può discutere sul tasso tecnico dell'art. 582, non proprio felice dal momento che lascia trasparire un rapporto causa-effetto tra lesione e malattia, mentre l'ultima qualifica semplicemente la prima senza intervallo temporale (94), ma è innegabile che l'espressione vada intesa restrittivamente. Anche alla luce dei principi inerenti alla 'concretizzazione contenutistica' della fattispecie (*supra*, IVa): evoluzione del sistema, funzionalità, diversificazione dei campi di tutela in risposta alla frammentarietà escludono un'interpretazione estensiva. È perciò deprecabile l'insistenza con la quale la giurisprudenza fa rientrare nella malattia qualsiasi alterazione anatomica, per ricalcare la vecchia formula del danno (95).

7. — La comparazione tra il sistema tedesco e italiano mostra le direzioni opposte intraprese. In Italia la separazione delle percosse dalle lesioni ha comportato il riflettersi delle seconde verso fatti dotati di offensività specifica nei confronti dell'incolumità personale, separati nettamente da quelli che, per l'esiguità delle conseguenze provocate, presentano un profilo bivalente, oscillante tra l'aggressione all'integrità fisiopsichica e la pertinenza alla sfera

(92) Quanto alle lesioni personali colpose, l'art. 590 c.p. richiama la dizione ufficiale di « lesione personale » (analogamente il § 230 StGB, ed il suo antecedente), a differenza del corrispondente art. 375 c.p. Zanardelli che riproduceva l'intera definizione (danno nel corpo o nella salute o perturbazione di mente).

In altre occasioni (artt. 88, 89, 643 c.p.) il codice utilizza il termine infermità, sempre con riferimento ai disturbi psichici. Circa la loro sinonimia, MANZINI, cit., (nota 29), 211.

(93) Nello stesso senso PANNAIN, cit. (nota 44), 189.

(94) Così MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, 2ª ed., 1950, II, 766; RANIERI, cit. (nota 29), 281.

(95) Critiche analoghe in GERIN, *Lesione personale*, *Zacchia* 1952, 49; SANTORO, *Manuale di Diritto Penale. Delitti contro la persona*, 1968, V, 135.

della personalità morale. Sul piano tecnico il coronamento dell'operazione è stato garantito dall'adozione di un'espressione ('malattia'), che doveva — almeno nelle intenzioni dei compilatori — scongiurare dispute lessicali.

Nella Repubblica federale tedesca percosse e lesioni non vengono distinte in autonomi reati, e sotto l'ombrello della *Körperverletzung* trovano posto situazioni variegata. Per non vincolare eccessivamente l'opera dell'interprete si è quindi prescelto un vocabolo dai contorni meno precisi (*Gesundheitsbeschädigung*).

L'ampiezza pertanto con cui la prassi giudica in Germania il reato di lesioni non tradisce lo spirito della norma, al contrario di quanto accade in Italia. A conferma della difficoltà di reperire un concetto sintetico in grado di ricomprendere la gamma potenziale di aggressione al bene tutelato, senza contemporaneamente sconfinare in altri settori, val la pena di ricordare come in entrambi i Paesi la soluzione normativa non lascia pienamente soddisfatti. Nella dottrina tedesca non mancano voci a favore dell'eliminazione della distinzione tra maltrattamenti fisici e danno alla salute (96), onde evitare i rischi, legati all'attuale formulazione, di una commistione tra l'onore e l'integrità fisica (97). E in Italia si auspica, in una curiosa forma di parallelismo rovesciato, l'abolizione della autonomia sistematica delle percosse rispetto alle lesioni, e la sostituzione del termine malattia con quello di danno alla salute (98).

8. — La progressione per stadi dell'AIDS risolve definitivamente il quesito circa la sussistenza della malattia (e del reato di lesione) e sposta la visuale dal *se* dell'illecito al *quantum* di gravità dello stesso.

In linea di massima, l'*escalation* dell'infezione comporta l'applicazione

(96) Così HIRSCH, cit. (nota 59), 148 s. Cfr. inoltre LAMPE, cit. (nota 56), 180 s.

(97) Rischio evidente nell'interpretazione della *körperliche Mißhandlung* proposta da HORN, in RUDOLPH-HORN-SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderer Teil*, 4ª ed., 1989, II, n. 8 sub § 223.

(98) CANALE, *Il danno alla persona nei reati di percosse e di lesione personale. Revisione critica e proposte per un nuovo inquadramento*, RIDPP 1982, 527ss.

Nel disegno di legge n. 731 del 17.12.1987, d'iniziativa SALVATO ed altri (« Norme penali relative ai crimini perpetrati attraverso la violenza sessuale e fisica contro le persone »), all'art. 24, il primo comma dell'art. 582 c.p. non subisce però modifiche, se si eccettuano trascurabili sottigliezze grammaticali.

cabilità delle circostanze aggravanti contenute nell'art. 583 c.p., quindi la causazione di una lesione grave o gravissima. Sul piano astratto non sorgono problemi particolari; non così in concreto, poiché la discontinuità del morbo unitamente alle lacune scientifiche che ancora lo avvolgono, impediscono spesso di isolare con esattezza il quadro patologico e di catalogarlo nell'ottica del codice penale.

Tra le lesioni gravi e gravissime alcune non hanno spazio (esempio: la deformazione, ovvero lo sfregio del viso) (art. 583 c. 2 n. 4), altre (malattia certamente o probabilmente insanabile: art. 583 c. 2 n. 1) presentano un'attinenza maggiore. Soffermiamoci su quest'ultime.

a) Nell'ambito delle lesioni gravi viene innanzi tutto in considerazione il « pericolo di vita della persona offesa ». La ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale dell'aggravante è giustamente rigorosa: si esige che il pericolo si sia concretizzato al momento della valutazione, non essendo sufficiente la prognosi sulla sua sussistenza, neppure se a breve scadenza (99). L'AIDS deve dunque trovarsi in una fase che autorizzi a parlare, senza necessità di proiettarsi nel futuro, di rilevante probabilità di esito infausto, come qualora insorgano fenomeni tumorali.

Quasi scontata invece la gravità della lesione in relazione alla durata della malattia oltre il 40° giorno, o alla correlata incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo corrispondente, specie tenuto conto della sopravvenienza di stadi intermedi infettivi (ARC), intervallati a periodi di convalescenza e di stasi del male.

b) Qualche perplessità solleva la riconducibilità dell'indebolimento permanente (di un senso o) di un organo al quadro clinico dell'AIDS. Il principale organo coinvolto è il sistema immunitario. L'*Hiv* è infatti responsabile della distruzione dei linfociti che presiedono ai meccanismi di difesa dell'organismo.

Dal punto di vista anatomico il sistema immunitario non è un organo; il concetto, tuttavia, viene comunemente analizzato nella

(99) Cfr. BAIMA BOLLONE-ZAGREBELSKY. cit. (nota 32), 46.

Il pericolo di vita è escluso in Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 74.

prospettiva medico-legale, secondo la quale l'organo è l'insieme delle parti del corpo deputate ad una specifica funzione (100). Il criterio, che potremmo definire di tipo *finalistico-funzionale*, è accettato senza riserve in giurisprudenza (101).

L'aggravante è perciò richiamabile; il perito dovrà esaminare comunque il grado di compromissione del sistema per inferirne lo *indebolimento permanente*.

Lasciando da parte gli aspetti scientifici, quali i 'segni' ed i riscontri di laboratorio tali da permettere l'individuazione del livello di risposta immunitaria (102), è opportuna semmai una rapida messa a fuoco della terminologia codicistica.

Per *indebolimento* deve intendersi la diminuzione della capacità funzionale dell'organo. Poiché ciò che permette di classificare l'organo come tale è la sua idoneità funzionale, ne deriva che un organo, privato della funzionalità prima della lesione subita, non potrà dirsi 'indebolito'.

Per la stessa ragione le potenzialità dell'*indebolimento* crescono in misura inversamente proporzionale al numero dei componenti dell'organo o alle possibilità di supplenza provenienti da altri. Per chiarire: sarà difficile che si registri un *indebolimento* dell'apparato masticatorio, in quanto la relativa funzione è svolta da una quota considerevole di elementi, sicché la perdita di un dente è irrile-

(100) Cfr. nuovamente BAIMA BOLLONE-ZAGREBELSKY, cit. (nota 32), 55ss. Inoltre, PANNAYN, *Sull'indebolimento di un senso o di un organo*, AP 1961, II, 533ss.; MANZINI, cit. (nota 29), 248ss.

(101) Tra le tante, Cass. 8.3.1957, RP 1958, II, 78 (o in AP 1957, II, 526), la cui massima ha valore paradigmatico: « Nel senso medico-legale si definisce organo ogni complesso di elementi omologhi che concorrono alla stessa funzione anatomico-fisiologica: di riflesso si verifica perdita o debilitazione di esso quando quel complesso non sia più in grado di adempiere alla funzione medesima, in modo assoluto ovvero in misura ridotta. Pertanto, anche la scatola cranica o analogamente la cassa toracica, indipendentemente dalla rispettiva funzione protettiva del cervello e dei polmoni, assurgono all'entità ed efficienza di organi, la cui integrità occorre allo svolgimento della vita fisiologica che, invece, dalla verificatasi alterazione, subisce menomazione: e questa, ove raggiunga un grado notevole per entità e durata, viene giustamente in considerazione ai fini della punibilità ».

(102) Per una chiara disamina, Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72s., ove l'applicazione dell'aggravante è spiegata in virtù dell'*apprezzabile* stato immunodepressivo causato dal virus.

vante (103); sarà addirittura non immaginabile laddove, come nel sistema linfopoietico, la funzione è assicurata da innumerevoli componenti. Per contro, il coefficiente di ricorribilità dell'aggravante si eleva rapidamente quando la capacità funzionale si riduce ad un organo composto da due elementi (polmoni, reni), o da uno soltanto (pancreas, cuore). In quest'ultimo caso, tra l'altro, la *perdita* (della componente) dell'organo non potrà essere soppiantata dalle parti supplenti, chiamate ad un eventuale *surplus* di lavoro per ripristinare l'originaria funzionalità.

L'art. 583 c.p. non distingue in ordine al *grado* dell'indebolimento: anche una *diminutio non grave* dell'originaria attitudine costituisce pertanto indebolimento; il peggioramento intervenuto deve tuttavia raggiungere una certa soglia di consistenza, di contenuto apprezzabile. Indebolimenti insignificanti, senza riflessi concreti sull'attività psico-fisica del soggetto, non rientrano nell'aggravante, da interpretare alla luce di un correttivo 'normativo' (104).

È naturalmente indifferente la compromissione organica preesistente alla lesione (come nel caso di una debolezza congenita del quadro immunitario), poiché conta il peggioramento dello *status quo*, indipendentemente dalle condizioni di partenza (105). L'indebolimento non è escluso, inoltre, dalla possibilità futura di un intervento 'artificiale' ripristinatorio della situazione originaria (si pensi ad una terapia di sostegno a base antivirale per respingere le infezioni antagoniste), perché, a parte l'ingiustizia di scaricare (sul soggetto passivo il peso delle sofferenze fisiche e morali connesse, la norma si limita a registrare il mutamento in una dimen-

(103) In senso rigoristico, tuttavia, la giurisprudenza: si veda Cass. 12.11.1962, CP 1962, 427; Cass. 3.2.1989, CP 1991, 67, per la sussistenza dell'aggravante.

Diversa la soluzione se il dente asportato fungeva da supporto ad una protesi fissa, con il risultato di dover pertanto ricorrere successivamente ad una protesi mobile: cfr. Cass. 27.10.1982, CP 1984, 545.

(104) Analogamente Cass. 13.2.1962, CP 1962, 624; Cass. 7.11.1977, CP 1979, 833; Cass. 25.5.1981, CP 1983, 79; Cass. 24.2.1983, GP 1984, II, 34: « Pur essendo sufficiente per la configurabilità dell'aggravante anche un indebolimento di lieve entità, è però necessario considerare l'apprezzabilità sul piano oggettivo della subita menomazione, non potendosi attribuire rilevanza ad un fattore di minima apprezzabilità tanto sotto il profilo funzionale quanto sotto quello estetico ». *Contra*, Cass. 13.5.1963, RP 1964 II, 224.

(105) Cfr. Cass. 12.7.1979, CP 1981, 360; Cass. 17.11.1981, CP 1983, 78.

sione *fisiologica* e non secondo le capacità di recupero offerte dalla scienza medica e dalla tecnica (106).

L'indebolimento non va confuso con il carattere della *permanenza*. La permanenza qualifica la menomazione provocata, ma, quale mero fattore temporale, è indipendente dalla gravità della diminuzione funzionale. In altre parole, un indebolimento minimo può risultare irreversibile, viceversa uno di notevole consistenza temporaneo. La permanenza non è però sinonimo di perpetuità, cosicché non si chiede una prognosi di irrimediabile alterazione dell'organo, ma la valutazione di una prolungata durata della stessa (107).

Trasferendo sul terreno concreto le osservazioni fatte, nella maggior parte dei casi il contagio da *Hiv* integra dunque gli estremi dell'indebolimento permanente di un organo, sotto l'aspetto dell'immane (s'intende, una volta progredita la malattia) ed irreversibile depressione del sistema immunitario.

Resta da chiedersi però se sia configurabile l'indebolimento di altri organi, come risultato *indiretto* dell'AIDS.

Lo spunto viene nuovamente offerto dalla sentenza del Pretore di Torino, che ha chiamato in causa alcuni effetti collaterali, ravvisando la ricorribilità dell'aggravante in una duplice prospettiva.

c) In prima battuta deve considerarsi la compromissione dell'organo della procreazione.

Il punto merita un chiarimento. La capacità di generare non è toccata dalla malattia, ma — presumibilmente — viene limitata per il pericolo di trasmissione del virus al feto nella vita intrauterina o al momento del parto. Un'alterazione funzionale dell'organo coinvolge specificamente la donna senza peraltro escludere il sieropositivo maschio, per la potenziale privazione della 'gioia della paternità'.

Un ragionamento simile si ritrova nella motivazione pretorile.

(106) Si veda Cass. 19.7.1960, *CP* 1961, 187; Cass. 10.1.1978, *CP* 1979, 833.

(107) Conformemente, MANZINI, cit. (nota 29), 246, sebbene con l'argomentazione poco convincente che « trattandosi di semplice 'indebolimento', ben di rado potrebbe farsi seriamente un prognostico di perpetuità ». Si è già avuto modo di dire, infatti, che la durata dell'indebolimento è del tutto svincolata dalla sua intensità. Persino la perdita, effetto tradizionalmente associato alla perpetuità, incontra eccezioni (esempio, la caduta, in seguito ad un pugno, del dente di latte).

Ecco i passaggi salienti: il decalogo di misure precauzionali stilato dalla Commissione nazionale AIDS il 12.2.1987 con l'indicazione per i soggetti sieropositivi di « evitare rapporti sessuali o almeno usare regolarmente il profilattico fin dall'inizio del rapporto sessuale » e per le donne fertili di « evitare la gravidanza »; l'autorevolezza scientifica della fonte di tali doveri e per contro la qualificazione professionale della persona offesa (infermiera), sensibile alle problematiche mediche; il conseguente condizionamento sul piano della volontà. Anzi, poiché il rischio di contagio da madre a figlio si attesta intorno al 30%, il condizionamento sarebbe « quanto mai grave ed elevato... (si che — aggiungiamo tra parentesi — non di lieve indebolimento si tratta, bensì di notevole, cospicuo indebolimento) ». L'unica concessione concerne per l'appunto il negare la 'perdita' dell'organo, residuando un margine di autonomia per la donna ad impegnarsi o meno in una gravidanza (108).

Le deduzioni sembrano alquanto azzardate. La riduzione della capacità *procreandi* sussiste allorché il relativo organo subisca alterazioni biologiche scompensative del regolare (cioè *fisiologico*) funzionamento, come ad esempio per la presenza di una cisti uterina impedente l'annidamento dell'ovulo. Nulla di tutto questo avviene nel caso di specie.

Sostenere dunque che l'aggravante è applicabile per la compromissione del normale regime di vita rappresenta una forzatura inammissibile sul versante sistematico e frutto di una commistione con principi diversi. Non v'è dubbio infatti che il legislatore abbia avuto di mira, nel formulare l'ipotesi specifica dell'indebolimento dell'organo, le lesioni capaci di produrre *direttamente* un tale risultato, non qualsiasi effetto meramente causale con l'accaduto. Dovremmo altrimenti ritenere che A, responsabile di una ferita al volto di B, 'indebolisce' la deambulazione di B, poiché la vittima rifiuta di lasciare la propria abitazione per il timore di nuove aggressioni o per non mostrare la cicatrice provocatagli. Il paragone ha certamente un sapore provocatorio, tuttavia non si potrebbe obiettare che B non incontra pericoli nell'uso dell'organo inibito di riflesso (le gambe); anche nell'AIDS la funzione procreativa non corre rischi, ma eventualmente la vita del nascituro.

(108) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 74.

Il punto centrale è comunque un altro: le conseguenze dipendenti dalla decisione consapevole della vittima non sono addossabili all'autore del fatto.

Al di là della terminologia adoperata, il criterio è generalmente riconosciuto: l'evento viene imputato non in forza del semplice rapporto causale (naturalisticamente inteso), ma in virtù del potere di signoria conservato dal soggetto attivo sul decorso degli avvenimenti. Che si attribuisca un'improbabile cornice 'normativa' alla categoria ontologica della causalità (causalità umana, causalità adeguata), o, come sembra più rispondente alla logica del linguaggio, si adotti il parametro dello 'scopo di tutela', la conclusione non cambia: l'imputazione oggettiva dell'evento è esclusa dalla libera volontà del soggetto passivo. Prediligendo viceversa un'impostazione soggettiva della fattispecie, la soluzione resta identica, imposta dal rispetto del canone della colpevolezza. Un rimprovero doloso o colposo è incompatibile con gli eventi appartenenti alla sfera riservata di terzi, e che — si badi — non si sono neppure realizzati, ma sono legati piuttosto ad una prognosi di comportamento. Cosicché se la donna contagiata trasgredisce le raccomandazioni e porta a termine la gravidanza senza problemi per il figlio, si avrà la prova che l'indebolimento non si è verificato (109).

Quanto al *grado* di libertà decisionale della sieropositiva a conoscenza della possibilità di generare un nato infetto (analogo discorso per il sieropositivo che voglia diventare padre), il relativo rischio si attesta intorno al 35% (con l'ulteriore corollario che la trasmissione di anticorpi e virus non implica l'automatico sviluppo dell'AIDS) (cfr. *supra*, II, a), quindi su livelli modesti, per cui si deve ritenere che la scelta non sia di fatto coartata e a senso unico.

Ricapitolando, l'alterazione dell'organo della procreazione non sussiste sotto il profilo biologico-funzionale, che è il dato al quale

(109) Inoltre: la motivazione in tanto giudica persuasiva l'astensione della donna dal concepimento (da cui deriva la convinzione dell'alterata capacità di procreare), in quanto la stessa è persona sensata e dotata, a cagione della professione, di senso morale e di conoscenze scientifiche. Ma l'argomentazione è in singolare contrasto con la riconosciuta alterazione delle funzioni psichiche a causa della sieropositività (e si ammette ancora la precedente fragilità emotiva dell'infermiera). Come si può sostenere allora che chi soffre di turbe psichiche abbia un comportamento 'ragionevole', che sarebbe lecito attendersi dall'individuo normale?

il codice lega l'aggravante; l'atto della procreazione è frutto della volontà consapevole della sieropositiva, volontà sufficientemente autonoma in rapporto ai pericoli reali del trapasso dell'infezione al nascituro, e quindi non ritorcentesi sul contagiante.

d) In verità, nella fretteolosità di giungere alla conclusione dell'indebolimento permanente dell'organo della procreazione, resta in ombra un passaggio intermedio importante. La modifica delle condizioni di vita, il mutamento delle abitudini sessuali del portatore sano rivestono un ruolo decisivo nei confronti della possibile alterazione psichica. Come accennato (*supra*, V, 5, e), è innegabile che la conoscenza dello stato di AIDS-carrier determini un contraccolpo sul piano psichico, con reazioni differenziate in base alla personalità. Sarà perciò il danno psichico in quanto tale a far parlare della insorgenza di una malattia (dunque, della lesione) o addirittura dell'indebolimento delle funzioni psichiche (dunque, dell'aggravante), magari provocate — o accelerate — dal diverso stile di vita che il contagiato dovrà imporsi. Le nuove abitudini, invece, *in sé e per sé*, non assumono rilevanza penale.

Ciò significa che per il portatore sano (uomo o donna) il condizionamento della capacità di procreare spiega i suoi effetti non come indebolimento dell'organo (fisiologicamente intatto), bensì sotto il versante psicologico (110).

La sentenza pretorile riconosce anche l'indebolimento dei processi psichici. Sul punto non c'è molto da dire. L'espressione adoperata dal codice (« malattia nel corpo e nella mente ») non solleva quei problemi che l'indistinta nozione del corrispondente paragrafo tedesco crea (*supra*, V, 5, e): l'alterazione, seppure brevissima e temporanea, del quadro di normale funzionalità psichica costituisce le-

(110) La tesi era stata affacciata senza successo dalla difesa degli imputati. In senso opposto la decisione giudiziaria, che si rifà alle argomentazioni di *Introna-Scorretti*: « Un'altra conseguenza dell'acquisizione del dato di essere soggetto sieropositivo che non può essere sottovalutato in ambito penale concerne le ripercussioni negative sulla vita sessuale del soggetto a causa delle misure di prevenzione che si rendono necessarie ». Ed a proposito dei disturbi psichici: « se consideriamo anche le conseguenze, spesso devastanti sotto il profilo psicologico, della consapevolezza di essere sieropositivo, non si può non considerare tali soggetti come affetti da una alterazione rispetto ad uno stato anteriore, di carattere funzionale, in genere evolutivo come tutte le alterazioni psichiche ».

sione (111); l'indebolimento permanente è una ulteriore conseguenza priva di caratteri peculiari rispetto a quanto osservato in precedenza.

In teoria, l'aggravante non è perciò da escludere nei confronti del sieropositivo. Nella pratica si ripresentano però le consuete difficoltà inerenti all'accertamento del grado di coinvolgimento mentale. Si profila delicato soprattutto il confine tra il riconoscimento della malattia mentale (lesione semplice) ed il livello — quale effetto diretto — da essa raggiunto ai fini della sussistenza dell'indebolimento dell'organo (lesione aggravata). Poiché l'indebolimento consiste nell'affievolimento delle originarie capacità, che è però il connotato della stessa malattia mentale, si corre il rischio di annullare ogni differenza, o al massimo di costruirla *soltanto* sul requisito della *permanenza* quale spartiacque del tipo di lesione provocata, ed in sostanza decidente l'entità della pena.

Il pericolo è evidente nel caso *de quo*, essendo l'AIDS una malattia evolutiva, sicché una volta ammessa l'esistenza di disturbi psichici derivanti all'individuo dalla conoscenza della sieropositività, è difficile — se non illogico — pensare che la compromissione lamentata della sfera psichica regredirà nel futuro, cioè in un periodo nel quale la vittima può peggiorare e non migliorare fisicamente.

La lettura del passo dedicato all'argomento conferma le perplessità. L'organo giudicante si riporta alle conclusioni peritali: « Ma come non dare ragione ai periti, quando sottolineano che 'tutti i soggetti sieropositivi sono tendenzialmente portati a soffrire per la incertezza del loro futuro'? In qualsiasi soggetto — anche il più refrattario alle emozioni — 'sapere' (sapere di essere sieropositivo) non può non indurre una condizione di crescente alterazione delle funzioni psichiche » (112).

La conclusione è fondata su un'evidente *petitio principii*. Il carattere delle ripercussioni psichiche negative assume toni assiomatici; manca qualsiasi dimostrazione; addirittura stupefacente è la motivazione circa la presenza dell'indebolimento permanente: « dal

(111) Per la *Relazione ministeriale* (nota 29), 379, la malattia mentale « comprende ogni menomazione parziale della intelligenza, della volontà o della memoria ». La giurisprudenza vi include anche il c.d. shock nervoso e lo svenimento: Cass. 27.10.1981, *CP* 1983, 626.

(112) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 75.

colloquio è indubbiamente emerso uno stato di rilevante ansia in ordine alle prospettive future dell'infezione». L'appiattimento della *autonoma* indagine sulla *permanenza* della menomazione e la sua confluenza nel paradigma della lesione semplice, con relativa sinonimia danno psichico/indebolimento permanente, appare quanto mai marcato.

e) Scomparsa dal catalogo delle circostanze l'ipotesi in cui la persona offesa fosse una donna incinta e dal fatto derivasse l'acceleramento del parto (art. 583 c. 1 n. 3 c.p.), abrogata dall'art. 22 c. 2 L. 22.5.1978 n. 194 (« Norme per la tutela della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza »), lo stesso evento è oggi previsto — sia pure in una formulazione poco brillante — come reato autonomo dall'art. 18 c. 3 L. 194/1978. Anche « l'aborto della persona offesa » (art. 583 c. 2 n. 5 c.p.), rientrante in precedenza nelle lesioni gravissime, viene disciplinato attualmente dall'art. 18 c. 2 L. 194/1978, che punisce con la reclusione da 4 ad 8 anni « chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna ».

Un'applicazione delle norme in rapporto al tema AIDS è estremamente problematica. Sul piano speculativo è immaginabile una situazione nella quale la donna, a seguito del contagio del virus *Hiv* e di concorrenti infezioni opportunistiche, oppure per lo stato di shock, vada incontro all'accelerazione del parto rispetto al termine fisiologico o subisca l'interruzione della gravidanza. In casi simili, da un'angolazione *oggettiva* il fatto tipico sembrerebbe realizzato, in quanto l'evento è posto a carico dell'agente indipendentemente dalla sua volontà, sulla base del nesso causale. In dottrina si è coniata l'espressione di 'aborto preterintenzionale' (113).

Addirittura la normativa non prevede la consumazione del reato di lesioni e neppure il tentativo, limitandosi al requisito dell'univocità dell'atto. Pertanto, in ipotesi di rapporto sessuale non protetto del sieropositivo con la partner successivamente informata della circostanza, qualora la donna, pur non risultando alcun contagio, vivendo in preda al terrore, decidesse di interrompere la gravidanza (o qualora l'espulsione del feto avvenisse per le condizioni psicosomatiche instauratesi), potrebbe scattare l'incriminazione.

(113) In proposito, PADOVANI, *Commento all'art. 18 della l. 22 maggio 1978 n. 194, Le nuove leggi civili commentate* 1978, 1698.

La conclusione è tuttavia facilmente evitabile. Nell'illecito preterintenzionale l'evento non viene automaticamente addossato all'autore in forza del rapporto di causalità, ma — in aggiunta — quando siano soddisfatti requisiti di stampo funzionale. Che si parli di prevedibilità o di evitabilità del risultato offensivo, di dominabilità rispetto all'autonomia della vittima, di scopo di protezione della norma, è in definitiva una questione terminologica. Chiaro invece l'intento comune di bandire attraverso tali vie forme di responsabilità oggettiva, avvicinando la fattispecie alla falsariga dei criteri di imputazione elaborati nell'illecito colposo (114).

Alla luce di tutto ciò si può escludere — a prescindere, lo si ripete, dalla categoria interpretativa utilizzata — la responsabilità dell'agente per l'acceleramento del parto o per l'interruzione della gravidanza, stante la non attribuibilità di un evento che non è 'opera' del soggetto attivo.

f) Tra le lesioni gravissime non hanno attinenza « la perdita di un senso » (n. 2), « la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso » (n. 4). Per quanto riguarda il n. 3 (« la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella ») valgono, a proposito degli organi compromessi e della funzione procreativa, le considerazioni svolte; « l'aborto della persona offesa » (n. 5), abolito, è stato già trattato.

Resta la « malattia certamente o probabilmente insanabile » (n. 1). La sussistenza dell'aggravante dipende dall'evoluzione raggiunta dall'infezione.

La medicina legale distingue, tradizionalmente, la malattia insanabile dall'indebolimento permanente dell'organo perché la prima si evidenzia mediante un processo patologico *in fieri* mentre il secondo è il postumo di una malattia clinicamente guarita, e dunque rappresenta una realtà *statica*, insuscettibile di variazioni (115). La linea di separazione non è così netta di fronte al mosaico di manifestazioni in cui si dirama l'AIDS, conserva comunque un'utilità pratica.

(114) Cfr. l'ampio ed approfondito studio di CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, 1989.

(115) GALIANI, cit. (nota 32), 159.

L'AIDS è malattia inguaribile. Tuttavia, l'automatismo della ricorribilità dell'aggravante non è scontato come sembrerebbe ad un'analisi approssimativa. Poiché infatti la prognosi sull'insanabilità va riferita alla situazione medica del momento, non ricorre la aggravante quando la patologia in atto non abbia determinato un livello di compromissione tale da autorizzare la conclusione della sicura insanabilità (come ad esempio nell'*Arc*) (116), non essendo d'altra parte certa la progressione del male verso stadi critici o terminali.

9. — Il capitolo concernente le circostanze aggravanti di cui all'art. 583 c.p. si arricchisce di nuovi spunti in seguito alla L. 7.2.1990 n. 19 (« Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti »), la quale ha sostituito il primo comma dell'art. 59 c.p., stabilendo il principio dell'imputazione a titolo colposo delle aggravanti (117). *Leit-motiv* della riforma è la messa al bando della responsabilità oggettiva, in linea con la svolta politico-criminale sancita dalla Corte Costituzionale.

Che le fattispecie indicate all'art. 583 c.p. costituiscano circostanze aggravanti è un dato pacifico. La contraria ed isolata opinione dell'*Antolisei*, propenso a considerarle autonome figure di reato, si rivela insostenibile non solo nella motivazione (118), ma soprattutto

(116) Correttamente Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 74.

(117) Art. 1 L. 7.2.1990 n. 19: « Il primo comma dell'art. 59 del codice penale è sostituito dal seguente: 'Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti. Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa' ».

Cfr. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, RIDPP 1990, 1433ss.

(118) Le lesioni gravi e gravissime non potrebbero definirsi aggravanti, non rappresentando sempre un *quid pluris* del reato-base, e cioè della malattia: ANTO- LISEI, cit. (nota 40), 75s. L'obiezione non persuade: in realtà l'aggravante — nei casi ai quali si riferisce l'Autore (malattia insanabile) — è un *quid pluris* non in relazione alla malattia *tout court*, ma alle caratteristiche di reversibilità che presenta; in sostanza l'elemento ulteriore e specificatore è la condizione patologica di irreversibilità (o comunque la sua durata), che si innesta sul terreno comune della lesione dell'incolumità individuale.

nella *ratio*, posto che veniva spiegata con l'esigenza di riparare alla ingiustizia della loro valutazione meramente 'obiettiva' (119).

In conformità del dettato legislativo andrà quindi dimostrata la conoscenza da parte dell'imputato dell'aggravante o comunque la rimproverabilità per colpa della situazione di ignoranza o di ritenuta inesistenza derivante da errore.

Il problema si sposta pertanto sul significato da dare al concetto di colpa. È necessario appurare che la mancata previsione degli effetti della lesione promani dalla trasgressione di una regola cautelare o basta controllare la prevedibilità dell'evento? Qualsiasi sia la risposta, si ripropongono le consuete difficoltà dell'individuazione della colpa nella condotta dolosa di base. Difficoltà aggravate in questo caso, essendo quasi sempre assente un dolo diretto di lesioni nell'attività che porta al contagio. Nella pratica si profila pertanto il pericolo di svuotare il significato dell'innovazione legislativa: ammesso il dolo (eventuale) nel comportamento contagiante, i fenomeni patologici collegati — e trattati nel codice come circostanze — potrebbero facilmente essere imputati all'autore in forza della loro prevedibilità generica. Insomma, la fase dell'accertamento della colpa sarebbe tendenzialmente riassorbita in quella del dolo, proprio perché le modalità del contagio avvengono mediante azioni non mirate (se non di riflesso) al risultato lesivo. La valutazione positiva della conoscenza del soggetto attivo della potenziale trasmissione del virus implicherà pertanto, automaticamente, il riconoscimento della conoscenza (conoscibilità) dei risvolti mediati che ne scaturiscono, annullando il valore della riforma.

10. — Accenniamo per completezza ad un ultimo aspetto: quale rilevanza penale è da riconnettere all'evenienza della trasmissione dell'*Hiv* su donna incinta e al successivo contagio del nato?

Anzitutto una precisazione. Come si è detto, nulla osta a considerare l'infezione, da un'angolazione *oggettiva* e quando abbia raggiunto una certa soglia, malattia, dunque lesione, eventualmente ag-

(119) La *Relazione ministeriale* (nota 29), 380, non aveva dubbi: « Gli effetti del danno, più o meno gravi, costituiscono... il rischio che corre il colpevole e che a lui è addebitato a titolo di responsabilità oggettiva »; inoltre: « fanno carico allo agente ancorché egli non avesse la scienza delle particolari condizioni della persona offesa » (382).

gravata. Le modalità del passaggio del virus sono del tutto irrilevanti, essendo il reato a forma libera; il caso del rapporto sessuale ha maggiore incidenza pratica, ma il contagio potrebbe avvenire tramite morsi (nel corso di una lite), per l'inosservanza di misure sanitarie precauzionali (aghi sporchi, strumenti chirurgici non disinfettati: responsabilità colposa), e così via.

Prima possibilità: l'infezione è trasmessa a donna incinta; il male evolve rapidamente e porta all'interruzione spontanea della gravidanza. Il fatto rientra nell'art. 18 c. 2 L. 194/1978 (cfr. *supra*, V, 8, e). È da aggiungere che, se si accede all'interpretazione dell'interruzione della gravidanza come reato autonomo (che sembra la più corretta), si realizzerà addirittura il concorso formale tra il reato di lesione (consumato) ed il delitto di aborto. Nuovamente occorre però mettere in guardia da soluzioni affrettate: se l'evento ulteriore (espulsione del feto) si addossa all'autore a titolo di responsabilità oggettiva, allora diventa sostenibile la tesi della sussistenza del reato; se però si corregge la preterintenzione nella direzione di un 'irrobustimento' dei parametri di imputazione (si pensi alla potenzialità offensiva dell'azione di partenza rispetto allo evento preterintenzionale), la conclusione muta segno. Il rischio di aborto è infatti altamente improponibile, e la stessa 'idoneità' della condotta contagiante a provocare la trasmissione del virus resta su livelli bassi (*infra* cap. II, III, c).

Seconda possibilità: il contagio sulla donna in attesa non crea ostacoli durante la gravidanza, che procede regolarmente; il figlio tuttavia, sieropositivo alla nascita, sviluppa in seguito l'AIDS. Oppure: ecograficamente si accertano anomalie a carico del feto in connessione causale con germi opportunistici che hanno colpito la madre; il bambino nasce malformato.

Cominciamo dall'ultima variante. Il soggetto passivo del delitto di lesione personale è la persona umana vivente. Conseguentemente è la nascita, cioè il momento della realizzazione di una vita autonoma in alternativa alla precedente vita intrauterina, a segnare l'inizio della tutela penale dell'incolumità personale. Il feto è perciò privo di protezione in relazione all'art. 582 c.p., ma viene salvaguardato dal complesso di disposizioni in tema di interruzione della gravidanza nonché dall'art. 578 c.p., che punisce l'infanticidio o il feticidio determinato da condizioni di abbandono materiale e morale. L'equiparazione del feto (durante il parto) al nato al di là della

ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 578 c.p. sarebbe pertanto operazione analogica *in malam partem*.

Dunque non si può parlare di un reato di lesioni in danno del feto.

Quid iuris qualora la causa dell'evento risalga al periodo della gravidanza e gli effetti siano riscontrati alla nascita? Si può spostare la consumazione del reato (120)? Una soluzione del genere viola la norma. È indubbio infatti che l'aggressione si è realizzata durante la vita intrauterina; il comportamento dante-causa si è anche esaurito in detta fase; il risultato della condotta, infine, si è prodotto nel medesimo tempo ed in seguito manifestatosi visivamente. La circostanza non influisce quindi sulla consumazione, da fissare quando l'embrione non godeva della protezione apprestata dallo art. 582 c.p.

In poche parole: *de iure condito* i danni provocati al feto non rientrano nel reato di lesione, mancando in esso la qualità di essere vivente; interpretazioni diverse confliggono con il principio di legalità (121).

Quanto alla tesi che pretende di distinguere il momento in cui l'azione produce i suoi effetti, ammettendo il delitto di lesione quando questi si verifichino alla nascita (122), l'apporto si rivela meno decisivo del previsto. Qualora la lesione si *consumi* alla nascita, sebbene la causa sia rintracciabile in un'aggressione precedente (prenatale), la questione cessa di essere specifica e si presenta alla stregua di qualsiasi lesione nei confronti dell'essere vivente.

(120) Cfr. BAIMA BOLLONE-ZAGREBELSKY, cit. (nota 32), 37.

(121) Nella medesima direzione ROXIN, *Probleme beim strafrechtlichen Schutz des werdenden Lebens*, JA 1981, 548s.; LACKNER, cit. (nota 61) n. 2 sub § 223. La sussistenza del reato di lesioni è ammessa solo per le aggressioni dolose prenatali da TEPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, 1973, *passim*. Si veda inoltre BLEI, *Körperverletzung durch Schädigung der Leibesfrucht*, MMW 1970, 741; PATALANO, *I delitti contro la vita*, 1984, 10ss. Le possibilità surrettizie di aggirare il precetto normativo mediante un procedimento analogico *in malam partem* e — all'opposto — la liceità di una riduzione teleologica del *Tabestand* sono evidenziate in KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, 77, 167s. Sottolinea la difficoltà di distinguere tra interpretazione estensiva ed analogia come effetto dell'oscurità della norma carente di determinatezza, ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, RIDPP 1989, 1555.

Sempre attuali le riflessioni di KLUG, *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982, 109ss.

(122) ESER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER (nota 68), n. 1 a sub § 223.

Proprio tale precisazione consente di risolvere il diverso caso del deficit immunitario riscontrato nel figlio, ad esempio dopo il primo anno di vita: l'evento si è avuto in danno della *persona umana*, pur se il comportamento responsabile di ciò risale alla gravidanza, per cui il fatto rientra tra le lesioni personali, eventualmente colpose (sempre, s'intende, con riferimento alla fattispecie astratta ed impregiudicato l'aspetto dell'imputazione dell'evento ed il lato soggettivo dell'incriminazione). Si ritorna invece alla conclusione opposta (irrilevanza penale del comportamento) quando si accerti la sieropositività dell'embrione durante lo stadio fetale. Irrilevanza perché al feto difetta la qualità di soggetto passivo, a prescindere dal rilievo che la mera sieropositività non costituisce malattia.

a) Rimanendo in tema, resta da chiedersi se l'infezione contratta da donna gravida legittimi l'interruzione della gravidanza. Al riguardo la L. 22.5.1978 n. 194, disciplinante la materia, subordina (art. 4) l'interruzione volontaria, *entro i primi novanta giorni*, alla presenza nella donna di circostanze « per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsione di anomalie o malformazioni del concepito ». *Oltre i novanta giorni* l'aborto può essere praticato « quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna », oppure « quando siano accertati processi patologici tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna » (art. 6 lett. a, b).

In entrambi i casi sono previsti naturalmente accertamenti particolari per appurare l'esistenza delle evenienze indicate. L'art. 19 sanziona infine l'interruzione volontaria della gravidanza in violazione delle modalità di controllo, riservando un trattamento punitivo diversificato per la donna (più mite) e secondo il periodo di gravidanza trascorso.

Sorvolando sull'infelice tecnica di redazione della fattispecie, carente di tassatività (123), la liceità dell'intervento abortivo è comunque condizionata alla tutela della salute fisica e psichica della

(123) Si veda PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, 1979, 430s.; ANTOLISEI, cit. (nota 40), 97ss.

gestante, che ha il sopravvento sulla protezione del nascituro. La possibilità di interrompere la gravidanza è perciò finalizzata alla prevenzione dell'incolumità della futura madre, con poche ma significative differenziazioni in base al momento in cui venga praticato l'intervento: dopo i novanta giorni, il pericolo di vita per la donna, derivante dalla gravidanza o dal parto, deve assumere i connotati della *gravità*; analogamente, *comprovate* patologie a carico del feto, precisate in *rilevanti* anomalie o malformazioni (contro la semplice *previsione* di anomalie o malformazioni che rendono ammissibile l'aborto nei primi novanta giorni) hanno rilevanza soltanto quando determinino un *grave* pericolo per la salute fisiopsichica della gestante (rispetto al presupposto del *serio* pericolo).

L'infezione da virus *Hiv* indebolisce il sistema immunitario, il che è la porta d'ingresso di ulteriori malattie; durante la gravidanza si verifica l'indebolimento 'naturale' delle difese immunitarie per evitare il rischio di espulsione del feto. Ne consegue che la gestante è particolarmente esposta alla compromissione dello stato fisico, persino sotto il profilo del rapido accentuarsi dei sintomi dell'AIDS. Per le stesse ragioni, oltre alla prosecuzione della gravidanza, anche il parto e la maternità potrebbero aggravare le sue condizioni, per le alterazioni funzionali connaturate a tali stadi, innestantisi su di un organismo debilitato.

Passando all'aspetto della salute psicologica, non è esclusa la ricorribilità di un « serio pericolo » (art. 4 L. 194/1978). Sotto la duplice angolazione dei danni (depressione, psicosi ansiogene, ecc.) che la donna gravida subisce dalla conoscenza della sieropositività o per il timore di dare alla luce un figlio contagiato. Le linee direttrici individuate valgono in modo analogo, ovviamente, per l'interruzione volontaria della gravidanza oltre il 90° giorno: solo che i requisiti diventano severi.

In sostanza, in via astratta non si può negare che esistano le indicazioni mediche per ricorrere all'aborto terapeutico. Nella prassi sarà però complesso diagnosticare con esattezza il grado di pericolo della gestante, la compromissione della funzionalità psichica, così come le prevedibili (o riscontrate) alterazioni del nascituro, specie in considerazione dei numerosi lati oscuri che l'AIDS si trascina, tra i quali occupano un ruolo preminente la probabilità di trasmissione del virus in gravidanza o durante il parto e le cadenze temporali di evoluzione del morbo.

L'esame comparato delle disposizioni del codice penale tedesco (§§ 218 ss.) *in hac materia* rivela una notevole somiglianza di contenuti; non deve stupire pertanto che la dottrina d'oltralpe propenda per la liceità dell'aborto di donna sieropositiva sia in relazione alle ripercussioni psichiche dipendenti dalla paura di generare un individuo destinato a morte prematura, sia con riferimento all'aggravamento delle condizioni di debolezza fisica in concomitanza dell'infezione e della gravidanza. Né si esige la prova — a mezzo di tecniche diagnostiche prenatali — dell'avvenuto contagio del feto, limitandosi a richiedere la rilevante probabilità della trasmissione del male per considerare non più « esigibile », in base all'indicazione normativa, il proseguimento della gravidanza (124).

11. — Nel codice Rocco la vita umana beneficia di un'ampia protezione. Gli artt. 584 (omicidio preterintenzionale) e 586 (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto) completano il sistema incriminatorio con due apposite norme di chiusura, volte a colmare vuoti di tutela mediante la rinuncia al legame psicologico tradizionale (dolo o colpa) tra autore e risultato offensivo. In ragione dell'estremo ventaglio di ipotesi cui sono applicabili tali reati si pone l'interrogativo della loro richiamabilità per il contagio dell'AIDS. Un esempio scontato: B, in conseguenza della violenza carnale subita da A, sieropositivo, si ammala di AIDS (o muore).

Partiamo dall'omicidio preterintenzionale. La formula adoperata dal legislatore è onnicomprensiva ed ambigua: qualsiasi atto diretto a commettere il delitto di lesioni o percosse, se cagiona la morte di un uomo, rientra nella previsione delittuosa. Un rapporto sessuale a rischio, che provochi effettivamente il contagio e poi il decesso per AIDS, è però 'atto diretto a commettere il delitto di lesione'?

La 'direzione' dell'atto viene desunta in dottrina non nell'ottica oggettiva (altrimenti, essendo la condotta a forma libera, ogni comportamento potrebbe rientrarvi), bensì — in aggiunta ad essa — sotto il profilo soggettivo. Quindi è 'atto diretto a...' l'azione od

(124) Cfr. EBERBACH, cit. (nota 77), 232s.; Id., cit. (nota 78), 13ss.

L'insussistenza dell'*obbligo* di abortire, in situazioni del genere, per la donna è posta in risalto da BOTKE, cit. (nota 77), 212.

omissione *inequivocamente* indirizzata alle lesioni o alle percosse, sostenuta inoltre da una *corrispondente* volontà lesiva (dolo di lesioni o di percosse) (125). Per ritenere soddisfatto questo presupposto preliminare bisognerebbe perciò immaginare che A si congiunga con B con l'intenzione di contagiarlo; la morte successiva di B realizzerebbe pertanto l'evento *praeter intentionem*.

Senonché il caso risulta per l'appunto immaginabile, ma di difficile verifica: da una parte, se un individuo vuole aggredire l'incolumità altrui, ha mezzi più efficaci e collaudati del ricorrere ad un'azione la cui offensività è in definitiva sul piano statistico incerta; d'altronde, volendo ipotizzare con uno sforzo di fantasia chi escogiti un sistema tanto sofisticato per provocare del male, sarebbe difficile negare la mancata previsione (e volontà) da parte sua della morte della vittima, sicché la responsabilità ricadrebbe nell'orbita dell'omicidio volontario. Da qualsiasi angolazione si rivolti la questione, la strada dell'art. 584 c.p. è insomma impraticabile, ora risultando eccessiva, ora troppo stretta.

Sul piano storico la creazione dell'omicidio preterintenzionale rispondeva all'esigenza di reprimere i comportamenti (tipo le percosse) che per l'intrinseca pericolosità potevano facilmente degenerare nella morte dell'agredito; nella concatenazione immediata tra atto e risultato (ulteriore) risiedeva pertanto la ragione dell'incriminazione, laddove l'accollo dell'evento più grave in forza della sola causalità costituiva il deterrente general-preventivo per tentare di riportare entro limiti di tollerabilità comportamenti — a monte — rischiosi. L'applicazione giurisprudenziale della norma ne è la conferma.

Sicché il divario tra l'art. 584 c.p. nella sua cornice massima di estendibilità ed il paradigma del contagio di AIDS non si riduce affatto.

Un rapporto sessuale, sia pure non protetto, non si presta a nostro avviso ad essere ricondotto nella sfera degli atti inequivoci, ma l'ostacolo maggiore diventa la dimostrabilità dell'intenzionalità del contagio (e della lesione) tramite la via sessuale. Perché se a costo di qualche acrobazia logica si vuole desumere *oggettivamente* la direzionalità verso la malattia del comportamento rischioso, in

(125) Cfr. PATALANO, cit. (nota 121), 252ss., 262.

considerazione della sua idoneità contagiante, *soggettivamente* esso non rivela alcunché delle intenzioni dell'agente. La somministrazione di un veleno è, ad esempio, un comportamento *di per sé* univocamente orientato ad un fine illecito, per cui indizia fortemente il dolo dell'autore; semmai, qualora questi abbia erroneamente confuso la sostanza velenosa con il medicinale prescritto, potrà versare in colpa (e ciò lascia fuori la responsabilità per omicidio preterintenzionale), ma è indubbia la potenzialità lesiva del mezzo adoperato. La qual cosa non è ripetibile per l'esercizio di pratiche sessuali. La loro finalità 'fisiologica' non è illecita per il diritto penale, neppure se il soggetto attivo è un sieropositivo (*infra*, cap. II, IV). Qualche dubbio potrebbe residuare con riguardo al fatto che tali atti vengono compiuti senza le necessarie precauzioni idonee a ridurre sensibilmente il pericolo del contagio, ma la circostanza potrebbe scoprire un profilo colposo del comportamento (126), inadatto, come detto, all'imputazione dell'evento-morte, o al massimo indiziare lo intento lesivo dell'agente.

In assenza dunque di parametri orientativi la ricostruzione dello elemento psicologico della condotta di base diventa una specie di lotteria affidata all'intuizione del giudicante. La consapevolezza nel sieropositivo del suo stato e della correlata potenzialità contagiante, unitamente al non uso del profilattico, potrà semmai orientare il giudice verso l'istituto del dolo eventuale, evitando di impegolarsi nella difficoltosa prova del dolo diretto.

Il dolo eventuale è però tra le figure maggiormente tormentate quanto a contenuto ed estensione nella storia della dommatica penalistica, cosicché una soluzione del genere sembra obbedire ad un traguardo 'di comodo' anziché ad una vera convinzione sistematica. Senza contare le perplessità circa la compatibilità tra il dolo eventuale (dove l'evento non costituisce il fine dell'azione) ed il requisito della direzione degli atti *ex art. 584 c.p.*.

Sin qui per quanto concerne il comportamento di partenza. Ma i dubbi aumentano in relazione all'imputazione della morte. Perché,

(126) Si veda Trib. Crotone 30.4.1957, *Cal. Giud.* 1958, 115: «ricorre il delitto di lesioni colpose nel fatto di chi, omettendo i dovuti accertamenti sul proprio stato, contagi gli altri di blenorragia, versando nell'erroneo convincimento di essere immune dal morbo, o di averlo debellato o reso inoffensivo in seguito ad efficaci cure».

a prescindere dalle discussioni in ordine al significato della preterintenzione, occorre chiedersi *in primis* quale spazio residuale interpretativo sia consentito per mantenere in vita l'istituto.

Quando infatti si legge che « Perché l'art. 27 comma 1 Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati » (127), e la Corte Costituzionale non si limita ad enunciare il principio in una veste programmatica, ma ne fa discendere l'illegittimità costituzionale di norme fondamentali, è chiaro che una censura di incostituzionalità dell'art. 584 c.p. è evitabile a patto che si inserisca in funzione correttiva il requisito della colpa nell'evento causato in conseguenza del reato-base. L'operazione ermeneutica, necessitata dalla svolta radicale impressa dalla Corte allo *Schuldprinzip*, rende precaria la sopravvivenza dell'istituto, la cui funzione potrebbe benissimo essere svolta dalla fattispecie dell'omicidio colposo. Al di là delle strade suggeribili *de lege ferenda*, è innegabile che la ricerca della responsabilità colposa per la morte del contagiato, di fronte ad una attività iniziale ambigua, arretra il baricentro punitivo, lasciando preludere alla voluta dimenticanza della norma o, al contrario, all'assiomatico riconoscimento di una '*culpa in re ipsa*'.

Tirando le somme, uno spazio proprio per l'art. 584 c.p. si fa fatica a ritagliarlo: se infatti il contagio si è verificato e ha portato alla morte, il reato 'confrontabile' diventa l'omicidio volontario e non preterintenzionale; se invece l'atto iniziale si è arrestato in una fase non tipica (nemmeno a livello di tentativo), il decesso non potrebbe dirsi avvenuto ad opera del soggetto attivo (si pensi al suicidio per disperazione) se non in un'ottica di *versari in re illicita*, incompatibile con la Costituzione. Un chiarimento soltanto per la alternativa iniziale: le modalità del contagio (il rapporto sessuale) e la *progressione* del male sino alla morte lasciano difficilmente tra-

(127) C. Cost. 13.12.1988 n. 1085, CP 1989, 766 (con nota di A. PISANI, *Brevi note in tema di furto d'uso*), sulla falsariga della sentenza n. 364/1988 riguardante l'art. 5.

sparire un *salto* logico-cronologico con l'evento finale, come nei casi classici di applicazione dell'art. 584 c.p., per cui, quando la lesione è *consumata*, il decesso rappresenta l'*inevitabile* conseguenza e viene quindi attirato nello schema dell'art. 575 c.p. Ciò non toglie che se A, durante una colluttazione con B, gli trasmette a seguito di un morso il virus *Hiv*, e B muore per l'infezione AIDS, si ritorni all'art. 584 e alla sua concretizzazione in chiave soggettiva.

Passando all'art. 586 c.p. solo in apparenza sembrano ridursi le complicazioni. La differenza sostanziale tra le due figure di reato, per riprendere una sintetica ma illuminante definizione, « è data dal fatto che, nel primo caso, abbiamo una causalità tra eventi eterogenei mentre, nel secondo caso, abbiamo una causalità tra eventi omogenei (progressione tra percosse o lesioni a omicidio) » (128). Non è dunque richiesto, stando alla lettera della disposizione normativa, alcun collegamento tra la verifica del contagio e/o la morte per AIDS ed il reato iniziale, all'infuori del rispetto della legge causale. Già però nella prospettiva 'ontologica' si restringe il campo delle possibili interferenze tra reato iniziale e successivo evento. Siccome la trasmissione del virus avviene in specifiche situazioni, altrettanto specifici saranno i delitti dolosi che potranno venire in considerazione e costituire la piattaforma per l'applicazione dell'art. 586 c.p. Così, la congiunzione carnale violenta (art. 519 c.p.), alla quale faccia seguito il contagio, rappresenta l'ipotesi paradigmatica, accanto alla quale sono da annoverare gli atti di libidine violenti (art. 521 c.p.), la seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata (art. 526 c.p.), la corruzione di minorenni (art. 530). In ipotesi simili la connessione 'di genere' degli illeciti è pacifica. E del resto la giurisprudenza ha fatto uso dell'art. 586 c.p. per i reati sessuali seguiti da morte della persona offesa. Occorre però ribadire come l'imputazione trovi un limite tutte le volte in cui il decesso, anziché rappresentare lo sbocco *naturaliter* della malattia, sia dovuto al suicidio per disperazione della vittima o all'errore del sanitario (129). Si tratta infatti di avveni-

(128) NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., 1982, 314.

(129) *Contra*, Trib. Cassino 24.1.1960, RP 1960, II, 569 (suicidio della vittima di atti di libidine); Cass. 9.2.1961, CP 1961, 537 (decesso in conseguenza della gravidanza di donna affetta da disturbi cardiaci, soggetto passivo di violenza carnale presunta).

menti che escludono lo scopo di protezione della norma per la sostanziale non dominabilità dell'accadimento futuro, interrompendo — in una dimensione *funzionalistica* — il nesso causale (130).

Ovviamente, quanto osservato a proposito dell'art. 584 c.p. circa l'armonizzabilità con il principio di colpevolezza, va ripreso integralmente per l'art. 586. E nuovamente il nucleo centrale del problema si sposta sulla rischiosità statistica del comportamento sessuale e sull'elemento psicologico nel reato dante-causa, per saggiarne la compatibilità con l'imputazione dell'evento conseguito.

Nella Repubblica federale tedesca la magistratura ha avuto modo di occuparsi dell'argomento per ben due volte. In entrambi i casi la vicenda era fondamentalmente identica: l'imputato, a conoscenza della propria condizione di AIDS-carrier, aveva violentato la vittima; il contagio non si era verificato. Il Tribunale, in una circostanza, ha condannato per congiunzione carnale violenta (in concorso con il furto commesso dopo la violenza), ma ha escluso il tentato omicidio (131), nell'altra è giunto alle conclusioni opposte, anche se ha assolto l'imputato per difetto di imputabilità, ordinando il ricovero in ospedale psichiatrico (132).

12. — La verifica degli elementi appartenenti al fatto tipico delle lesioni personali si arena sull'accertamento della relazione causale tra comportamento contagiante ed evento. La prova del nesso causale è infatti il tallone d'Achille.

A differenza di situazioni dove è arduo stabilire se il risultato sia il prodotto di un certo *antecedens* (si pensi al decesso avvenuto per un disturbo cardiocircolatorio favorito o aggravato dalla precedente ingestione di un farmaco con sospette proprietà trombolitiche, o ancora al disastro ferroviario che potrebbe essere stato causato da un'eccessiva velocità del locomotore), in questo caso l'ostacolo sorge agli effetti della riconducibilità dell'evento al-

(130) Cfr. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, 1989, 175ss.

(131) LG München 2.3.1987, NSStZ 1987, 228s.

(132) LG München 20.7.1987, MedR 1987, 288ss. Una norma simile all'art. 586 c.p. è sconosciuta al diritto penale tedesco; il § 226 StGB (lesioni seguite da morte) ricalca il nostro art. 584 c.p., ma l'imputazione della morte è condizionata quanto meno alla colpa dell'agente, per effetto della clausola generale contenuta nel § 18 StGB.

l'autore. Insomma, non appare difficile decifrare il *come* si sia arrivati al risultato, ma *chi* lo abbia determinato secondo quel processo causale abbastanza delineato nei tratti essenziali. In una rissa, le lesioni (o la morte) della vittima sono sicuramente riconducibili alla pugnalata inferta (*decorso causale manifestamente evidente*), può restare però incerta la persona che abbia colpito il soggetto passivo (*attribuibilità soggettiva della causa a contenuto criptico*).

Prima di chiarire da dove nascano tali grosse incertezze, è doveroso richiamare sinteticamente il fondamento scientifico del nesso causale. Delle varie teorie enunciate in proposito, la dottrina più attenta ha evidenziato da tempo come un avvenimento, per poter essere qualificato causa di un *quid* fenomenologico, debba essere sussunto in una legge di copertura scientifica suscettibile di 'certificarne' la capacità di produzione di eventi di tal genere. La vecchia formula della *condicio sine qua non*, largamente utilizzata in giurisprudenza e in dottrina, è così un criterio d'aiuto, presupponente pur sempre la ricerca della legge di copertura.

Se poi il compito della causalità si fermi ad un livello ontologico, registrando la concatenazione di accadimenti naturalistici, oppure assuma *teleologicamente* il ruolo di fattore di imputazione in grado di espungere dal sistema penale fatti non meritevoli di sanzione, è un problema che qui può restare irrisolto (133). Importante invece ricordare come la prassi giudiziaria tenda a negare il nesso di causalità una volta fornita la prova dell'identica verificazione dell'evento senza la condotta in questione e, al contrario, ad affermarlo quando l'evento possa spiegarsi, se non in termini matematici di assoluta sicurezza, quanto meno secondo indici di probabilità rilevante (134).

Applicando le conclusioni all'AIDS, il tutto si traduce nella individuazione dell'episodio da assumere, sulla scorta di una probabilità prossima alla certezza, quale causa del contagio. Ora, in situazioni appositamente concertate, il traguardo è raggiungibile. Ma gli esempi di scuola non giovano granché, visto che il dubbio concer-

(133) Cfr. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, RIDPP 1988, 1217ss.; CASTALDO, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, St. Urb. 1985-1988, 125ss.

(134) L'orientamento è condiviso da Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72; Cass. 7.3.1989, CP 1990, 1278s.

ne non la ricollegabilità dell'infezione ad una fonte di contagio, ma alla contemporanea assenza di altre cause di trasmissione dell'*Hiv*. Ricerca destinata, nell'intreccio delle esperienze quotidiane, invariabilmente all'insuccesso.

Per due ordini di ragioni.

a) Un primo intralcio alla limpida ricostruzione del nesso causale proviene da fenomeni *oggettivi*.

Com'è noto, la trasmissione del virus è diagnosticata mediante un'analisi del sangue, mirata alla scoperta di anticorpi dell'*Hiv* nell'organismo umano (test ELISA). In sé considerato, l'esame di laboratorio dice ben poco: innanzi tutto non è sicuro; a causa della possibilità di reazioni aspecifiche si stima addirittura in una percentuale del 5% il numero dei falsi-negativi (135), cosicché si preferisce ricorrere a test confirmatori (*Western-Blot*, immunofluorescenza) (136).

Ma superati questi problemi, e comprovata la sieropositività, l'unico argomento fuori discussione è che l'individuo sia stato a contatto con il virus *Hiv*. Di più: secondo alcuni ricercatori (137), la sieropositività non implicherebbe automaticamente l'essere portatori del virus e quindi fonte di contagio; l'anomalia si riscontrerebbe nel 15% dei casi. Il punto è di fondamentale importanza non tanto per la vittima, quanto per il soggetto attivo: aderendo all'impostazione, *mutatis mutandis*, l'evidenziazione della sieropositività del presunto responsabile non dimostrerebbe la sua capacità di trasmettere l'infezione.

Il periodo di incubazione è un'altra spina nel fianco; l'intervallo tra causa ed evento non è breve, e nemmeno confinato entro ragionevoli spazi di tempo, come in numerose malattie infettive. Tra la trasmissione del retrovirus e la rilevazione degli anticorpi intercor-

(135) Cfr. ROSENBROCK, *AIDS kann schneller besiegt werden*, 3ª ed., 1987, 90, 103.

(136) Cfr. BUCHBORN, *Ärztliche Erfahrungen und rechtliche Fragen bei AIDS*, *MedR* 1987, 261. Si veda inoltre la nota 9.

La nuova tecnica della *Polymerase Chain Reaction*, che individua direttamente il virus nel DNA della cellula anziché gli anticorpi, e a distanza di appena sei ore dal contatto infettante, risolverebbe questa grave difficoltà, ma non è al momento operativa.

(137) JOSSAY-DONATI, *Le Sida: Etude, prévention, traitement*, 1987, 203.

re un periodo oscillante tra i 4 ed i 15 mesi (138), ma lo stadio iniziale è assolutamente asintomatico, per cui la vittima potrà scoprire la malattia in una fase già evoluta, con relativa retrodatazione del contagio persino a sette anni prima (139). Intuitiva la ricaduta sul nesso causale, dovendosi scandagliare ogni possibile forma di contagio in un arco temporale dilatato.

Per renderci conto delle difficoltà pratiche, ricorriamo ad un esempio concreto. B, partner occasionale di A, si ammala improvvisamente di una febbre persistente ed apparentemente incurabile, soffre di sudorazione notturna e di un inspiegabile calo ponderale, manifesta un ingrossamento linfoghiandolare: gli viene diagnosticata una forma minore di AIDS, intermedia, nota col nome di LAS; i test clinici confermano l'infezione.

Poiché il contagio può risalire a diversi anni prima bisognerà mettere a fuoco la vita del malato nel periodo sospetto, alla ricerca di possibili fonti di trasmissione; lasciamo per il momento da parte l'ipotesi in cui B abbia avuto numerosi rapporti sessuali con differenti persone per la promiscua condotta di vita tenuta, oppure sia un eroinomane o un polittasfuso, e prendiamo a campione, per non complicare le cose, l'individuo rigorosamente eterosessuale dalla precedente avventura sentimentale con A, e dall'attuale relazione con C. Immaginiamo che A e C si sottopongano spontaneamente al test, rispettivamente per scrupolo morale e per paura, e solo il primo scopra di essere sieropositivo.

A questo punto tutto sembrerebbe collimare: A è responsabile del contagio di B. Il giudice che ragionasse nel modo siffatto, e si limitasse agli esami di *routine*, commetterebbe tuttavia un gravissimo errore, seppure nell'apparente logicità del metodo investigativo adottato. Per convincersene non occorre un grosso sforzo di fantasia. Può darsi infatti che sia stato C a contagiare B e che la sua sieronegatività dipenda unicamente dal trovarsi ancora nella

(138) Cfr. KOCH, *AIDS, vom Molekül zur Pandemie*, 1987, 7ss., 14ss.; *supra*, II, a.

(139) La latenza è stimata in 8-10 anni circa per i bi- ed eterosessuali, in 5 anni per gli omosessuali per la facilità di sviluppo dell'Hiv grazie ad infezioni « di contorno ». Cfr. BUCHBORN, cit. (nota 136), 261; si vedano inoltre i contributi medici nel volume *AIDS aktuell*, a cura di GOEBEL-GAUWEILER, 1987, nonché la nota 14.

c.d. fase-finestra (140) (oppure dalla ricorrenza di un falso-negativo). A, dunque, potrebbe aver contratto dopo il virus (da terzi), ma anche prima dell'incontro con B senza averlo contagiato; dal canto suo C avrebbe trasmesso il virus a B, nel cui organismo, causa condizioni preesistenti favorevoli all'insediamento, esso si sarebbe rapidamente 'allertato'.

Non è tutto: è ipotizzabile persino che B non sia stato contagiato né da A né da C, ma li abbia contagiati entrambi. Sembra incredibile, ma in realtà non lo è: supponiamo che B abbia contratto la malattia parecchi anni prima, con un'evoluzione questa volta estremamente lenta del male, per cui la fonte del contagio risale ad un'epoca in cui neppure conosceva gli altri protagonisti della vicenda (oppure ad un'occasione che la vittima ha interesse a tacere o che ha, in buona fede, completamente dimenticato: una puntura accidentale con ago infetto, il contatto con strumenti odontoiatrici non sterilizzati). Successivamente, il rapporto sessuale con A avrebbe determinato il contagio (e dunque la positività di A al test) e analogamente sarebbe avvenuto con C (la cui negatività discenderebbe dalla permanenza dello stadio d'incubazione). Da parte lesa, B si trasformerebbe in soggetto attivo!

Sorprendente — e al tempo stesso drammatico — è che ciascuno potrebbe convincersi della bontà della semplicistica versione iniziale (A in funzione di contagiante); qualora poi C si ammalasse, si avrebbe la falsa conferma che l'anello iniziale della catena infettiva è stato A, il secondo B, l'ultimo C. A pertanto si riterrebbe il responsabile morale, prim'ancora che giuridico, del male inflitto. Dicevamo del carattere sorprendente: infatti la dimostrazione delle varianti prospettate è pressoché impossibile difettando riscontri di laboratorio risalenti al passato ed attestanti la condizione precedente.

La certificazione della sieropositività è pertanto un indizio, anche labile, e nulla più, in merito all'individuazione dell'autore del contagio. In una visuale legata al senso comune tale condizione è immediatamente ritenuta prova sufficiente della diffusione del mor-

(140) Ad ammonirci sulla veridicità dell'ipotesi è sufficiente ricordare i casi di contagiati da trasfusione di campioni di sangue clinicamente controllati, e pur troppo contaminati.

bo, e criminalizzata; ma da un'angolazione scientifica si riduce spesso ad elemento di confusione (141).

Il giudice del nostro esempio avrebbe presto le mani legate: accertata la malattia di B e la sieropositività di A e (in seguito) di C potrebbe optare per una ricostruzione qualsiasi degli accadimenti, tutte sostenibili dal punto di vista medico, e tutte egualmente indimostrabili. La difficoltà insormontabile cade invero nella relazione temporale causa-effetto: un colpo mortale d'arma da fuoco esploso in direzione di una persona è situabile in una precisa dimensione spazio-tempo, per cui l'evento ci indica nella normalità dei casi sia l'antecedente causale, sia il momento della sua entrata in scena. Nell'AIDS, viceversa, l'individuazione dell'effetto comporta la necessaria deduzione della causa, ma l'oscurità assoluta sul periodo del verificarsi. In altri termini, essendo ribaltata la normale progressione di avvenimenti, il rapporto di causa-effetto tra la sieropositività e la malattia può essere letto indifferentemente in qualsiasi direzione senza incappare in errori. Per ricorrere ad una similitudine geometrica: non siamo di fronte ad una retta con un inizio ed una fine, bensì ad una circonferenza dove ogni punto può essere inizio e fine della catena di relazioni instauratesi. Nella realtà, naturalmente, non è così, ma non è semplice dimostrarlo.

Anche nei casi apparentemente banali, la prova del nesso causale si conferma *probatio diabolica*. Consideriamo una normale relazione tra marito e moglie dove all'improvviso, dopo un controllo di prassi, uno dei due scopra di essere positivo. Se l'altro non lo è, non significa che non sia infetto, potendo addirittura avere contagiato per primo il partner (proprio per la variabilità del periodo in cui compaiono gli anticorpi); se invece entrambi sono sieropositivi, non è appurabile chi abbia trasmesso il virus al coniuge, dovendosi come minimo ricercare negli anni addietro i rapporti pericolosi con terzi di ciascuno dei due (142).

b) A complicare il quadro intervengono ostacoli di ordine *soggettivo*. A questo punto l'attenzione va concentrata cioè non

(141) Egualmente critico BOTKE, *Die Immission infektiösen Ejakulats bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr zwischen HIV-Infizierten und minderjährigen Jugendlichen. Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Amtsgerichts Kempten vom 1.7.1988*, AzLS 11 Js 393/88, AIFO 1988, 630.

(142) Cfr. HERZOG-NESTLER TREMEL, cit. (nota 68), 363; EBERBACH, cit. (nota 78), 12.

sulla ricostruzione scientifica delle modalità del contagio, ma sulla *attendibilità psicologica* del soggetto passivo.

Supponiamo in via teorica l'isolamento di una causa del contagio, e che la stessa risulti sostenibile (unica avventura di una donna con un tossicodipendente malato di AIDS). Come potrà l'organo giudicante negare la sussistenza di cause ulteriori idonee alla trasmissione dell'agente patogeno? Accetterà la versione della vittima, la sua ricostruzione dei fatti (nella specie, l'assenza dei rapporti sessuali con terze persone), mancando elementi di supporto? Nessuno vuole sostenere ovviamente che la vittima affermi il falso, ma il dubbio non è gratuito. E la ragione ricade nelle modalità del contagio.

Intanto, la malattia si diffonde in maniera 'congenita' nella popolazione a rischio (*supra*, II, a). Se la vittima appartiene al *milieu* della prostituzione (143), dei tossici intravenosi, è logico aspettarsi che sia venuta spesso a contatto con eventuali cause infettive, sicché 'isolare' un unico episodio della sua vita rischia di essere mistificatorio e di assolvere la funzione di capro espiatorio per il presunto contagiante.

Pensiamo ancora al cliente della prostituta o a colui che si sia concesso un'evasione erotica. La scoperta di anticorpi nel sangue della prostituta o del partner non è una prova sufficiente e nemmeno rassicurante. Perché, per dirla con *Bruns*, « quale giudice sarà mai disposto a credere che l'individuo che va in cerca di chi batte il marciapiede abbia avuto nell'ultimo mezzo anno rapporti sessuali esclusivamente con tale prostituto/a? » (144). Anche la circostanza che il cliente si sottopone regolarmente al test essendo donatore conta ben poco, per l'intervallo scoperto residuale (145).

La situazione non migliora per categorie meno 'esposte', come il politrasfuso, o chi rimanga vittima di un accidentale contatto con sangue infetto (ad esempio, nella vicenda al vaglio della magistratura torinese). Ebbene, la probabilità dell'esatta individuazione dell'origine del male è più alta, ma la prova dell'assenza di cause diverse è interamente delegata alle dichiarazioni della vittima.

(143) I rischi di una vita sessuale promiscua non vanno però esagerati secondo RÜHMANN, *AIDS, Eine Krankheit und ihre Folgen*, 1985, 24ss., 30s., 44ss.

(144) M. BRUNS, cit. (nota 80), 694.

(145) Si veda ancora M. BRUNS, cit. (nota 80), 694.

Il cuore del problema diventa dunque l'affidabilità di tali asserzioni (146). Certo, nessuno sarà disposto a firmare una cambiale in bianco accettando passivamente la ricostruzione dei fatti. È ipotizzabile tuttavia un dispendio di energie investigative per scoprire altre cause del contagio?

La realtà processuale italiana, la surrettizia opera di depenalizzazione di fatto prodromica alla facoltatività dell'azione penale (147) inducono alla risposta negativa. Persino però chi decidesse di impegnarsi in simili ricerche troverebbe ben presto la strada sbarrata.

Da una parte, si troverebbe di fronte ad una *probabile* causa del contagio, nel senso della idoneità alla circolazione del virus (nessun esame diagnostico può dimostrare con certezza che il retrovirus è stato trasmesso per quella porta d'ingresso); dall'altra avrebbe la difficoltà — a prescindere dalla legittimità — di scavare nella vita intima del soggetto passivo, di scandagliarne comportamento ed abitudini sessuali.

Un ulteriore aspetto mina la credibilità della fonte del contagio ed indebolisce — in assenza di riscontri — l'attendibilità della ricostruzione del nesso causale. Dal punto di vista della psicologia comportamentale, la persona offesa non è portata a collaborare con la giustizia, ad indicare potenziali vie di accesso del male. Tale sua 'confessione pubblica' equivarrebbe ad esporre un catalogo di vizi e di virtù, con il pericolo di finire colpevolizzato (148). Fuor di metafora: rivelare il tradimento, l'omosessualità, la prostituzione, la tossicodipendenza, tutti comportamenti tabuizzati, simbolo per eccellenza di devianza, significherebbe sancire automaticamente il proprio *status* di diverso o addirittura autodenunciarsi. Con riferimento ad una malattia la cui lotta presenta una forte componente emotiva ed eticizzante, dove resistono svariati pregiudizi sulla trasmissibilità dell'infezione, il soggetto passivo dovrebbe attendersi come minimo una reazione di indifferenza per essersi cacciato nei guai, come massimo un'accusa di corresponsabilità nella diffusione dell'epidemia.

(146) Analogamente DANTI-JUAN, *Quelques reflexions en droit penal français sur les problèmes posés par le Sida*, *Rev. dr. pen. crim.* 68 (1988), 638.

(147) Cfr. PALIERO, « *Minima non curat praetor* ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985, 203ss., 253ss.

(148) In generale, PANSERI, *La notitia criminis e la valutazione circa la sua fondatezza nel corso delle indagini preliminari*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di GULLOTTA, 1987, 396ss.

Per incidens, va notato che proprio la paura della ghettizzazione, l'angoscia del rimprovero portano l'individuo a rischio a non sottoporsi al test o, se sieropositivo, a non modificare la condotta di vita per non 'dare nell'occhio'.

Non si scopre del resto nulla di nuovo. Da tempo si è evidenziata la quota elevata dei reati sessuali non denunciati dalla vittima. Altrettanto note le ragioni del preoccupante fenomeno della *Dunkelziffer* (149); non solo l'imbarazzo connesso allo *strepitus fori*, ma specialmente le ripercussioni sociali per la donna che ha subito la violenza, rappresentano utili indicatori (150). Una sensazione di scoramento, per l'AIDS moltiplicata data l'incurabilità e la forzata convivenza col male. Né d'altronde è possibile escludere

(149) Cfr. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARI-NUCCI-DOLCINI, 1985, 53ss.

(150) Al superamento degli ostacoli menzionati e ad un recupero di fiducia da parte della vittima sono improntati i vari disegni di legge contro la violenza sessuale (n. 730, *Salvato* ed altri, del 17.12.1987; n. 731, cit. [nota 98]; n. 924, *Mancino* ed altri, del 10.3.1988; n. 939, *Filetti* ed altri, del 16.3.1988), nonché il testo elaborato dal Comitato ristretto e proposto dalla Commissione Giustizia (6.6.1988). Tra le novità: la partecipazione al processo dei c.d. enti esponenziali, cioè delle associazioni e movimenti precedentemente costituiti, che perseguano scopi inerenti alla tutela degli interessi lesi dai delitti contro la libertà sessuale, e sempre previo consenso della vittima; la previsione del dibattimento a porte chiuse ed il divieto di formulare domande sulla vita privata o sulla sessualità dell'offeso, assicurando lo svolgimento di interrogatori ed esami nel rispetto della dignità e della riservatezza della persona (rigoroso l'art. 5 *dis. legge* n. 731: «Non sono ammesse... indagini inerenti alla tecnica fisiologica degli atti di violenza sessuali subiti dalla vittima. Le indagini devono bensì avere come scopo l'accertamento della mancanza di consenso, che non può fondarsi sulla passata vita sessuale della vittima»). In argomento, MONACO, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, *St. Urb.* 1989-90 70ss.

La trasposizione di detti principi nel campo del contagio da AIDS si rivela problematica, limitandosi enormemente la capacità di ricostruzione del legame eziologico, che non è invece in discussione nei reati sessuali, ove la controversia verte solitamente sugli elementi della violenza o della minaccia.

Alcuni istituti hanno trovato una regolamentazione nel nuovo codice di procedura penale (è il caso degli enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato: artt. 91ss. c.p.p.), o una riformulazione (dibattimento a porte chiuse: art. 472 c.p.p.). Regole generali per l'esame testimoniale, con il divieto di domande nocive alla sincerità delle risposte e quello — parziale — delle domande suggestive, si rinviengono nell'art. 499 c.p.p.

il rovescio della medaglia, e cioè che il contagiato coltivi un atteggiamento di ostilità verso il prossimo, tale da portarlo ad accusare falsamente terzi (151).

c) Torniamo alla motivazione del Pretore di Torino. Interessa dimostrare, di fronte ad una vicenda vera, e dalla concatenazione di avvenimenti abbastanza chiara, le perplessità (tralasciando quelle di natura scientifico-oggettiva) a carattere *soggettivo* che s'annidano nel tentativo di negare cittadinanza a fonti diverse di contagio. Seguiamo da vicino i tratti essenziali del ragionamento per coglierne i profili meno convincenti, di tenore assiomatico o tautologico. Un passo della relazione peritale è assai sintomatico: « L'insieme delle analisi di laboratorio, suffragate da negatività al test Elisa per anticorpi IgG il giorno dopo l'incidente formano un complesso di dati certamente compatibile con l'assunto predetto. Ciò non significa che si è in possesso di un dato probatorio assoluto. È dato ormai di conoscenza comune che per ogni infezione esiste un periodo di tempo, chiamato finestra immunitaria, di durata variabile (alcune settimane, mesi?) in cui la ricerca degli anticorpi IgG e perfino di quello IgM risulta negativa a fronte di comprovato stato di infezione con isolamento dell'agente infettivo. Non posso escludere che la Pedali abbia contratto l'infezione in data anteriore al 23 marzo 1987, ma a me non constano dati probatori in merito ». L'implicito invito da parte del perito di ricercare ipotesi alternative di trasmissione del virus, i dubbi in tal senso avanzati dalla difesa, vengono di fatto elusi. « Difetta — si legge nella sentenza —, invece, un qualsiasi elemento probatorio, anche minimo, atto a far ritenere un contatto in circostanze diverse dall'incidente del 23 marzo 1987 » (152). Ma questo difetto discende non già dalla dimostrazione, a seguito di ricerche mirate, dell'*effettiva* assenza di altre porte d'ingresso del male, che rimane dunque un *a-priori* non richiesto, bensì dalla banale mancanza di indagini, praticamente impossibili a compiersi.

Proprio la consapevolezza del profondo disagio relativo all'individuazione della causa, aspetto puntualmente sottolineato in dottrina soprattutto quando il rapporto sessuale sospettato è rimasto

(151) Sul rapporto vittima-autore, GULLOTTA, *La vittima*, 1976, specie 59ss.

(152) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72; ivi le citazioni delle conclusioni peritali.

isolato (non ripetuto) (153), spinge parte degli autori a suggerire altre direzioni di percorso, in grado di evitare lo scoglio della causalità senza rinunciare al deterrente penale. Quali la creazione di una fattispecie di pericolo che prevede la punizione del comportamento idoneo a trasmettere l'infezione (154), o la concentrazione della analisi sul delitto (di lesioni) tentato (155).

d) Nella giurisprudenza tedesca l'adozione di soluzioni formalmente ineccepibili, seppure apparentemente stravaganti, è la spia di un analogo imbarazzo.

Istruttivo il caso seguente: un individuo malato di AIDS aveva avuto numerosi rapporti sessuali non protetti con la sua donna, tenendola all'oscuro di tutto. La partner era stata contagiata, ma i periti non erano riusciti ad accertare il momento della trasmissione del virus, in particolare se prima o dopo la discussione chiarificatrice con il medico nella quale l'imputato era stato edotto dei pericoli connessi alla vita sessuale. L'organo giudicante lo ha condannato alla pena detentiva di due anni, senza sospensione condizionale, per tentativo inidoneo di lesioni pericolose (156).

Il ragionamento che ha condotto alla decisione insieme pilettesca e salomonica rappresenta un evidente esempio di abilità sofistica: un'eventuale infezione trasmessa *prima* del colloquio medico, dunque della diagnosi del male, non assumerebbe rilevanza penale, in quanto l'agente non conosceva la situazione di rischio in cui versava; il contagio verificatosi *dopo*, viceversa, rientrerebbe nella fattispecie delle lesioni pericolose. Poiché per l'appunto non è dato sapere gli effetti della condotta *successiva* (vale a dire se abbia cagionato o meno la malattia), nell'alternativa, e scegliendo

(153) Cfr. JUNG, *AIDS im Blickfeld des Strafrechts*, in *Problemkreis* (nota 17), 16s.; FORTUNA, *Una strategia giuridico-sociale per la lotta all'AIDS*, RIML 1988, 467; KREUZER, *Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion*, ZStW 100 (1988), 797; FIANDACA, cit. (nota 45), 64; meno drastico SCHÜNEMANN, *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?*, JR 1989, 90 nota 19.

(154) ARLOTHI, cit. (nota 68), 408.

(155) Così TRECHSEL, *Schweizerisches StrGB-Kurzkomentar*, 1989, n. 6 sub art. 231; KUNZ, *Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht*, SchwZStr 107 (1990), 46.

(156) AG Hamburg 17.12.1989 (nota 82), 2071s.

la conclusione più favorevole al reo, essa rappresenta *come minimo* un tentativo inidoneo (per inidoneità dell'oggetto, qui la persona già infetta) di procurare lesioni (157).

Ancora più complessa la motivazione in un caso al vaglio del BGH, imperniato sulle consuete difficoltà di far luce sul nesso causale. Un omosessuale, dedito in passato alla prostituzione, sieropositivo, conosciuto occasionalmente un tassista, aveva avuto con questi, a distanza di alcuni giorni, due rapporti sessuali. La vittima era stata contagiata e la malattia aveva raggiunto, prima dell'espletamento definitivo dei gradi di giudizio, lo stadio dell'AIDS conclamata. Il Tribunale, riconosciuto colpevole l'agente, lo aveva condannato per il delitto di lesioni consumate in concorso materiale con le tentate lesioni. Il BGH ha sostenuto una tesi divergente (158).

Non potendosi stabilire l'occasione del contagio, ma essendo sicura la fonte, da ricercare in uno dei contatti omosessuali (159), la Corte suprema ha ritenuto applicabile l'istituto dell'accertamento alternativo (*Wahlfeststellung*). La *Wahlfeststellung* trova applicazione, secondo la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe, come eccezione al principio *in dubio pro reo*, al solo scopo di evitare assoluzioni ingiuste, allorquando sia certo che l'autore abbia commesso il fatto illecito, ed i reati astrattamente richiamabili si trovino in rapporto di alternatività e non di progressione da *minus* a *maius*. Nel caso in esame questa via di uscita sarebbe però preclusa, poiché tra delitto tentato e consumato non sussiste l'indispensabile relazione alternativa, bensì una tipica progressione.

La soluzione rigorosamente logica (condanna per un duplice tentativo di lesioni) avrebbe tuttavia — sempre ad avviso del BGH — effetti profondamente iniqui di fronte all'evidenza della consu-

(157) Nello *StGB* l'*untauglicher Versuch* è punito, a meno che il giudice non decida di rinunciare alla pena o di diminuirla discrezionalmente nelle ipotesi in cui l'azione non era assolutamente in grado di sfociare nella consumazione del reato e di ciò l'autore non si sia reso conto solo per motivi di grossolana ignoranza (§ 23 c. 3 *StGB*). Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, 477ss.

(158) BGH 12.10.1989 (nota 48), 129 s.

(159) La sicurezza sarebbe data — ad avviso del BGH — dal fatto che la vittima intratteneva una relazione con un terzo, non sieropositivo, e che gli unici rapporti sessuali erano stati quelli con l'imputato: si tratta però di indizi che non raggiungono il valore di prova certa, in assenza di riscontri incontrovertibili.

mazione del reato. Quando comunque — ecco la valvola di sicurezza tenuta ferma dal *Bundesgerichtshof* — lasci perplessi non la dinamica del comportamento, ma *quale* delle azioni in campo abbia effettivamente cagionato l'evento lesivo, la questione può restare insoluta, e contemporaneamente farsi uso di una particolare *species* dell' 'accertamento alternativo', l' 'alternatività di accadimenti' (*Tatsachenalternativität*) (160). Alla luce di quanto sopra il BGH ha condannato il reo ad un anno e sei mesi, sospendendo la pena, per il delitto consumato di lesioni pericolose, venuta meno la contestazione del tentativo grazie all'operazione di 'assorbimento' condotta mediante la tecnica dell'accertamento alternativo (161).

13. — Anche la fase successiva al presunto comportamento contagiante crea qualche problema. Individuato l'evento e la causa sospetta, la verifica in ordine alla sua qualificabilità come 'condizione conforme ad una legge di copertura' deve tener conto di un arco temporale che abbracci i fattori causali antecedenti e susseguenti alla condotta a rischio. Ciò in quanto fonti d'infezione più virulente potrebbero essere le reali artefici del contagio, pur essendo intervenute in un momento cronologicamente vicino alla scoperta della malattia e magari precedute da azioni maggiormente pericolose. La variabilità del periodo d'incubazione, unitamente alla registrabilità da parte dell'attuale metodo diagnostico della presenza di anticorpi, non del *come* e del *quando* dell'infezione, costituiscono fattori di disturbo aggiuntivi.

Supponendo inoltre *sicura* la causa, egualmente non andrebbe trascurato detto periodo e persino quello successivo, in quanto comportamenti potenzialmente contagianti influiscono sull'evoluzione del male, accelerandone la progressione negativa. L'aggravamento delle condizioni di salute, il decesso risulterebbero 'favoriti' dall'esposizione (volontaria o non) del soggetto passivo al pericolo rappresentato da uno stile di vita non consono.

(160) Sulla *Wahlfeststellung*, per tutti, SCHMOLLER, *Alternative Tatsachenaufklärung im Strafrecht. Wahlfeststellungen, Stufenverhältnisse, «Freispruch zweiter Klasse»*, 1986; WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987.

(161) BGH 12.1.1989 (nota 48), 130; cfr. inoltre BGH 5.9.1989, *NStZ* 1989, 573 s., per un caso di *Wahlfeststellung* tra dolo di lesioni e dolo di omicidio (anche in *JA* 1990, 136, con nota critica di SONNEN).

I riflessi processuali non sono di poco conto.

a) La componente, per così dire, plasmabile dell'evento determina una 'fluidità' della contestazione del reato: aggiustamenti 'in itinere' del capo d'imputazione in linea con le modifiche legate al corso della malattia sono possibili durante le fasi del procedimento, beninteso nel solco delle garanzie predisposte dal codice. Così per il passaggio dal tentativo al delitto consumato, e/o alla lesione grave o gravissima, fino all'omicidio.

Meno scontata l'evenienza con un giudicato formato, come ad esempio quando il sieropositivo sia stato condannato con sentenza irrevocabile per lesioni volontarie e successivamente il contagiato muoia.

Il sottoporre l'autore del contagio ad un secondo procedimento (per omicidio) è condizionato all'operatività o meno in simili circostanze (progressione *in peius*) della garanzia del *ne bis in idem*.

La regolamentazione del principio si trova espressa nell'art. 649 c.p.p. (« Divieto di un secondo giudizio »), la cui formulazione ricalca *in toto* l'art. 90 del codice di procedura penale precedente. Il rinvio interpretativo diventa pertanto quanto mai appropriato e legittimo (162).

Il *ne bis in idem* scatta di fronte al « procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze ». La dizione codicistica non è esente da ambiguità, specie per il riferimento al 'fatto'. Esso va inteso come sinonimo di condotta, o sta viceversa a significare la globalità dell'accadimento, comprendente cioè l'azione (o omissione), l'evento e il nesso causale? La giurisprudenza adotta solitamente la versione estensiva del concetto, sicché il divieto del doppio procedimento è ritenuto inoperante nel concorso formale, appunto per la diversità dell'evento, conclusione condivisa dalla dottrina per tale istituto, pur se con motivazioni (in parte) divergenti (163).

In relazione al reato progressivo è da vedere se la nozione onnicomprensiva di fatto sia valida, o subisca una correzione (in

(162) Cfr. CONSO-GREVI, *Prolegomeni a un commentario breve al Nuovo Codice Di Procedura Penale*, 1990, 543.

(163) Cfr. CONSO-GREVI, *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, 1987, 366 s., e ivi bibliografia.

senso restrittivo); se comunque la fattispecie rientri nella subcategoria normativa del 'fatto diverso per grado'.

La *communis opinio* è per l'applicabilità del divieto (164), la giurisprudenza, a partire dagli anni '80, per la tesi opposta (165). Il fulcro della discordia, alimentato dal paradigma classico della condanna per lesioni seguita da morte dell'offeso, ruota intorno alle tematiche evidenziate.

Ci sembra meritevole di accoglimento l'indirizzo dottrinario. Nell'AIDS siamo in presenza di un'unica azione (il comportamento sessuale) che ha un unico effetto, il contagio. Sul piano naturalistico, per le caratteristiche insite nell'infezione, la lenta evoluzione determina eventi differenti, fino alla morte. La maggior parte di essi è riconducibile senza sforzo alla situazione prevista dell'art. 649 c.p.p. (art. 90 c.p.p.), come fatti diversi esclusivamente quanto alle circostanze: l'aggravamento del male comporta infatti la sussunzione del reato di lesioni (semplici) nel modello dell'art. 583 c.p., per la sussistenza di uno o più aggravanti. Nelle ipotesi residuali il *ne bis in idem* discende da altre ragioni: *in primis*, la riferibilità del « fatto » *in hac materia* alla sua accezione storica, non pregiudicata dall'inquadramento giuridico; insomma, alla condotta come pura materialità dell'accadimento. In secondo luogo, specialmente per quanto concerne il rapporto lesioni-morte, la loro divergenza è di tipo *gradualistico*. La conclusione può apparire arbitraria, poiché fenomenologicamente la morte è un *quid novi* rispetto alla lesione, un evento distinto nella *species* anziché nel *quantum*. Tuttavia l'obiezione trova un limite nei casi in cui (l'AIDS è tra questi) l'azione produca un fenomeno *in fieri*, una serie di avvenimenti concatenati. La morte non risulta perciò 'scollegata' con la precedente lesione, ma al contrario strettamente connessa in una sorta di *con-*

(164) Per tutti, CORDERO, *Procedura Penale*, 7. ed., 1983, 1058 ss.

(165) Il vecchio orientamento della Cassazione era infatti favorevole all'applicazione dell'art. 90 c.p.p. Con la sentenza 27.6.1979 (RIDPP 1981, 1236) la Corte ha cambiato parere, successivamente confermando il nuovo corso (cfr. Cass. 24.1.1984, RP 1985, 196; Cass. 7.2.1984, RP 1985, 823; Cass. 8.5.1987, RIDPP 1990, 1626ss., con nota contraria di BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*).

Per una critica degli argomenti addotti dai giudici di legittimità, LOZZI, *Reato progressivo e «ne bis in idem»*, RIDPP 1981, 1236 ss.

tinuum temporale; la sua qualificazione è esattamente esprimibile come *posterius*.

Se dunque il risultato del comportamento non si è mai esaurito, non è mai stato *definitivo*, si può parlare di *grado superiore* dello stesso fatto: procedere per l'evento-morte equivarrebbe ad aprire un procedimento per un reato già giudicato nel *minus*, violando il disposto dell'art. 649 c.p.p. (166).

b) Il forte distacco temporale tra l'azione contagiante e l'evento finale crea apparentemente una situazione di attrito in merito alla prescrizione. Si allude cioè alla messa in moto dell'apparato giudiziario e soprattutto al raggiungimento della decisione irrevocabile a reato prescritto.

Il pericolo, tuttavia, è infondato.

Nel nostro ordinamento il « termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione » (art. 158 c. 1 c.p.); nei reati d'evento la consumazione si verifica all'atto della produzione dell'evento tipizzato nella fattispecie legale.

Proprio con l'obiettivo di ricucire lo scollamento tra la rispondenza dell'accadimento naturalistico al *Tatbestand* e l'esaurimento degli effetti connessi si è introdotta in letteratura la distinzione tra « perfezione » e « consumazione », indicando rispettivamente l'esistenza dei requisiti del fatto tipico ed il raggiungimento da parte del reato perfetto della sua « *massima gravità concreta* » (167). Appli-

(166) La dottrina tedesca propende per l'applicabilità del *ne bis in idem* nel reato progressivo (da tenere presente però che nello *StPO* non esistono disposizioni precise, equiparabili al nostro articolo, ed il canone viene fatto discendere dall'art. 103 c. 3 della Costituzione). *Contra* ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 20^a ed., 1987, 317; ID., *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, *Festschrift für Gallas*, 1973, 253 s. (con riguardo all'inaammissibilità dell'*exceptio rei iudicatae* nei *Folgeschäden*, seguito da SILVA-SANCHEZ, *Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgeintritts*, *GA* 1990, 217 s.

Specificamente per l'AIDS, DANTI-JUAN, cit. (nota 146), 637 s.; SCHLEHOFER, cit. (nota 74), 2023 s., in polemica con SCHÜNEMANN, *Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung*, in *Die Rechtsprobleme* (nota 18), 484 s., avendo quest'ultimo espresso il timore di una caduta di garanzia con l'apertura alla doppia procedibilità (per lesioni e morte).

(167) Così MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2^a ed., 1988, 405 s. (corsivo nell'originale); cfr. inoltre PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., 1987, 511 s.; ALBERTINI, *La consumazione del reato di lesione personale colposa nella giurisprudenza sulle malattie professionali*, *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, 601 s.

cando l'enunciato al contagio da AIDS, la consumazione sarebbe spostata alla fase di *stabilizzazione* (vale a dire l'arresto dell'evoluzione) del male, tornando quindi di notevole utilità.

A prescindere dall'esattezza della separazione (168), si perviene ad identiche conclusioni adoperando la terminologia (e la sistematica) abituale. Il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione parte dall'estrinsecazione dell'evento, e cioè, data la 'fluttuazione', soltanto una volta 'stabilizzato'. Salvo quanto detto circa il giudicato antecedente, il termine *finale* dell' 'assestamento' dell'evento coinciderà pertanto con il termine *iniziale* della prescrizione, vanificando le preoccupazioni di un intervento giurisdizionale inefficace o 'col fiato alla gola' perché condotto nei confronti di un illecito prescritto o 'semiprescritto'.

Al contrario, non sembrano immotivati i timori in relazione al tentativo, dandone per scontata l'applicazione, tutta invece da dimostrare: mancando l'evento, la prescrizione decorre « dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole » (art. 158 c. 1 c.p.), vale a dire l'azione contagiante. Quindi da un momento spesso cronologicamente remoto dalla 'scoperta' che attiva il procedimento penale. Così quando la malattia si sia esternata a distanza di anni, ma non si sia contemporaneamente raggiunta la prova del contagio, ripiegandosi pertanto sull'incriminazione per tentate lesioni. Non a caso la struttura del delitto tentato viene distortamente impiegata nella dottrina d'oltralpe per aggirare le difficoltà provenienti dalla dimostrazione del nesso causale.

14. — Tornando agli aspetti sostanziali, la questione si complica sotto il profilo dell'interruzione del nesso causale, assunto in veste naturalistica.

La scienza non è ancora riuscita a chiarire, infatti, i meccanismi che danno luogo al deterioramento del quadro clinico del paziente. Le congetture esposte (tra le quali la contemporanea insor-

(168) Criticamente PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, 1982, 162 ss.; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 2ª ed., 1989, 333 nota 1: « nella pretesa differenziazione dei due predetti concetti si annida un equivoco: si confonde cioè il profilo della integrazione della fattispecie con quello della valutazione della gravità dell'offesa, giudizio quest'ultimo rilevante in sede di dosimetria della pena ex art. 133 ».

genza di infezioni debilitative dell'organismo, per cui la malattia non incontrerebbe ostacoli nell'avanzata) non sono certo immuni da smentite. È insomma impossibile stabilire quale condotta (o comunque la sua percentuale di 'cooperazione') abbia effettivamente cagionato l'evento finale. I riflessi sistematici sono evidenti: è in ballo il secondo comma dell'art. 41 c.p., dovendosi accertare se le cause sopravvenute « sono state da sole sufficienti a determinare l'evento ». Non si può negare *a priori* che la comparsa dei sintomi acuti del male (o il decesso) siano da ricondurre al successivo rapporto sessuale rischioso della vittima col terzo sieropositivo e che dunque senza detto atto l'infezione sarebbe rimasta confinata entro sponde tranquillizzanti. Di più: poiché evidentemente la persona contagiata non è 'ricontagiabile', il comportamento sessuale dell'ipotetico terzo che *successivamente* ponesse in pericolo (anche *intenzionalmente*) la salute della persona offesa sfuggirebbe all'intervento penale; di esso potrebbe certificarsi l'*idoneità astratta* al contagio, ma dovrebbe ammettersi l'*impossibilità concreta* di trasmettere l'infezione (169), stante l'indimostrabilità dell'influenza posseduta.

Alla luce di un orientamento statico quanto consolidato, per la giurisprudenza queste cause sopravvenute non fanno breccia nel muro della causalità per la loro insufficienza a cagionare l'evento. Costituendo il normale sviluppo della situazione precedente, non raggiungono i parametri dell'*eccezionalità* ed *atipicità*, gli unici validi ai fini dell'interruzione (170). Né la sperequazione tra le conseguenze penali cui verrebbe esposto il primo soggetto di fronte alla impunità del secondo garantiscono circa la capacità di scuotere la magistratura e di invogliarla all'uso di criteri alternativi, visto che il canone dell'*eccezionalità* ha incontrato fortuna proprio per la va-

(169) Mancando un istituto analogo al tentativo inidoneo dello *StGB*, il fatto rientrerebbe nel reato impossibile (art. 49 c. 2 c.p.).

(170) La massima-guida della Cassazione, secondo la quale causa interruttiva è quella che « agisce per esclusiva forza propria nella produzione dell'evento, sicché la condotta dell'imputato, pur costituendo un antecedente necessario per l'efficacia della causa sopravvenuta, ha, rispetto all'evento, non il ruolo di fattore causale, ma quello di semplice occasione » (Cass. 17.4.1979, *RP* 1980, 188), permette di non interrompere il rapporto di causalità intervenendo il comportamento illecito del terzo (cfr. C. App. Bologna 11.6.1986, *RP* 1986, 973).

ghezza e dunque per l'adattabilità e plasmabilità al caso concreto (171).

Senonché la problematica non è liquidabile in poche battute. L'errore di fondo nell'interpretazione dell'art. 41 c. 2 c.p. è, a nostro avviso, la commistione tra il piano d'indagine naturalistico con quello teleologico. In sostanza la norma viene letta in chiave 'ontologica', impiegando un metodo *funzionalistico* (grazie al requisito dell'eccezionalità). La difettosa separazione delle direttrici di ricerca è però fonte di equivoci: l'interruzione del nesso causale come concetto scientificamente valido si riduce in verità alle ipotesi in cui il fattore sopravvenuto inneschi una nuova spirale causale, sicché l'enunciato normativo appare superfluo, mentre acquista spessore autonomo mediante il ricorso allo strumento dell'imputazione oggettiva, cioè delle condizioni di attribuibilità dell'evento all'autore (172).

Quali siano tali condizioni non è possibile indicarlo nel corso della presente indagine: ma sicuramente non è equiparabile alla condotta causalmente diretta al risultato il verificarsi del medesimo effetto attraverso il contributo di forze mediate. Segnatamente, quando l'intervento dell'anello intermedio della catena, che rende tecnicamente realizzabile l'esito finale, appartenga alla scelta libera di un individuo pienamente capace. Abbiamo spesso ricordato il *topos* dello scopo di protezione; al di là di sovrabbondanze concettuali o di una sua esatta specificazione nella prevedibilità e dominabilità, la non imputazione di eventi, realizzati con il contributo rilevante di forze estranee all'opera dell'agente, risponde a motivi logici: il precetto normativo viene trasgredito, ed il comando eluso, quando l'evento tipico sia *causato* grazie al 'potere di controllo' esercitato dal soggetto attivo. Sul versante politico-criminale non è plausibile la comparazione con gruppi di situazioni in cui la produzione del fenomeno è meccanicamente riconducibile all'autore, ma sfugge alla sua dominabilità. In un sistema che nonostante tutto si mantiene fedele al disvalore d'evento, e dunque al primato del bene giuridico (173), la spiegazione del trattamento divergente trova così un appiglio dommatico.

(171) Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, 1987, 346.

(172) Per lo sviluppo della tesi, CASTALDO, cit. (nota 130), 14 ss., 86 s.

(173) Si veda MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

15. — Da non confondere con quanto detto il problema della realizzazione dell'evento a distanza di anni, senza però intervento di cause esterne, in forza dell'originario apporto causale. Evenienza piuttosto concreta, visto che l'AIDS si sviluppa in un arco di tempo considerevole (fino a dieci anni).

Fermo restando gli intoppi disseminati nell'accertamento del nesso causale, l'imputazione dell'evento è ammissibile, poiché l'effetto dell'azione originaria non si è mai esaurito, ed ha prodotto lentamente — *in fieri* — il risultato.

La distanza temporale dell'evento dalla causa non ci sembra, con riferimento all'AIDS, nemmeno pertinente agli effetti della commisurazione della pena, come indice di un minore *Unrechtsgehalt* (174). Non si può negare che talvolta lo slittamento dello evento denoti un'affievolita potenzialità offensiva dell'azione aggressiva (esempio: una ferita che sfiori un organo vitale, determinando un indebolimento progressivo che conduce dopo anni alla morte, è certamente — *ex ante* — meno pericolosa del colpo d'arma da fuoco in direzione del cuore, responsabile del decesso istantaneo). Senonché la realizzazione dell'evento (come collocazione temporale) è una variabile dipendente da numerose combinazioni (la costituzione fisica della vittima, il trattamento terapeutico, l'osservanza scrupolosa delle indicazioni mediche, il tenore di vita), tali da non legittimare la creazione di uno standard. Meno che mai per l'AIDS, dove il rapporto regola-eccezione si inverte: la sopravvenienza, immediata o dopo anni, del morbo non è minimamente influenzata dal comportamento di base, identico nella carica aggressiva o addirittura inoffensivo (non contagiante).

Per chiudere il discorso sul nesso causale: la dottrina mette in luce l'inopportunità di seguire la strada dell'accertamento del legame eziologico non solo per i relativi disagi pressoché insormontabili, ma anche perché, dovendosi seguire l'evoluzione della malattia nella vittima allo scopo di fissare l'imputazione (eventualmente modificando l'originaria contestazione) e ciò richiedendo tempo, si rischia di procedere penalmente nei confronti del contagiante quando sia ormai gravemente colpito dal male, non in grado di

(174) È l'argomentazione di fondo di SILVA-SANCHEZ, cit. (nota 166), 212 ss. Inoltre, CASTALDO, cit. (nota 130), 238 s.

difendersi o di comprendere il 'messaggio' affidato alla condanna. Condanna, se a pena detentiva, del resto impossibile a scontare per le precarie condizioni di salute (175).

Il rilievo si aggancia ad una valutazione di opportunità. Sia consentito lasciare per il momento impregiudicato il punto. La risposta presuppone infatti che risulti chiaro lo strumentario penale a disposizione e la capacità complessiva da parte dell'organizzazione giudiziaria di attivarlo.

I costi ed i benefici dell'abbandono del nesso causale sono perciò, in una visuale ampia, i vantaggi e gli svantaggi di una nuova fattispecie di pericolo, ed è lì che andranno soppesati.

(175) Cfr. EBERBACH, cit. (nota 78), 13; BOTKE, cit. (nota 77), 180; DANTI-JUAN, cit. (nota 146), 639.

CAPITOLO SECONDO

IL RISCHIO 'GIURIDICAMENTE RILEVANTE'

SOMMARIO: I. La componente oggettiva e soggettiva del *Tatbestand* come fattore acquisito della sistematica contemporanea. — II. Il rischio 'significativo' quale presupposto della sussistenza del fatto tipico. Alcuni esempi. La sua 'personalizzazione'. — 1. La valutazione differenziata del rischio in base all'elemento psicologico. — 2. La concretizzazione del concetto. Il sintagma 'utilità sociale' e la chiave di decifrazione. — 3. Il condizionamento incrociato degli elementi costitutivi. — 4. La correzione del giudizio in presenza di offese intenzionali. Soluzione dei casi prospettati. — III. L'ambito dell'*erlaubtes Risiko* e le modalità diffusive dell'AIDS: a) le fonti 'minori' di contagio; b) AIDS-carrier e procreazione naturale o artificiale: responsabilità eventuale della coppia o del medico; c) attività sessuali e pericoli connessi. Il dato statistico... d) e quello sociale. — IV. La combinazione binata sesso sicuro/non sicuro come discriminante della irrilevanza/rilevanza del rischio.

I. — « Il reato è un fatto (umano), antigiuridico e colpevole. Ne deriva, se la premessa è esatta, che lo studio del reato può ripartirsi in tre indagini distinte: una dedicata al reato come ente di fatto, la seconda all'antigiuridicità, la terza alla colpevolezza » (176). In questo celebre 'attacco' dell'opera è racchiusa la professione di fede verso un sistema 'classico', formalizzato, nel quale elemento oggettivo e soggettivo trovano le rispettive sedi all'interno dell'*Unrecht* e della colpevolezza (177).

L'insegnamento ha retto all'usura del tempo e delle mode; la teoria della tripartizione, nel nucleo concettuale, rappresenta una costruzione solida nel panorama della letteratura penalistica. Al contrario, la tipicità si è arricchita in seguito di nuovi contenuti: dolo e colpa, anticipati nel *Tatbestand*, si spogliano di connotazioni esclusivamente psicologizzanti, bilanciando in prospettiva 'nor-

(176) DELITALA, *Il « fatto » nella teoria generale del reato*, 1930, ora in *Diritto Penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, 11.

(177) Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

mativa' il dogma della causalità. Il merito indiscusso della rivitalizzazione del fatto è da ascrivere al finalismo, con la correlata sistematizzazione del *personales Unrecht*, mentre la consapevolezza dell'interpretazione delle categorie del reato secondo giudizi di valore spetta al 'funzionalismo' (178).

Dopo aver esaminato l'evento e il nesso causale, resta così da trattare, nell'ambito del fatto, l'azione (non *sic et simpliciter* ma) *dolosa* (la preferenza accordata al dolo, senza peraltro rinunciare ai profili di responsabilità colposa, discende dalla moltitudine di problemi che si affaccia in questo settore, come dimostrano le sentenze d'oltralpe occupatesi del punto).

Tale 'colorazione' dell'azione, che perde il carattere neutrale assegnatole dalla scuola di pensiero tradizionale, spiega il perché della posposizione nello studio della tipicità: dovendosi definire contenuto ed oggetto del dolo, nonché la sua fisionomia specifica nella prospettiva in esame, pareva indispensabile una ricognizione preliminare sui profili del risultato lesivo e del rapporto di causalità. Ovvio peraltro che la rigida schematizzazione dei momenti d'indagine è ammissibile soltanto sulla carta; nella mente dell'operatore del diritto il processo logico segue modalità di sintesi e di intersecazione.

Per valutare dunque il comportamento di A che contagi B dopo un rapporto sessuale insicuro occorre partire dall'atteggiamento psicologico dell'agente. La gamma potenziale è molto estesa: dal confine superiore del comportamento posto in essere 'al fine di' si passa al limite inferiore dell'accettazione dell'evento non preso di mira. La terminologia giuridica è solita distinguere in dolo specifico e dolo eventuale.

Senonché lo studio del dolo nel fatto tipico non si esaurisce nelle circostanze indicate, di per sé già nebulose, ma risulta ulteriormente complicato dall'intreccio con la dimensione *oggettiva* del *Tatbestand*. E cioè: la sussistenza del tipo è garantita dalla mera essenza 'ontologica' della triade azione dolosa, causalità, evento, o è subordinata — in aggiunta — alla previa verifica della crea-

(178) Per un riepilogo della storia (recente) del pensiero giuridico, cfr. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, a cura di SCHÜNEMANN, 1984, 18 ss.; CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, RIDPP 1987, 883 ss.

zione di un pericolo ritenuto 'significativo' dall'ordinamento giuridico? Per chiarire immediatamente con un celebre quanto abusato esempio: risponde di omicidio volontario chi vuole l'evento e lo cagiona servendosi di mezzi assolutamente leciti (A spinge B a recarsi nel bosco mentre infuria il temporale, nella speranza — ripagata — che sia colpito dal fulmine) (179)?

Si badi: qui non sono in gioco le modalità con cui si perviene al risultato (indifferenti, essendo il reato a decorso causale libero), ma il rischio di realizzazione insito nella loro scelta. In altre parole, è necessario studiare se restino fuori dall'area penale condotte dotate di un coefficiente di pericolosità irrilevante.

II. — L'emersione della problematica è senza dubbio recente, almeno nell'impostazione moderna, e sul versante doloso. Nello ambito del reato colposo, sotto le vesti del rischio consentito o dell'adeguatezza sociale, una ricca tradizione di pensiero aveva costantemente sottolineato l'appartenenza di molti eventi lesivi all'*allgemeines Lebensrisiko*, ad una sorta di ineluttabile destino preventivamente messo in conto dal legislatore per arginare la dilatazione della responsabilità.

La teoria dell'imputazione oggettiva ha oggi definitivamente preso piede nella dottrina tedesca ed italiana. Per l'appunto però nella *sedes naturalis*, l'illecito colposo, dove il fine perseguito (la selezione *teleologica* degli avvenimenti naturalisticamente riconducibili all'agente) non appare un elemento di grosso disturbo nella economia del *Tatbestand*, essendo assente la *volontà* di porsi contro l'ordinamento giuridico. Ma la creazione di un pericolo giuridicamente disapprovato, requisito cardine della *objektive Zurechnung* nella colpa, è in grado di funzionare nel fatto doloso?

Una qualsiasi risposta non può che formularsi in base a considerazioni politico-criminali, mediante giudizi normativo-funzionali, che si servono (come spunto) delle leggi dell'essere, senza restarne condizionati. Se torniamo per un attimo all'esemplificazione welzeliana, è sintomatico notare come la dottrina neghi decisamente la responsabilità per omicidio. Il dilemma è se per la mancanza del dolo o del pericolo rilevante, insomma se per un requi-

(179) Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, 66.

sito soggettivo e oggettivo di fattispecie. La questione non ha sapore scolastico, perché, secondo la scelta pratica, la ricostruzione del tipo si orienta in una direzione psicologica o (parzialmente) spersonalizzata, per certi versi più agevole, recuperando in quest'ultimo caso nel rischio giuridicamente rilevante l'*Oberbegriff* della fattispecie dolosa e colposa (180).

L'unitarietà della soluzione prospettata, seppure con diversità di vedute, non è da sottovalutare. Essa indica che non è avvertita l'esigenza della punizione. Sul piano sistematico deriva perciò da questa unità di traguardi la preferenza verso quella strada meglio armonizzantesi con l'assunto finale. Altrettanto indubbio che le argomentazioni di stampo soggettivo, tendenti ad escludere il dolo, risultano poco convincenti. La volontà di realizzare l'evento è fuori discussione, ed il nesso di causalità è abbracciato nella rappresentazione dell'accadimento da parte dell'autore. Tant'è vero che ha buon gioco Roxin (181), criticando l'affermazione di Armin Kaufmann secondo la quale verrebbe meno il dolo per l'inesistenza di un « giudizio di adeguatezza psicologicamente realizzato » (182), nel denunciare come in definitiva il giudizio di adeguatezza si regga sul presupposto dell'irrelevanza oggettiva del pericolo creato.

Tiriamo allora una prima, sommaria conclusione: se si parte dall'idea che il 'volere' l'offesa non comporti automaticamente l'attribuzione dell'evento all'autore, la spiegazione più congeniale dello scarto tra volontà ed imputazione si rinviene nella cornice oggettiva anziché nel momento intellettuale o volitivo.

E questa spiegazione risale all'inutilità di perseguire penalmente la messa in opera di rischi non 'significativi' (giuridicamente irrilevanti). Prima di analizzare in dettaglio il concetto, è opportuno illustrare la tematica mediante alcuni esempi, generali e specifici per l'AIDS.

(180) Così WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingung*, in *Grundfragen* (nota 178), 106.

(181) ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, Relazione al Seminario di Napoli (1-3/10/1987) su « Prospettive attuali di teoria generale del reato: il diritto penale tra dommatica e politica criminale », 5 (dattiloscritto).

(182) ARMIN KAUFMANN, « Objektive Zurechnung » beim Vorsatzdelikt?, *Festschrift für Jescheck*, 1985, I, 266.

Generali: 1) il medico vuole 'dare una lezione' al paziente, che lo infastidisce continuamente con richieste di medicinali; gli prescrive così una cura di cui questi ha effettivamente bisogno, confidando negli effetti collaterali piuttosto rari del farmaco, i quali si verificano secondo i desiderata; 2) la donna delle pulizie lucida con particolare zelo il pavimento di casa, compito affidatole dall'anziana proprietaria dell'appartamento, sperando che la stessa scivoli, cosa che puntualmente avviene.

Specifici: 1) la prostituta, pur sapendo della propria contagiosità, continua ad esercitare la professione, e, per non perdere la 'competitività' sul mercato, accetta rapporti sessuali non protetti, nella consapevolezza del rischio della trasmissione dell'*Hiv* (variante: la prostituta, per un sentimento di livore maturato verso la società, osserva un tale comportamento con l'intenzione precisa di contagiare altri); 2) il sieropositivo, venuto a conoscenza del suo stato, non interrompe la relazione con il partner, ma si premunisce usando le dovute precauzioni, pur conoscendo la non totale eliminazione del pericolo di contagio, 'messo in conto' (variante: il sieropositivo ha un rapporto sessuale protetto con il partner, volendo il contagio, né può agire in modo diverso — più pericoloso — data la resistenza di costui a prestazioni non rientranti nel *safer sex*).

Diciamo subito che problemi reali non sorgono nell'ambito della colpa: a nessuno verrebbe in mente di rimproverare la violazione di una regola cautelare alla donna delle pulizie o al medico (183). E una negligenza, imprudenza, imperizia sarebbe impossibile da rintracciare perché i soggetti attivi si sono mantenuti nell'alveo del rischio consentito, predelimitato *ex ante*.

Naturalmente la valutazione è in origine *spersonalizzata*, ma immediatamente corretta *in concreto* e tarata sulle conoscenze del singolo. Così se la padrona di casa aveva raccomandato alla solerte cameriera di non passare la cera sentendosi in quei giorni malferma sulle gambe, o qualora il paziente nell'anamnesi avesse puntualizzato l'ipersensibilità a medicinali simili, il giudizio cambierebbe: la negligenza, o la grossolana imperizia emergerebbero dal sostanziale incremento del pericolo di verificazione dell'evento. Il che conferma il parallelismo tra rilevanza del rischio e regola cautelare.

(183) Ambiguità si registrano per il caso della prostituta.

1. — Nell'illecito doloso la significatività del rischio è, ovviamente, su base statistica, inalterata; non perché l'evento sia voluto o 'accarezzato' si ottiene uno spostamento dell'indice di probabilità. L'argomento è senz'altro esatto. Purtroppo però non risolutivo, poiché il parametro alla stregua del quale va decisa la rilevanza è di natura squisitamente 'normativa', cosicché il fattore quantitativo potrebbe cedere il passo ad un *topos* differente, stante la gravità del disvalore dell'azione. In altri termini, lo spostamento dell'equilibrio tra disvalore d'azione e d'evento nel reato doloso (nel senso dell'accentuazione del primo) avrebbe come effetto l'imputazione di lesioni dal basso coefficiente di realizzazione. Il vero ostacolo all'accoglimento integrale della nozione unitaria di rischio 'significativo' riposa infatti sull'istintiva ribellione al perché debba 'farla franca' chi ha voluto l'offesa (184).

Si consideri la seguente situazione: il tiratore scelto si apposta per uccidere la vittima designata con un colpo di fucile; causa le pessime condizioni atmosferiche, la vetustà dell'arma, la lontananza del bersaglio ed il suo movimento, le probabilità di andare a segno sono esigue; nonostante ciò l'individuo viene colpito mortalmente. Il rischio è dunque statisticamente basso; una ripetizione dell'azione molto probabilmente non sortirebbe effetti; nondimeno, non si vede perché lo si dovrebbe qualificare come irrilevante e 'premiare' l'assassino.

È tempo allora di fornire una chiave di lettura che si sforzi di prospettare una soluzione fondata dommaticamente e convincente nelle implicazioni politico-criminali.

Le tappe obbligate sono, a nostro avviso, la concretizzazione del rischio 'giuridicamente rilevante' e la correzione nel reato doloso.

2. — Quando si parla di rischio giuridicamente rilevante (o significativo) si fa riferimento ad una condotta che per le modalità di realizzo implica un elevato coefficiente di produzione di risultati

(184) Si veda MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, 1988, 217: «Nessuno però è riuscito a dimostrare che il livello di rischio adeguato ad una condotta non diretta alla produzione dell'offesa sia accettabile anche per quelle attività che sono realizzate programmaticamente per compiere un danno o porre in pericolo il bene tutelato».

‘sgraditi’ all’ordinamento. La decisione sull’indice di gradimento è frutto di un’analisi statistica, proveniente da massime d’esperienza o acquisizioni scientifiche, utilizzate dal legislatore. Il superamento di una certa soglia, ossia l’osservazione (empirica o simulata mediante tecniche ‘di laboratorio’) della ricorrente associazione di un fenomeno con altri fenomeni dannosi, determina preoccupazione e la necessità di tenere sotto controllo il tutto.

La *frequenza* non è però l’unico parametro. In funzione bilanciante interviene l’*utilità sociale* dell’azione dante-causa. È intuitivo che la condotta è guardata con maggior favore (cioè il tasso di tollerabilità è elevato) se è socialmente utile. Per il principio logico di non contraddizione lo Stato non può perseguire una politica repressiva di attività varie, laddove se ne serve per il raggiungimento di obiettivi generali. L’energia nucleare è utile; al tempo stesso rischiosa (dall’attività possono scaturire danni); ma non si può vietarla senza rinunciare ad un programma di sviluppo.

Come si nota, la condotta in sé non è pericolosa; è il collegamento con l’evento a renderla tale e poiché al legislatore interessa l’effetto finale è costretto a rivalersi sulla causa. In ciò risiede la difficoltà della manovra legislativa: non si tratta di far fronte ad un *quid* realmente verificatosi, ma di agire a monte sull’*antedecedens*, immaginando quali esiti deriverebbero da esso se non fosse neutralizzato.

Naturalmente, il concetto di utilità è un ‘sistema’ comprensivo all’interno di molteplici variabili. Parlare di utilità resta perciò vago se non si precisa il metro di giudizio. Il punto è solitamente trascurato; in questa sede è possibile soltanto un accenno sommario.

L’utilità è l’idoneità reale o presunta, ossia oggettiva o ritenuta dal soggetto, di una cosa a soddisfare un bisogno; a sua volta il bisogno è definibile, in una terminologia elementare, come lo stato di disagio che spinge l’individuo a procacciarsi il mezzo per far cessare o prevenire la sensazione dolorosa accompagnata alla sensazione di scontento. Queste nozioni di microeconomia, volutamente generiche, spiegano che l’utilità non è fissa, ma oscilla tra minimi e massimi secondo il periodo storico. Le scelte di un preciso momento conducono a ritenere prioritario un traguardo realizzabile mediante quella specifica attività, magari successivamente accantonato per l’obsolescenza tecnologica del programma o per la politica differenziata dei gruppi al potere.

Prima conseguenza: l'utilità sociale è (*cronologicamente e personalmente*) *relativa*.

L'utilità non è sinonimo di indispensabilità: poiché le opzioni (soggettive e collegiali) si orientano sulla nota formula del tornaconto individuale, il pericolo associato all'attività utile fa scemare proporzionalmente l'intensità del bisogno collegato. Nella scala dei valori diminuisce psicologicamente lo scontento per il mancato conseguimento di un bene se si sa che comporta incrinature della sicurezza sociale.

Seconda conseguenza: l'utilità rispetta la *legge del minimo mezzo* (cioè, l'allettabilità della realizzazione di un fine cresce quanto minore è il sacrificio per ottenerla).

Strettamente collegati, inoltre, i coefficienti della *surrogabilità*, dell'*economicità* e della *differibilità* dell'attività. Risulta più gradita una condotta dai costi non elevati; d'altra parte la sostituibilità con mezzi meno pericolosi o la possibilità di procrastinarla nel futuro data la non urgenza influenzano in maniera lapalissiana il giudizio.

Terza conseguenza: l'utilità è (globalmente) *opportunità condizionata*.

Dall'analisi svolta esce fuori un diverso rapporto tra utilità sociale e pericolosità della condotta: mentre infatti si è soliti spiegare la loro contiguità in senso *monodirezionale* (l'utilità influenza la pericolosità, consentendo di accettare l'incidenza statistica della produzione di danni), il condizionamento è viceversa reciproco (non soltanto l'*utilità elevata* permette di 'giustificare' il rischio della condotta, ma anche il *rischio elevato* incide sull'utilità, diminuendone il grado di ofelimità).

Quarta conseguenza: *legge di reciprocità tra utilità e pericolosità*.

Accanto alla frequenza e all'utilità, un terzo parametro concorre a definire l'ambito del rischio giuridicamente rilevante. Il timore di effetti nocivi spinge i centri del controllo sociale a considerare congiuntamente al numero probabile di lesioni producibili il *tipo* delle stesse. Che da una specifica attività (utile) derivino statisticamente numerosi 'incidenti' di poco conto ha un peso equivalente o forse minore di un unico effetto di ragguardevole intensità. È difficile infatti far passare sotto silenzio il rischio di un danno di proporzioni notevoli seppure di rara verifica.

Ricapitolando, l'area dei rischi tollerati è formata dalla simultanea rilevazione mediante tre 'sensori': la *quantità*, l'*utilità*, la *qua-*

lità (come *gravità*) (185). Si noti che il primo e l'ultimo hanno come referente l'effetto e un fondamento *naturalistico* (*empirico*); il secondo concerne la *causa* e si orienta su basi *normative*. Invero la quantità e la gravità riguardano il numero e la *species* delle offese, mentre l'utilità sociale riflette *valutazioni* sociopolitiche inerenti al comportamento sospettato di produrre guasti al sistema.

3. — E questa una (non l'unica) ragione che complica le relazioni tra i fattori indicati. Essi appaiono strettamente connessi; in particolare, come accennato, l'utilità dipende dalla qualità e quantità. Chiaro invece che l'utilità — in sé considerata — non influenza le altre due grandezze, di ordine fisico e non valutativo.

Ritorniamo all'esempio del nucleare, per molti versi paradigmatico: abbiamo un'attività astrattamente utile, ma pericolosa per il

(185) Diffusamente sull'ultimo aspetto W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tabestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, 1983, 156 ss.

Si veda inoltre Grosso, cit. (nota 8), 8, dove si rimarca l'importanza della *gravità*.

Solo di riflesso emerge un ultimo fattore, la *diffusività* dell'attività. Certamente importante è la conoscenza dell'incidenza di un accadimento nella vita quotidiana, la sua ripetitività in larghi o definiti strati della popolazione, ma non ci sembra che il canone concorra alla definizione del rischio rilevante.

Un esempio può servire da chiarimento. Immaginiamo che studi medici evidenzino il pericolo di infezioni batteriche particolarmente accanite e resistenti, propagabili con rapidità, come effetto della pratica di tatuaggio. Ammettiamo inoltre che l'indagine 'teleologica' porti a scoprire una probabilità dell'insorgenza di dette infezioni statisticamente esigua e comunque la loro non eccessiva gravità a fronte di un'utilità sociale prossima allo zero della causa-tatuaggio. Ne conseguirà il riconoscimento della rilevanza del rischio, poiché i costi sono superiori ai benefici (inesistenti). Dobbiamo ritenere che la conclusione muti segno perché la pratica è scarsamente diffusa? Questo implicherebbe un'automatica cancellazione del diritto alla tutela di quanti subirebbero gli effetti della decisione lassista, sulla base di un giudizio fondato non sulla reale pericolosità della condotta, bensì sulla confinabilità in settori ridotti.

In verità il criterio della diffusività assume un ruolo nella fase successiva dell'eventuale creazione di una norma penale che incrimini l'attività ingenerante il rischio giuridicamente rilevante (per assurdo, il tatuaggio). È qui infatti che l'opportunità dello strumento repressivo va calcolata alla luce di svariati elementi, tra cui quello non secondario del prevedibile numero di azioni del genere nel corpo sociale. Un quoziente risicato potrebbe dunque legittimare il disinteresse del legislatore penale, senza cedere alla dichiarazione di principio dell'inadeguatezza sociale della condotta, e nel contempo far spostare l'attenzione su armi idonee per combattere il fenomeno. Evitando tra l'altro risultati scomodi come l'ineffettività della norma o la tabuizzazione e criminalizzazione di certune minoranze.

tipo di evento (incidente nucleare). Bassa invece la probabilità dello accadimento.

In dettaglio, ripercorrendo i passaggi in tema di concretizzazione dell'utilità, è facile accorgersi che l'impiego a fini pacifici del nucleare è contestato e dunque fortemente *relativizzata* è la sua necessità (la esperienza referendaria lo conferma); il nucleare è contemporaneamente indispensabile (nella misura dei risultati che tramite esso vengono garantiti), ma surrogabile attraverso fonti alternative (186). In estrema sintesi, nel bilanciamento tra *utilità* e *qualità* dell'effetto ha il sopravvento il secondo elemento, non presentandosi il primo particolarmente 'agguerrito'. La conseguenza è un notevole condizionamento alla libertà di esplicazione dell'attività, condizionamento che si traduce in una fitta ragnatela di norme preventive.

Stabilire il 'peso' di ciascun fattore e fornire indicazioni analitiche sulle scelte del legislatore sarebbe un *non-senso*; ove mai fosse possibile, si rivelerebbe comunque arbitrario decidere *una volta per tutte* quale consistenza possegga, esemplificando, la gravità dell'evento, o quale percentuale di rischio lasci scattare l'annullamento dell'utilità della condotta, e via dicendo. In poche parole, la valutazione finale è frutto di una delicata alchimia di processi contrapposti, di condizionamenti non dosabili con precisione scientifica; come ogni giudizio di merito, è controllabile il procedimento logico, nel senso della corretta utilizzazione delle categorie; una censura è pertanto esprimibile sul metodo, vale a dire sull'omissione o sulla scorretta utilizzazione di un dato, poco viceversa sulla preferenza accordata ad un elemento al posto di un altro.

Dal punto di vista teorico, peraltro, certamente è prospettabile una 'scala' semplificata: il gradino più basso è occupato dalle attività dal rischio prossimo allo zero e socialmente utili; qui non sussistono preoccupazioni di sorta, anzi la strategia adottata è nel segno di una politica di implementazione. Seguono quelle sempre non pericolose, ma 'indifferenti' in termini di utilità, per le quali si registra una linea di astensione (187). All'estremità opposta, anche come conseguenze, le attività pericolose e inutili o 'neutre'. Nel mezzo

(186) Sulla legislazione (ed i riflessi penali) in materia di energia nucleare, MUCCIARELLI, (voce) *Energia nucleare nel diritto penale*, DDP, 4ª ed., 1990, IV, 240 ss.

(187) Così vanno integrate le osservazioni svolte in CASTALDO, cit. (nota 130), 65 ss., sulla ricostruzione per gradi del sistema dell'imputazione oggettiva.

una serie di combinazioni (*non pericolosità-inutilità*, dove nuovamente si assiste ad un freno nell'esercizio della condotta, freno che cresce proporzionalmente con il carattere controproducente dell'attività; *pericolosità-utilità*, che rappresenta la situazione 'classica' di analisi *cost-benefits*: il grado di rilevanza di ognuno dei due parametri decide la soluzione, impossibile da descrivere su basi unitarie).

Da notare incidentalmente che, mentre l'utilità conosce, oltre il contrario, l'aspetto della neutralità (un oggetto è utile, inutile, indifferente), il pericolo non assume tale connotazione (un oggetto è pericoloso o no: *tertium non datur*).

Se dall'angolazione astratta si passa ai profili concreti, la schematizzazione tracciata rivela la matrice alquanto artificiale. Le categorie in gioco si prestano limitatamente, causa la natura poliedrica e i condizionamenti con terzi fattori, ad essere studiate 'a tavolino'. È opportuno perciò insistere nuovamente sul lato metodologico della ricerca.

Beninteso, la decisione definitiva, completata l'indagine *incrociata* sull'idoneità sociale della condotta e su *quantum* e *species* dei rischi connessi, non attribuisce una patente di illiceità penale alla condotta, anche qualora sia di nessuna utilità e dagli alti rischi. Più semplicemente viene dato il via libera all'imputazione dell'evento, all'attribuzione dello stesso all'autore: si fissa cioè l'area del rischio *giuridicamente rilevante*. La non coincidenza tra la sfera della illiceità e quella del rischio significativo è intuitiva: con l'operazione descritta il legislatore stabilisce l'impatto sociale dell'attività; un riscontro sfavorevole (come pericolosità e/o inutilità) lo induce ovviamente ad imbrigliare la condotta e, sul piano penale, a lasciar emergere un settore dove le conseguenze sono addossabili all'autore. La penalizzazione è tuttavia rimandata ad un esame successivo (il 'filtro' della *objektive Zurechnung* è presupposto necessario ma non sufficiente), essendo subordinata alla delineazione dell'elemento soggettivo e al soddisfacimento — ad un livello più generale — del principio di sussidiarietà e di meritevolezza di pena.

Il sistema è così ricostruibile: nella prospettiva della creazione dell'illecito penale un'iniziale scrematura consente l'eliminazione della risposta criminalizzatrice per le operazioni giuridicamente non significative; una seconda verifica, se la prima è positiva, concerne la dimensione personalistica; l'ultima, l'opportunità politico-criminale dell'introduzione della fattispecie.

Se il raggiungimento della soglia di 'rilevanza passiva' della condotta non equivale all'illiceità penale, non è neppure esatto che il legislatore osservi impotente il fenomeno. Il giudizio di pericolosità determina infatti l'insorgenza di regole cautelari atte a disciplinare quel campo d'azione (188): la violazione di dette norme interessa il settore della colpa. Lasciando da parte le tormentate ipotesi di responsabilità oggettiva, la cui nascita risente della notevole carica di offensività insita nel comportamento vietato, è senza dubbio sul terreno del dolo che l'indagine acquista importanza.

4. — Occorre dunque appurare se la nozione di *rischio rilevante* quale base dell'imputazione oggettiva conservi validità di fronte all'offesa intenzionale di beni giuridici.

A nostro avviso, l'intenso disvalore d'azione condiziona — ma non elimina — l'area del rischio significativo. La misura ed i limiti del condizionamento possono essere sintetizzati nella formula *in dubio pro imputatione*. Sia consentito chiarirne il senso.

Chi teorizza un concetto *unitario* di rischio giuridicamente rilevante muove da una separazione tra fattispecie oggettiva e soggettiva nel *Tatbestand* doloso alquanto artificiosa. Vero che il pericolo è un'entità la cui quota non risente del volontario esercizio dell'attività (189), ma l'assunto è valido solo nella prospettiva teorica. Nulla vieta invece, poiché l'*apprezzabilità* dei confini del rischio sottostà a *giudizi di valore*, che essi vengano corretti in basso ogni qualvolta il rischio sia 'sollecitato' dalla condotta dolosa. Anzi, è fortemente consigliabile una tale modificazione.

Se l'autore vuole sfruttare la pericolosità dell'azione per realizzare il risultato vietato, il *quorum* di rischio che la società è disposta ad accettare si abbassa inevitabilmente. Proprio perché, come si è cercato di dimostrare, la valutazione dell'entità del rischio obbedisce a criteri funzionali, è pienamente giustificabile un'operazione di ritocco. Non si tratta di una politica intimidatoria a sfondo repres-

(188) Si veda ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 (rist. 1964), 283 ss.

(189) Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, 7/40.

Del pari irrilevanti le motivazioni del soggetto attivo, quando questi si mantenga nell'ambito della normale diligenza, per KRAUß, *Erfolgsumwert und Handlungsumwert im Unrecht*, ZStW 76 (1964), 48.

sivo, bensì del giusto temperamento dell'aspetto oggettivo con l'*Handlungsunwert*.

Bisogna guardarsi però dall'eccesso opposto, pronto a negare cittadinanza all'istituto nel reato doloso; esistono pur sempre accadimenti la cui realizzazione è talmente improbabile da non destare timori.

La ragione della mancata incriminazione è quindi politico-criminale e risiede nell'irrilevanza del rischio, che non raggiunge il tetto necessario per consentire l'imputazione dell'evento. Se si analizzano a fondo le radici del fenomeno, si deve convenire sul fatto che il legislatore, in definitiva, è disposto a non perseguire offese intenzionali in quanto si rende conto del loro coefficiente di pericolosità meramente 'scolastico'. Ed in realtà basterebbe l'osservazione scontata che chi agisce dolosamente ricorre a mezzi adeguati e non ad evenienze pressoché irrealizzabili (si ricordi l'invio nel bosco durante il temporale) ed inoltre che, qualora l'autore intraprendesse una simile iniziativa, la prova della sua intenzionalità lesiva apparterebbe al filone immaginifico della letteratura (190).

Quali che siano le reali motivazioni, esce confermata l'opportunità di mantenere uno sbarramento iniziale all'imputazione dell'evento, di stampo oggettivo, caratterizzato dal contenuto inapprezzabile del rischio, e preliminare (anche se influenzato da questo) all'indagine sull'elemento soggettivo.

La necessità di non ridurre il fatto doloso all'intenzionalità lesiva emerge da altra angolazione: chi agisce allo scopo di arrecare al terzo un danno, viceversa provocando un miglioramento delle sue condizioni di salute (o lasciandole inalterate) — l'infermiera che somministra un medicinale in dosi elevate al paziente per farlo morire, contravvenendo alle prescrizioni del medico, e lo salva invece da una complicazione intervenuta nel frattempo, oppure chi con intento omicida fa ingerire grosse quantità di zucchero all'individuo ritenuto diabetico per un'errata diagnosi medica (191) —, dovrebbe essere

(190) Le enormi difficoltà processuali sono sottolineate da PRITZWITZ, *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS-Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken - (Teil I)*, JA 1988, 439 nota 121.

(191) Un esempio simile in KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, 17.

punito a titolo di tentativo, se si guardasse unicamente alla finalità. L'ancoraggio del sistema all'evento, e ancor prima all'*effettività* della minaccia apportata, getta una luce diversa.

Tornando alla tesi di partenza, resta da dimostrare in cosa consista la correzione che subisce il concetto di rischio significativo.

Innanzitutto si registra un abbassamento del limite di rilevanza: una condotta accettabile in relazione a fatti colposi non lo è più rispetto al dolo. La quantificazione della riduzione è ovviamente impossibile, trattandosi di un giudizio normativo: poiché il bilanciamento tra vantaggi e svantaggi conseguenti all'espletamento dell'attività è raro che si ponga in essere, in quanto è arduo riconoscere riflessi positivi nell'azione di chi deliberatamente agisce contro lo ordinamento giuridico, il criterio che informa la decisione è di altra natura. Come già chiarito, è in linea di massima l'inutilità pratica di perseguire comportamenti non rischiosi, stante l'esigua probabilità del conseguimento degli obiettivi criminosi. Ed il presupposto è pur sempre — laddove esiste — l'utilità o la neutralità sociale del programma attuato.

La rigidità nell'accertamento delle zone di rischio irrilevante ci sembra inoltre condizionata dalla *forma* del dolo, tuttavia con oscillazioni modeste: la figura del dolo eventuale, che esprime la non direzionalità della volontà verso la lesione ma il suo 'accollo', comportando un minor disvalore d'azione, permette una rigidità non accentuata nella statuizione dei confini del rischio non imputabile.

Una differenziazione è evidenziabile inoltre a proposito della causalità ipotetica (e della subcategoria della c.d. *Risikoverringerung*). Il fatto che l'evento si sarebbe egualmente verificato (alle medesime condizioni e nello stesso tempo) o che addirittura sarebbe stato più grave (sicché *ex post* la condotta risulta persino diminutiva del pericolo) acquista rilievo nei casi di comportamento colposo; l'ingresso ai decorsi alternativi — e dunque ad una nozione slargata di rischio significativo — è invece sbarrato nelle ipotesi dolose, per la prevalenza delle intenzioni lesive dell'agente sull'*inoffensività sostanziale* dell'accadimento (192).

Come regola ermeneutica di chiusura vale infine, nelle situazioni dubbie, la propensione all'imputazione dell'evento, considerando il rischio giuridicamente rilevante (*in dubio pro imputatione*). Le incer-

(192) Per un approfondimento, CASTALDO, cit. (nota 130), 84 ss.

tezze vanno sciolte cioè a favore dell'interpretazione meno traumatica per l'ordinamento, visto che l'alternativa sarebbe rappresentata dall'impunità di chi agisce intenzionalmente.

La ricorrente tentazione della costruzione unitaria del sintagma rischio tollerato non convince, per la specificità irriducibile del dolo e della colpa all'interno del fatto tipico; poco credibile perciò la pretesa di considerare il momento del pericolo come base comune della imputazione, dato il condizionamento subito ad opera dell'elemento psicologico.

Da notare soltanto come il codice penale tedesco assecondi in certa misura l'aspirazione di autorevole dottrina a fare del rischio un requisito indifferenziato (193). E la previsione del tentativo inidoneo consente di punire una gamma slargata di comportamenti *in concreto* inoffensivi ma sintomatici della pericolosità dell'autore; tra l'altro la mancata definizione codicistica del dolo facilita lo sganciamiento della componente volitiva e l'accentuazione del contenuto

193) Ricordiamo tra gli altri, ciascuno da premesse diverse, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Festschrift für Honig, 1970, 135 s.; ID., *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, Festschrift für Klug, 1983, 310 s.; ID., cit. (nota 181), 4 ss.; W. FRISCH, cit. (nota 185), 74 s., 346 s.; ID., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, 33 ss., 71 ss. (un riepilogo delle conclusioni sostenute nella voluminosa monografia si legge nella recensione di MEURER, NJW 1990, 106); WOLTER, cit. (nota 180), 106.

Nella letteratura italiana una posizione simile è teorizzata da DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, Parte II*, RIDPP 1989, 1125 ss., secondo il quale non mancherebbero indicazioni di diritto positivo rafforzanti la tesi (1131, 1141).

Spetta a MILITELLO, cit. (nota 184), 220ss., 231ss., 252ss., il merito di aver analizzato a fondo il concetto di rischio nell'ambito della responsabilità dolosa.

Le conclusioni dell'Autore, in parte analoghe a quelle tracciate, tendono alla svalutazione del rischio adeguato nel reato doloso, tranne che nelle «attività normalmente lecite e socialmente utili». Il criterio decidente si sembra però poggiare per Militello non tanto sull'aspetto oggettivo, quanto sulla mancata esistenza di un vero dolo («il rischio adeguato mantiene una sua funzione operativa anche in relazione a situazioni in cui può esservi l'apparenza di una forma dolosa»: 254), e quindi su di un fattore soggettivo.

Una soluzione completamente personalizzata, che nega qualsiasi spazio alla *objektive Zurechnung* (e naturalmente al rischio) si ritrova nei (pochi) seguaci del finalismo. Cfr. HIRSCH, cit. (nota 25), 68.

Si veda infine MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, IP 1990, 534ss.

rappresentativo, diminuendo l'impronta psicologizzante e rendendo meno traumatica la non incriminazione.

A questo punto si possono risolvere gli esempi precedentemente illustrati (*supra*, cap. 2, II).

Nel caso del tiratore scelto l'attività è addirittura vietata; il basso coefficiente di realizzazione è annullato dalla dannosità sociale e dall'intenzionalità lesiva. Dunque, nessun rischio tollerato.

Diversamente per il medico. La prescrizione terapeutica serve al miglioramento delle condizioni di salute del paziente, è utile socialmente, mentre il rischio di effetti collaterali è esiguo. La 'finalità oggettiva' del comportamento (normalmente, la guarigione a mezzo farmaco) prevale sulla finalità soggettiva lesiva. Assenza, pertanto, dell'imputazione oggettiva.

Quanto alla donna della pulizie, l'attività di lucidatura rientra nel novero delle azioni ' neutre '; il pericolo connesso appare sporadico, specie se si pensa che il lavoro era stato commissionato dalla vittima, la quale — si presume — avrebbe dovuto prestare maggiore attenzione. Rischio quindi lecito, che esclude l'imputazione.

III. — È tempo di concentrare l'attenzione sui margini di rischio giuridicamente rilevante nel contagio da AIDS. Il metodo generale non subisce alterazioni: la combinazione dei tre fattori in gioco (quantità e qualità degli eventi, utilità sociale della condotta) e la correzione del giudizio verso il basso per la volontarietà dell'azione lesiva circoscrivono l'area all'interno della quale l'imputazione oggettiva è assente data l'adeguatezza del rischio. L'impostazione è naturalmente suscettibile di modifica qualora l'autore versi in colpa, essendo ammissibile una riesplorazione dell'*erlaubtes Risiko* per la carenza dell'intenzionalità offensiva.

Tra le vie di propagazione dell'infezione il contagio sessuale rappresenta la modalità più diffusa, ma certamente non l'unica. Cominciamo dalle rimanenti.

a) Non creano problemi le ipotesi di trasmissione del virus mediante aghi o strumenti contaminati, frequenti tra tossicodipendenti; la relativa condotta è infatti altamente pericolosa e senza utilità (il contesto in cui si svolge l'azione è anzi materia di intervento penale); analogamente quando il contagio intenzionale avvenga tramite l'omessa disinfezione di materiale idoneo a veicolare il virus (bisturi, accessori per le cure estetiche, ecc.), poiché la liceità delle pra-

tiche menzionate è consentita allorquando siano rispettate misure precauzionali igienico-sanitarie volte ad eliminare il pericolo di infezioni. Un'utilità sociale dell'attività, o la contenuta probabilità di contagio in simili occasioni, non valgono come fattori di compensazione, visto che l'agente ha violato gli iniziali *standard* di cautela (sorti del resto allo scopo di abbassare il rischio legato all'attività). Il caso darebbe luogo — non sussistendo l'intenzione di ledere il bene della salute — ad una responsabilità colposa.

Immaginiamo ora, con la doverosa premessa del carattere irreal della situazione, che qualcuno convinca altri, emofiliaco, a recarsi presso un centro trasfusionale diverso dal consueto, nella speranza che lì contragga il virus da un campione di sangue erroneamente testato o nel quale non emergono ancora le tracce dell'*Hiv*, oppure che l'infermiere inietti sangue contaminato senza saperlo, ma augurandosi che lo sia (naturalmente l'evento si realizza). Come si sa, il rischio di contagio per emotrasfusioni oscilla tra 1/39.000 e 1/125.000 (*supra*, cap. 1, II,a); oltre all'eventualità remota, la quota residua di pericolo è esplicitamente accettata dal legislatore, che non ha alternative tra il vietare l'attività (cosa praticamente impossibile data la sua imprescindibilità) ed il regolamentarla (obbligo di testare il sangue, pur nella consapevolezza dei margini di incertezza). La soluzione opposta (rischio non consentito) sarebbe sostenibile qualora lo agente fosse stato avvertito di flaconi di sangue infetto in distribuzione presso quella struttura ospedaliera: la pericolosità della condotta è calcolata infatti non in astratto ma grazie al patrimonio conoscitivo di chi la pone in essere (*supra*, cap. 2,II) (194).

b) Complesso e delicato per i risvolti etici e sociali un caso

(194) Una variante significativa è la seguente: A dona il sangue ad un conoscente alcune settimane dopo un rapporto sessuale insicuro, tacendo della circostanza ai sanitari; il test non riesce a scoprire il virus (fase-finestra); B viene contagiato. Indipendentemente dal fatto che A agisca o no al fine di cagionare la malattia, il rischio creato rileva ai fini dell'imputazione: se statisticamente il numero di falsi negativi testati non cambia, le peculiarità concrete innalzano la pericolosità dell'azione. L'inadeguatezza sociale della condotta non muterebbe neppure qualora il soggetto non avesse avuto di mira il contagio, lasciando intravedere un fatto colposo: la regola di prudenza consigliava — salvo che si versasse in una situazione necessitata — di non donare il sangue o comunque di avvertire il personale della possibile contaminazione, delegando ad essi il compito di più sofisticati accertamenti.

non appartenente al solco della *Lehrbuchcriminalität*, se non altro perché realmente verificatosi (ovviamente non nei riflessi giuridici).

Cosa succede se la coppia sieropositiva (entrambi o uno soltanto) decida in piena consapevolezza di mettere al mondo un figlio, accettando l'eventualità dell'infezione, che porta successivamente alla morte il neonato (195)?

Utilizzando i criteri elaborati dalla dommatica tradizionale si dovrebbe ammettere la tipicità oggettiva. L'atto di procreazione costituisce l'*antecedens* dell'evento, il nesso di causalità appare solidamente provato, le lesioni (o la morte) riguardano la persona umana vivente. Quanto all'elemento soggettivo, quasi sempre la coppia è perfettamente consapevole del rischio di contagio, perché normalmente la comunicazione ad essi della sieropositività viene accompagnata dalle precauzioni da adottare per scongiurare la diffusione del morbo a terzi. Sul piano psicologico è però poco credibile che i genitori agiscano con dolo eventuale; essi confidano sulla non trasmissione del male, rifiutando implicitamente l'idea del contagio. L'evenienza non è tuttavia da scartare *in toto*, potendo prelevare il desiderio di maternità su ogni altra considerazione, fino a spingersi all'accettazione dello evento. La mancanza del dolo lascia comunque scoperta la colpa cosciente, sicché il quesito iniziale sulla rilevanza del rischio creato equivale in definitiva al quesito sulla commissione del reato.

Prima di rispondere è opportuno ricordare che la richiesta di avere figli da parte di sieropositive, o il cui partner è tale, non è rara; notizie giornalistiche attestano la consistenza del fenomeno in specie tra gli ex-tossicodipendenti. La conoscenza dei pericoli cui si va incontro, che comunque non scoraggia la coppia, è poi inequivocabilmente evidenziata dalla pratica, messa in atto presso alcuni centri ospedalieri di ostetricia e ginecologia, di trattare lo sperma infetto da *Hiv* mediante un delicato intervento di centrifugazione e filtrazione allo scopo di isolare ed allontanare le cellule malate.

(195) Si osservi come in tale situazione la causa è da ricercare nella fase della gravidanza o del parto (non è provata attualmente la trasmissibilità del virus con l'allattamento), ma l'evento (lesioni o morte) si ha durante l'esistenza terrena, cioè in un momento in cui il soggetto passivo gode della protezione dell'incolumità individuale.

La consumazione slitta temporalmente e non solleva problemi circa la configurabilità astratta della fattispecie penale, come invece in ipotesi diverse nei confronti del feto (*supra*, cap. I, V, 10).

Successivamente il liquido seminale viene inseminato artificialmente nella donna: finora, su circa venti esperimenti, non si sono registrati casi di sieroconversione, ma nemmeno di gravidanza, sembra a causa del ridotto potenziale fecondante del sieropositivo.

Analizziamo allora con i consueti parametri la 'significatività' del rischio. La probabilità del contagio durante la gravidanza o il parto si attesta intorno al 35%; quella di una successiva evoluzione del morbo nei primi due anni di vita è invece considerevolmente alta.

In un caso su tre le statistiche affermano dunque che si produce un contagio sicuro. Ma decisivo ci sembra soprattutto, al di là del parametro *quantitativo*, il fattore *qualitativo*: la pericolosità della condotta colpisce perché le conseguenze concernono il decorso letale della malattia nei confronti — da non sottovalutare a livello emozionale — di un bambino. Sul versante opposto l'utilità della condotta non è in grado di bilanciare l'impatto negativo evidenziato, dove per utilità ci riferiamo non ai profili demografici, quanto ai vantaggi di ordine psichico e psicosomatico che la gravidanza andrebbe ad innescare. La maternità è un processo di responsabilizzazione, di acquisizione di un nuovo ruolo (non solo sociale) che potrebbe portare ad un riscatto dalla condizione di emarginazione e comunque condurre ad un rinnovato interesse per la vita, alleviando la sofferenza.

Far passare però questa nozione di utilità, di cui non si contesta la validità motivazionale, significherebbe premiare nel diritto penale l'egoismo (o il cinismo) del malato, disposto a sacrificare la salute del nascituro in cambio del tornaconto individuale.

In breve: il rischio insito nella condotta si mantiene alto, giuridicamente rilevante per fondare l'imputazione a titolo doloso o colposo. E ciò anche quando sieropositivo sia l'uomo, e dunque debba ipotizzarsi un doppio contagio, da questi alla donna, e poi al nato. Il fatto è certamente improbabile; nondimeno conta sempre la *gravità* dell'evento e la non indispensabilità della condotta (196).

(196) La condanna per omicidio volontario o colposo suscita d'altro canto interrogativi sull'utilità della pena nei confronti di una persona malata che ha agito allo scopo di esaudire un desiderio legittimo. Una finalità specialpreventiva della sanzione penale è poco credibile; scopi di stabilizzazione sociale (prevenzione generale positiva) sembrano maggiormente richiamabili, ma resta da dimostrarne l'accettabilità, specie alla luce delle accuse di strumentalizzazione dell'individuo condannato.

Quanto infine al personale medico prestatosi al trattamento del seme maschile, e riuscito ad instaurare la gravidanza senza impedire il contagio, il rischio prodotto resta, per le ragioni enunciate, oltre i limiti del consentito. Circa le conseguenze pratiche, se il contagio è avvenuto sulla donna, e la gravidanza non si è avuta, oppure il nato non è infetto, viene meno l'imputazione dell'evento per la decisione autonoma e consapevole della futura madre che ha accettato l'intervento medico (assenza dello scopo di protezione sotto il profilo della non 'dominabilità' dell'accadimento); quando viceversa viene colpito dall'infezione il neonato, occorre ulteriormente distinguere. Se tutti hanno agito con dolo eventuale (ipotesi improbabile), la responsabilità concorsuale del medico discende dal tipo di contributo richiesto per la punibilità del concorrente, e, qualora si opti per la teoria della c.d. *causalità agevolatrice*, dal come si consideri il comportamento del ginecologo (se facilitante o no il contagio, in quanto la donna avrebbe egualmente messo in atto il proposito di restare incinta); se invece siamo di fronte ad un caso di colpa cosciente, il discorso si sposta sulla portata e l'esatta interpretazione dell'art. 113 c.p. (197).

c) Il rapporto sessuale è il *leading-case* tra le modalità di trasmissione dell'*Hiv*, sia per la frequenza, sia per le implicazioni sociali. La delimitazione del pericolo di contagio diventa pertanto il cuore dell'indagine, non solo ai fini immediati della definizione del rischio giuridicamente rilevante, ma per le questioni collegate, quali l'accettazione dell'evento nel dolo eventuale (enucleabile pure dal livello statistico della verifica del contagio), l'insorgenza di una regola cautelare che imponga l'uso del profilattico per i gruppi esposti, misure sanitarie nei confronti dei tossicodipendenti o delle prostitute.

Purtroppo, però, la risposta non è semplice. Ammesso che fosse possibile fornire numeri precisi, avrebbero poco senso, se non si facesse riferimento nel contempo alle circostanze concrete, o alla ripetizione del rapporto, per citare alcuni tra gli elementi che contribuiscono a focalizzare la probabilità del contagio. Non bisogna tut-

(197) Una difformità dell'elemento soggettivo tra i compartecipi (partecipazione dolosa a delitto colposo nonché partecipazione colposa a delitto doloso) rende estremamente problematica l'applicazione della disciplina del concorso.

tavia eccedere in un'esemplificazione minuta, in una casistica eccessiva quanto dispersiva: l'improduttività della ricerca non tarderebbe a manifestarsi, poiché il sapere scientifico su aspetti non secondari è alquanto nebuloso.

Tenuto conto dei *pro* e *contro*, ci soffermeremo quindi sulla situazione classica, considerando peraltro le varianti più interessanti. Non senza un'avvertenza: le cifre differiscono sensibilmente tra gli scienziati; la linea comune è comunque quella, dopo le iniziali allarmistiche previsioni, di una correzione all'ingiù della percentuale di contagio.

Un *unico* rapporto sessuale vaginale, con immissione del liquido seminale, comporta una probabilità di trasmissione del virus dall'uomo sieropositivo alla donna stimata tra 1/100 e 1/1.000 (198). Ciò significa che — nella valutazione meno ottimistica — se la persona infetta ha cento rapporti sessuali, vi è la sicurezza di un solo contagio. Altre fonti propendono per un'oscillazione cospicua, da 1/20 a 1/1.000 (199), oppure per un margine meno ampio, da 1/100 a 1/200 (200), o da 1/200 a 1/500 (201).

Le cifre subiscono ritocchi per una serie di variabili.

Anzitutto se sieropositiva è la donna: il contagio del partner è meno frequente per molteplici ragioni, di carattere biologico-morfologico. Le secrezioni vaginali sono meno infettanti rispetto allo sperma, il che determina una minore concentrazione virale in cir-

(198) Cfr. REITZ-SCHUH, in *Die Zeit* 26.6.1987, 64, che si rifanno ai dati di uno studio condotto dai ricercatori dell'Università di Berkeley; HERZBERG, *Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten* — *AG München*, *NJW* 1987, 2314, *JuS* 1987, 779 (1/100); WEYER-SCHMIDT-KÖRNER, *AIFO* 1988, 218s.; RENGIER, *Aids und Strafrecht*, *Jura* 1989, 228 nota 8 (con ulteriori citazioni); PRITZWITZ, cit. (nota 78), 127, critico rispetto ai numeri allarmistici (1/2 o 1/3) avanzati in alcune decisioni giudiziarie; W. FRISCH, cit. (nota 77), 364. In giurisprudenza, *LG München* 20.7.1987 (nota 132), 288. (199) KREUZER, cit. (nota 153), 798.

(200) EBERBACH, *AIDS und Strafrecht*, *MedR* 1987, 270, e ivi bibliografia; ARLOTH, *Nota a LG München* 20.7.1987, *MedR* 1987, 290.

(201) Così *AG Kempten* 1.7.1988 (nota 74), 2314. La sentenza cita studi secondo i quali la percentuale di contagio dall'uomo alla donna in coppie sposate, dopo anni, sarebbe attestata tra il 7 e il 68%.

Si veda inoltre MEIER, cit. (nota 80), 210 nota 15, che richiama numeri divergenti (da 1/60 sino a 1/600).

colazione durante il rapporto. Inoltre è abbastanza difficile che l'uomo si procuri microlesioni invisibili all'occhio umano, facilitanti la recezione del virus, al contrario della donna, sia per un fattore fisiologico (lo svolgimento dell'atto sessuale), sia per uno quantitativo (la superficie di mucosa esposta all'aggressione dell'*Hiv* è maggiore nella donna). *Mutatis mutandis*, ciò spiega perché la donna sia particolarmente vittima anziché responsabile della diffusione dell'AIDS (202).

Naturalmente il picco di pericolo si innalza con la ripetizione dell'atto sessuale, specialmente se con diversi sieropositivi e non sempre con lo stesso: non si conoscono cifre esatte in proposito, ma l'accrescimento del rischio avviene in misura tendenzialmente esponenziale, esprimibile mediante il ricorso alla figura della progressione geometrica anziché aritmetica. La spiegazione del fenomeno, apparentemente anomalo, va ricercata secondo alcuni in un'iperstimolazione delle capacità diffusive ed offensive del virus; la promiscuità trova invece ragioni meno complesse, vale a dire la non familiarità con le abitudini sessuali del partner, tale da provocare più facilmente microlesioni.

Sinora si è fatto riferimento al rapporto sessuale 'normale', dove l'aggettivo va inteso nell'ottica della mera fisiologia riproduttiva; i numeri subiscono modifiche percettibili allontanandosi dalla situazione *standard*.

Così il *coitus interruptus*, proprio perché il virus contenuto nello sperma non entra a contatto con la mucosa, è pratica meno rischiosa, con esiti contagianti calcolati da 1/10.000 a 1/100.000

(202) L'OMS prevede nei prossimi due anni il raggiungimento del tetto di 200.000 donne con AIDS in fase evoluta e nel 1994 la parità tra sessi nel numero dei sieropositivi (il rapporto attuale è di tre maschi contro una persona di sesso femminile).

Studi del *Center for Diseases Control* hanno appurato del resto che già nel 1988 la principale causa di morte negli Stati Uniti per le donne in età riproduttiva era rappresentata dall'AIDS, che ha superato tumori e cardiopatie. Particolarmente colpita la fascia d'età tra i 25 e i 34 anni e la razza nera (tasso di mortalità 9 volte superiore).

Per alcuni immunologi il passaggio del virus dalla donna all'uomo avverrebbe ogni dieci rapporti sessuali (ma la percentuale è sovrastimata, e comunque bilanciata con l'ipotesi inversa — dall'uomo alla donna —, ove il rischio è valutato in 1/4).

(203); il rapporto orale è più rischioso del vaginale, ma non di molto; estremamente pericoloso il rapporto anale, per la frequente produzione di microlesioni (204).

Altri fattori rivestono un ruolo non secondario: accenniamo ad alcuni.

La capacità di trasmissione del virus sembra essere particolarmente attiva durante stadi specifici: nelle prime settimane di insediamento cellulare, o nella fase di gravità massima (205). Un rischio maggiore è collegato all'esistenza di lesioni pregresse nel soggetto passivo, quale l'ulcera genitale (aumento da cinque a dieci volte) o ad infezioni che abbiano indebolito la risposta immunitaria (206). Il rischio di contagio non è sinonimo infine di rischio di sviluppo sicuro del male e di esito letale: è intorno al 35% la quota di coloro nei quali l'infezione progredisce sino all'AIDS conclamata, in un tempo variabile (*supra*, nota 139); nuovamente sfavorite sono le donne per la predisposizione ad essere colpite da tumori alla sfera genitale (207).

L'interesse probatorio si concentra però sul rischio in occasione di un rapporto protetto, vale a dire con uso di profilattico (*safer sex*). Sarebbe logico attendersi una drastica riduzione dei pericoli di contagio, ma così non è. Stando ai risultati di ricerche americane, nel caso di rapporti sessuali ripetuti in un cospicuo arco di tempo e sempre protetti, la trasmissione del virus si attesterebbe sulla quota del 18% (208). In generale si parla di un decremento del pericolo di 1/10 rispetto al valore iniziale (209). Non è invece

(203) Cfr. PRITZWITZ, cit. (nota 78), 125; LÜDERSSEN, *Die im strafrechtlichen Umgang mit Aids verborgenen Motive — Hypermoral oder Gesinnungsethik?*, StrV 1990, 85.

(204) Cfr. la relazione peritale richiamata in AG Kempten 1.7.1988 (nota 74), 2314; KREUZER, cit. (nota 153), 798.

(205) Cfr. BGH 4.11.1988 (nota 73), 783; con accenti leggermente differenti AG Kempten 1.7.1988 (nota 74), 2314.

(206) Cfr. LAUFS-LAUFS, *Aids und Arztrecht*, NJW 1987, 2259s.; MEIER, cit. (nota 80), 210.

(207) Il periodo di sopravvivenza della persona di sesso femminile è di circa la metà inferiore a quello osservato nell'uomo.

(208) Cfr. M. G. KOCH, cit. (nota 8), 95.

(209) Ad esempio, W. FRISCH, cit. (nota 77), 364 nota 25; in giurisprudenza AG Kempten 1.7.1988 (nota 74), 2314; LG Kempten 20.1.1989 (nota 75), 2070.

ancora appurato se la protezione tutto sommato modesta sia dovuta ad una « insicurezza ' immanente al sistema ' (materiale difettoso) o ad un uso semplicemente sbagliato » (210).

d) Fin qui il calcolo statistico. Pur nell'accavallarsi delle cifre, nella loro confusione, la probabilità del contagio mediante la via sessuale appare bassa. Il parametro quantitativo (numerico) è però un indicatore prezioso, non risolutivo per inferire l'adeguatezza complessiva del rischio legato alla condotta. In primo luogo dobbiamo rammentare la *gravità* dell'evento, che neutralizza la sporadicità dell'effetto. Ci sembra peraltro decisiva l'argomentazione inerente la utilità sociale dell'attività sessuale. In una veste singolare.

Indubbiamente il comportamento sessuale, in quanto istinto primario, appartenente alla sfera dei bisogni fisiologici, occupa una rilevanza non collaterale. In questo senso può fungere da valvola di sfogo delle pulsioni del singolo e da regolatore delle tensioni conflittuali. Insomma l'utilità sociale della condotta sarebbe molto alta.

Ora, reale o sopravvalutata che sia questa funzione, non si deve cadere in equivoci. L'allontanamento del rischio del contagio non è condizionato al divieto dell'atto sessuale, ma alla sua protezione.

E ciò influisce sulla precisazione dell'utilità. Quando infatti una specifica attività può continuare ad esercitarsi, raggiungendo una (relativa) tranquillità mediante la schermatura dal pericolo, il contraccolpo è immediato sulla determinazione del concetto di utilità; utile resta l'attività protetta, non l'attività in sé, libera. In poche parole, la vita sessuale del soggetto sieropositivo (o sospetto) non viene coartata, ma regolamentata per incanalarla nell'alveo di una maggiore sicurezza sanitaria (epidemiologica). Trasposta nell'ambito del rischio giuridicamente rilevante la conclusione è intuitiva: un rapporto sessuale di qualsiasi natura, *non protetto*, della persona infetta, costituisce rischio significativo. L'attività è inadeguata socialmente, causa l'elevata (*sub specie* del tipo di evento) pericolosità della condotta non controbilanciata dall'utilità, nel senso chiarito della non indispensabilità di tali modalità pericolose, e della conservazione della sua funzione a costo di trascurabili sacrifici (impiego del profilattico). Per i motivi opposti, il *safer sex* si muove nei binari del rischio giuridi-

(210) Così EBERBACH, cit. (nota 200), 270.

camente irrilevante (legge del minimo mezzo: *supra*, cap. 2, II,2). Lo schema delineatosi è indipendente dall'elemento psicologico dello infettante: dolo e colpa non modificano il piano della rilevanza/irrilevanza del rischio, neppure *in peius* (211).

IV. — Una conferma indiretta del quadro tracciato si ricava dall'osservazione di ulteriori attività potenzialmente pericolose. Per il nucleare si è già detto che le disposizioni in materia si preoccupano di circoscrivere l'ambito dell'*erlaubtes Risiko* entro spazi 'innocui' per consentirne l'utilizzo (*supra*, cap. 2, II,3). Analogamente gli infortuni sul lavoro vengono visti come una componente inevitabile della realtà dell'impresa, cosicché la normativa prevenzionale (in primo luogo il D.P.R. 27.4.1955 n. 547) si sforza di contenerli in limiti accettabili. Il parallelismo con l'atto sessuale è evidente: il rischio è rilevante non osservando le precauzioni tali da permettere una riduzione in zone di tollerabilità.

Che poi la statistica sia solo un *Hilfsmittel* nel tracciare il concetto di 'apprezzabilità' del rischio, lo comprovano altri esempi.

La probabilità di un incidente aereo, secondo dati aggiornati, è valutata in 1-2/1.000.000 di ore di volo. Se il traffico aereo non fosse però necessario, una così esigua carica di offensività potrebbe costituire rischio rilevante, specie se accompagnato dall'intenzionalità. Viceversa, nemmeno la presenza del dolo è in grado di correggere la valutazione iniziale, per cui il rischio creato non supera la soglia dell'irrilevanza (212).

(211) Cfr. HERZBERG, cit. (nota 68), 1462, che parla di pericolo «schermato» o meno.

L'autore appartiene però alla corrente (cfr. nota 193) che ritiene sempre sganciata la definizione dell'*erlaubtes Risiko* dalla volontà lesiva, cioè in sostanza identico il rischio nel *Tatbestand* doloso e colposo. In proposito, HERZBERG, *Vorsatz und erlaubtes Risiko — insbesondere bei der Verfolgung Unschuldigen* (§ 344 StGB), JR 1986, 6ss.

(212) Ecco dunque la soluzione del caso di scuola di chi convinca la vittima a servirsi frequentemente del mezzo aereo, sperando nella catastrofe. Indipendentemente dal dolo, la *objektive Zurechnung* è tagliata fuori per l'assenza di un rischio significativo.

Conviene sull'impossibilità di precisare il concetto di *erlaubtes Risiko* esclusivamente sulla scorta di «parametri tecnico-statistici», avvalendosi perciò del criterio del 'dominio dell'accadimento' («*Tatherrschaft*») e risolvendo casi simili sul

La diffusione del virus del raffreddore o dell'influenza, data la propagazione nell'aria, è enormemente facilitata. Tuttavia l'elevata quota di rischio svanisce di fronte alla trascurabilità sul piano medico delle conseguenze prospettabili (*qualità* degli effetti), cosicché le condotte di base rientrano nell'adeguatezza, a prescindere dalle motivazioni personali (213).

L'eventualità di complicità (letali o meno) dovute alla narcosi è stimata in 1/100.000 (214), un rischio simile a quello di alcune pratiche sessuali (*supra*, cap. 2, III, c). Ma la differenza sta nell'utilità della condotta (e nel secondo termine di paragone nella *facilità* della prevenzione del pericolo), tant'è vero che se un soggetto narcotizzasse il terzo sperando nelle reazioni collaterali, la significatività del rischio andrebbe valutata in base alla necessità *in concreto* della narcosi: in caso affermativo, il rischio rimarrebbe irrilevante; in caso negativo, no.

Per finire, la probabilità di contagiarsi con aghi contaminati è dello 0,5% (cfr. nota 10), analoga secondo certe stime al rischio insito nell'unico rapporto sessuale normale non protetto (*supra*, cap. 2, III, c). *A fortiori* nella prima evenienza il rischio supera il confine del tollerato, visto che lo scambio di siringhe concerne un'attività non soltanto inutile, ma addirittura vietata (215).

modello dell'istigazione non punibile per l'autoesposizione al pericolo della vittima, SCHÜNEMANN, cit. (nota 166), 488 nota 162.

Il richiamo è improprio (anche se non del tutto errato): in realtà la *Selbstgefährdung* del soggetto passivo escluderebbe il fatto tipico (assenza dello scopo di protezione), se non fosse per la mancanza *a monte* del requisito-base, la creazione del rischio significativo. In maniera conforme ROXIN, *Zum Schutzzweck* (nota 166), 241ss., 246ss.

(213) Analogamente EBERBACH, cit. (nota 77), 231; HERZBERG, cit. (nota 68), 1462. Per l'irrilevanza delle intenzioni del soggetto agente, PRITZWITZ, cit. (nota 190), 438.

(214) Si veda M. G. KOCH, cit. (nota 8), 104.

(215) La L. 26.6.1990 n. 162 («Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 dicembre 1975, n. 685, recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»), all'art. 16, introduce una nuova disposizione («abbandono di siringhe»): «Chiunque in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero in un luogo privato ma di comune o altrui uso, getta o abbandona in modo da mettere a rischio l'incolumità altrui siringhe o altri strumenti pericolosi utilizzati per l'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire centomila a lire un milione».

Originariamente si trattava addirittura di una fattispecie penale.

La doppia valenza del rischio (corrispondenza della coppia rilevanza/irrelevanza al binomio sessualità non protetta/protetta) appare convincente sul piano dommatico. Il filtro dell'*erlaubtes Risiko* consente di scremare dal novero degli eventi imputabili quelli frutto di una condotta in definitiva indifferente al diritto penale, permettendo un'operazione di bonifica preliminare senza ricorrere all'analisi dell'elemento soggettivo. Ne guadagna il sistema in termini di efficienza, di snellimento e di 'semplicità d'uso', nonché — laddove possibile, laddove cioè il dolo non condizioni il rischio (*supra*, cap. 2, II, 4) — in unitarietà di soluzione.

Anche la dottrina tedesca mostra di credere allo sviluppo lineare di tale ricostruzione (216).

Un'opinione dissimile, comunque minoritaria, si registra invece in relazione al rapporto sessuale protetto, secondo alcuni costitutivo pur sempre di un' 'azione conforme al tipo', causante un rischio rilevante (217).

La tesi non è esente da censure.

Se l'asserto fosse vero, ne dovrebbe scaturire la punibilità per dolo di chi si congiunge con il partner con l'intenzione di contagiarlo pur sapendo dell'esiguità del rischio connaturato all'atto sessuale *protetto*. Si è già osservato a quali condizioni l'intenzionalità offensiva non modifichi il giudizio di valore preliminare sul rischio. Tutto sommato, però, proprio perché si tratta dell'applicazione di criteri valutativi, la divaricazione delle conclusioni potrebbe addossarsi ad una divergente lettura dei compiti dello Stato sociale e della politica di prevenzione.

Ma se si passa al versante colposo la sfasatura di indirizzi interpretativi non è più giustificabile alla luce di un orientamento alternativo — *lato sensu* — politico-criminale. Dunque, la rilevanza del rischio non creerebbe ostacoli quanto alla responsabilità penale per il malaugurato contagio ad opera del sieropositivo che avesse fatto

(216) Tra i tanti, GEPPERT, cit. (nota 68), 670s.; PRITZWITZ, cit. (nota 190), 439s.; SCHLEHOFER, cit. (nota 74), 2021, che insiste soprattutto — ai fini di delimitare esattamente la nozione di pericolo — sulla necessità di determinare *quanti* rapporti sessuali non protetti sono da prevedersi (cfr. però sul punto la nota 185); in giurisprudenza, LG Nürnberg-Fürth 16.11.1987 (nota 73), 2311.

(217) Così W. FRISCH, cit. (nota 77), 364; conformemente SCHÜNEMANN, cit. (nota 166), 488s.; RENGIER, cit. (nota 198), 231.

uso del profilattico. Non sussistendo il dolo, la colpa andrebbe ricavata dalla violazione di una regola cautelare (218); nella specie il precetto dovrebbe essere congegnato nel modo seguente: 'Costituisce comportamento imprudente il rapporto sessuale, pur protetto, da parte del sieropositivo a conoscenza del suo stato', cosicché, per converso, la prudenza dell'individuo medio si attesterebbe un gradino in giù, nella forma (inevitabile, non sussistendo alternative) della rinuncia al rapporto. Tuttavia una tale disposizione contrasterebbe con le indicazioni mediche, condivise dalle forze politiche che si sono battute per la diffusione del profilattico come efficace mezzo di lotta alla propagazione dell'AIDS. Insomma, è giusto riconoscere l'avvenuta formazione di una norma cautelare (non scritta) che fissa lo *standard* di diligenza nell'uso del profilattico per la categoria dei sieropositivi (219). A parte che — per tornare ad aspetti valutativi — una campagna imperniata sulla castità generalizzata o sulla proibizione del rapporto *tout court* avrebbe effetti controproducenti.

In breve: la nascita di una disposizione preventiva nei limiti, liberali, descritti, implica — per il principio di non contraddizione — la formazione di un'area di adeguatezza sociale corrispondente al *safer sex* anziché al *no sex*.

(218) Per la nostra giurisprudenza rintracciare profili colposi sarebbe pressoché automatico, visto che la misurazione del livello di diligenza è fatta discendere dalla verifica dell'evento e non rintracciata *a priori*.

Cioè: poiché l'evento è stato causato dall'azione umana, ciò indicherebbe la pericolosità della stessa e l'impedibilità del risultato mediante una maggiore diligenza; dunque ci sarebbe colpa! Questo metodo argomentativo, scopertamente viziato, che giunge alla deduzione assiomatica dell'esistenza della regola cautelare dalla produzione della lesione, è più frequente di quanto si possa immaginare, specie in alcuni settori. Inutile aggiungere che la responsabilità colposa scivola così in una responsabilità oggettiva.

(219) Conformità di vedute in PRITZWITZ, cit. (nota 78), 127; KUNZ, cit. (nota 155), 50s., sulla base di una strategia politica condotta in Germania in maniera identica.

In Italia la situazione è per certi versi ambigua. Nel 'decalogo' predisposto dalla *Commissione nazionale per la lotta contro l'AIDS* (nota 16) si consiglia al sieropositivo di «evitare rapporti sessuali o almeno fase uso del preservativo». Il modello comportamentale ci sembra perciò fissato nel rapporto sessuale *protetto*, anche se esso viene accettato, per così dire, 'contro voglia'. Le raccomandazioni inserite nel manuale informativo predisposto dall'*Anlaids* fanno esplicito riferimento all'impiego del profilattico.

Come di consueto, rivolgiamo l'attenzione agli esempi enunciati in precedenza (*supra*, cap. 2,II).

La prostituta, a conoscenza dell'infezione contratta, che si congiunge col cliente senza protezione, crea un rischio illecito; sul versante soggettivo risponderà nelle due situazioni prospettate a titolo di dolo eventuale o diretto (220).

Quanto al rapporto sessuale *protetto* del sieropositivo, esso costituisce una barriera alla *objektive Zurechnung*, quali che siano le finalità dell'agente.

Pur potendo sembrare cinico, il contagio — persino ricercato — è ascrivito al solco dell'indistinto *Lebensrisiko*. L'opzione è immorale; ma la politica criminale segue ragioni prettamente utilitaristiche; la scelta dei mezzi più opportuni è la strategia di campo per raggiungere gli obiettivi prefissati, ed i primi non sempre coincidono con l'etica tradizionale.

Il *leit-motiv* dell'indagine si riduce così a poche proposizioni: pratiche sessuali a rischio compiute dal sieropositivo a conoscenza del suo stato rappresentano un pericolo significativo per l'ordinamento, che si premunisce consentendo l'imputazione degli eventi producibili; al contrario, l'attività sessuale 'sicura' rende irrilevante il rischio, senza pregiudizio dei riflessi soggettivi dell'azione. La sussistenza del rischio significativo elimina l'ostacolo di base ad una ricognizione — successiva — precisa del *Tatbestand*: se doloso (verifica del momento conoscitivo e volitivo) o colposo (verifica dell'inosservanza della regola cautelare, incentrata non sull'*astratta* mancanza di precauzioni durante l'atto sessuale, bensì sulla loro necessità in relazione alla vicenda *concreta*).

(220) La mera continuazione dell'esercizio della professione non costituisce però di per sé un travalicamento dell'*erlaubtes Risiko*: criterio risolutore sono infatti le *modalità* con cui essa viene svolta. La conclusione opposta comporterebbe la stigmatizzazione di un'attività che nell'ordinamento positivo non è vietata, creando una discriminazione ingiusta tra due categorie di cittadini: il malato con un residuale spazio di sessualità ed il deviante-malato privato di tale ambito in forza della finalità mercificatoria da lui attribuita al sesso. Cfr. PRITZWITZ, cit. (nota 190), 437.

Naturalmente il discorso è diverso circa l'opportunità di misure sanitarie interdittive ex artt. 254, 260 R.D. 27.7.1934 n. 1265, giustificabili sotto il profilo della prevenzione di malattie infettive (l'AIDS è tra queste: art. 3 D.M. 28.11.1986), e sulle conseguenze scaturenti.

GIOVANNI ESPOSITO

OSSERVAZIONI SUL DISCORSO PROBATORIO
NEL NUOVO RITO PENALE

1) *Il tema probatorio nella legge-delega del 1987*

Il legislatore delegante del 1987 affida al discorso sulla prova numerose direttive; e ciò fa opportunamente, dal momento che il modello processuale cui si ispira il nuovo rito penale si connota, in modo particolare, sul terreno della « conoscenza giudiziaria » che, pertanto, ne risulta uno dei momenti altamente qualificanti, sia sotto il profilo strutturale sia in sede funzionale, come si vedrà nelle analisi particolareggiate delle singole disposizioni di legge.

Tornando alla legge delega, essa — si diceva — affronta numerose volte la problematica in esame; già in sede di « preambolo » si ritrova un riferimento, sia pur non esplicito, al meccanismo probatorio quando si afferma che « il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione ed adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona ed al processo penale. *Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono* ».

Com'è evidente, il richiamo al modello processuale accusatorio direttamente si collega al momento conoscitivo-probatorio, segnatamente sotto l'aspetto del rapporto tra i soggetti protagonisti della vicenda penale ed i dati di prova (ma sul punto torneremo più oltre); dopo questa previsione « ad ampio spettro », seguono numerose direttive, come detto, che « scandiscono » i singoli tempi della dinamica probatoria: senza alcuna pretesa di completezza e rinviando il lettore, su tematiche particolari, alle relative sedi, ne richiamiamo, dunque, le principali (1).

(1) Circa i rapporti tra legge-delega e progetto preliminare sulla tematica in esame, cfr. MONDELLO, *Interrogativi sulla compatibilità tra progetto e delega nella disciplina concernente le prove e il dibattimento*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 734 ss.

La direttiva n. 3, innanzitutto, affronta il problema, nodale, della parità partecipativa delle parti (specificamente accusa e difesa) e così si esprime: « partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento; facoltà del pubblico ministero e delle altre parti, dei difensori e della persona offesa di indicare elementi di prova e di presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento; obbligo del giudice di provvedere senza ritardo e comunque entro termini prestabiliti sulle richieste formulate in ogni stato e grado del procedimento dal pubblico ministero, dalle altre parti e dai difensori » (2).

Solo incidentalmente ricordiamo ancora la direttiva 40 che disciplina l'istituto dell'incidente probatorio, com'è noto momento eccezionale di anticipata acquisizione probatoria.

Al discorso, invece, che qui stiamo sviluppando si riferisce, in maniera immediata, la direttiva n. 69: « disciplina della materia della prova in modo idoneo a garantire il diritto del pubblico ministero e delle parti private ad ottenere l'ammissione e l'acquisizione dei mezzi di prova richiesti, salvo casi manifesti di estraneità ed irrilevanza ».

Più nello specifico, ai rapporti tra pubblico ministero e difensori da un lato e imputato, testimoni e periti dall'altro, provvede la direttiva 73: « esame diretto dell'imputato, dei testimoni e dei periti da parte del pubblico ministero e dei difensori, con garanzie idonee ad assicurare la lealtà dell'esame, la genuinità delle risposte, la pertinenza al giudizio e il rispetto della persona, sotto la direzione e la vigilanza del presidente del collegio o del pretore, che decidono immediatamente sulle eccezioni; previsione che l'esame dei testimoni minorenni possa essere effettuato in ogni momento dal giudice, tenute presenti le esigenze di tutela della personalità; potere del presidente, anche su richiesta di altro componente il collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle

(2) Sul tema specifico, cfr. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove*, Jovene 1989, 85 ss.; AMODIO, *Non sarà un processo all'americana*, in *Studio legale*, 1988, n. 4, 6 ss.; GALLO, *La riforma del codice di procedura penale: una scelta consapevole*, in *Leg. pen.*, 1989, 71 ss.; PISAPIA, *Un nuovo modello di processo*, ivi, 77 ss.

parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova » (3).

Per completezza, si riporta anche la direttiva n. 75, relativa al dibattimento: « obbligo del giudice del dibattimento di assumere, salvo che risulti superfluo l'assumere, le prove indicate a discarico dell'imputato sui punti costituenti oggetto delle prove a carico, nonché le prove indicate dal pubblico ministero a carico dell'imputato sui punti costituenti oggetto delle prove a discarico » (4); ai « segreti » è dedicata la statuizione n. 70: « previsione che il pubblico ministero o il giudice al quale venga opposto, nei casi consentiti dalla legge, dai pubblici ufficiali, dai pubblici impiegati e dagli incaricati di pubblico servizio, il segreto di Stato chieda conferma al Presidente del Consiglio dei ministri; previsione che, in caso di confermata segretezza, ove la conoscenza di quanto oggetto del segreto sia essenziale per la definizione del processo, venga dichiarato di non doversi procedere nell'azione penale per l'esigenza di un segreto di Stato; previsione che nessun tipo di segreto possa coprire fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale; previsione dei casi di segreto professionale; previsione del segreto giornalistico limitatamente alle fonti delle notizie, salvo che le notizie stesse siano indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità possa essere accertata soltanto attraverso l'identificazione della fonte della notizia ».

Rispettando sempre l'architettura del nuovo codice, al mezzo di prova della testimonianza segue quello che riguarda il nuovo istituto dell'esame delle parti.

Oltre le direttive già citate, meritano qui menzione la n. 14, in tema di procedimenti connessi, e la n. 36 che si riferisce alla assunzione da parte di un determinato soggetto della qualità di imputato. Leggiamole; direttiva 14: « disciplina dell'istituto della

(3) Sull'argomento, cfr. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 170 ss.; FREDAS, *L'avvocato e il testimone nel nuovo processo penale*, *ivi*, 317 ss.; TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *R.I.D.P.P.*, 1989, 469 ss.

(4) Sul tema, v. BONETTO, *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Quaderni CSM*, 1989, 471; ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nelle legge delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1988, 95 ss.

connessione con espressa previsione dei relativi casi; esclusione di ogni discrezionalità nella determinazione del giudice competente; esclusione della connessione nel caso di imputati minorenni; disciplina dei casi di separazione dei procedimenti anche in grado di appello»; direttiva 36: «assunzione della qualità di imputato da parte della persona cui è attribuito un reato nella richiesta del giudizio immediato o direttissimo o per decreto, dell'udienza preliminare, ovvero nella richiesta di una misura di coercizione personale o reale, o comunque nei cui confronti viene formulata una imputazione; estensione delle garanzie previste per l'imputato alla persona nei cui confronti vengono compiuti atti suscettibili di utilizzazione probatoria nell'udienza preliminare, nel giudizio o comunque ai fini decisori».

In relazione ai confronti, alle ricognizioni ed agli esperimenti giudiziali, la legge-delega parla di questi singoli mezzi di prova in diverse disposizioni, segnatamente per evidenziare i soggetti processuali legittimati alla loro realizzazione; al riguardo, si riporta la direttiva n. 37 («potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale e dello accertamento di fatti specifici, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato; potere del pubblico ministero, ai fini suddetti, di interrogare l'imputato, di raccogliere informazioni, di procedere a confronti, a individuazioni di persona e di cose, ad accertamenti tecnici, ad ispezioni, di disporre perquisizioni, sequestri e, previa autorizzazione del giudice, intercettazioni di conversazioni e di altre forme di comunicazione; possibilità che il pubblico ministero, nei casi di urgenza, disponga direttamente l'intercettazione, che deve essere convalidata entro quarantotto ore dal provvedimento del pubblico ministero; divieto a pena di nullità insanabile di utilizzazione di intercettazioni compiute in mancanza di provvedimento di convalidato potere del pubblico ministero di avvalersi per le indagini della polizia giudiziaria, che non può essere delegata ad interrogare l'imputato né ad effettuare il confronto con il medesimo; obbligo del pubblico ministero di documentare l'attività compiuta secondo specifiche e differenziate modalità»), nonché la n. 47 («obbligo del pubblico ministero, qualora sia prevista l'autorizzazione a procedere, di farne richiesta prima di chiedere l'udienza preliminare o il giudizio immediato nei confronti della persona per la quale occorre l'autorizzazione, e comunque non oltre trenta giorni dalla iscrizione nel registro indicato nel numero trentacin-

que), del nominativo della persona il cui reato è attribuito e rispetto alla quale è prevista l'autorizzazione; prima dell'autorizzazione stessa e fuori del caso di flagranza dei delitti previsti dalle lettere a) e b) del numero 32), divieto di disporre misure di coercizione personale nei confronti della persona per la quale occorre l'autorizzazione e di sottoporla a perquisizioni personali e domiciliari, a ispezioni personali, a ricognizioni e confronti, e ad intercettazioni di comunicazioni; potere di assumere l'interrogatorio della persona per la quale occorre l'autorizzazione, solo se questa ne fa istanza »).

Circa la perizia, il legislatore delegante si è preoccupato di dedicare ad essa una specifica direttiva, la n. 10: « riordinamento dell'istituto della perizia, assicurando la più idonea competenza tecnica e scientifica dei periti, nonché, nei congrui casi l'interdisciplinarietà della ricerca peritale e la collegialità dell'organo cui è affidata la perizia; tutela dei diritti delle parti rispetto alle perizie; previsione di sanzioni a carico del perito in caso di ingiustificato ritardo nel deposito della perizia » (5).

Infine, in riferimento all'ultimo mezzo di prova (documenti) le direttive ancora da ricordare, oltre quelle già citate innanzi in relazione ad altri istituti, sono: la n. 30 (« previsione della trasmissione, in casi predeterminati, di informazioni e di copie di atti, anche coperti da segreto, ad altra autorità giudiziaria penale, e, ai fini della prevenzione di determinati delitti, al Ministero dell'interno; facoltà del destinatario della richiesta di trasmissione di rigettarla con decreto motivato »); la n. 31 (« potere-dovere della polizia giudiziaria di prendere notizia e di descrivere i fatti costituenti reato compilando i verbali relativi alle attività compiute, di assicurare le fonti di prova e di impedire che i reati vengano portati ad ulteriori conseguenze; obbligo della polizia giudiziaria di riferire al pubblico ministero immediatamente e comunque non oltre quarantotto ore, anche oralmente, la notizia del reato indicando le attività compiute e gli elementi sino ad allora acquisiti con divieto di ogni utilizzazione agli effetti del giudizio, anche attraverso testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa rese da testimoni o dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, senza l'assistenza della difesa; potere-dovere della polizia giudiziaria, sino a che il pubblico ministero non abbia impartito le direttive per lo svolgimento delle indagini, di raccogliere ogni elemento utile alla

(5) Sul punto, cfr. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica*, cit.

ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole e di assumere sommarie informazioni da chi non si trovi in stato di arresto o di fermo, con l'assistenza del difensore; potere-dovere della polizia giudiziaria di compiere gli atti ad essa specificatamente delegati dal pubblico ministero e di svolgere, nell'ambito delle direttive da esso impartite, tutte le attività di indagine per accertare i reati, nonché le attività richieste da elementi successivamente emersi, informando, in tal caso, prontamente il pubblico ministero; potere-dovere della polizia giudiziaria di procedere, in casi predefiniti di necessità e di urgenza, a perquisizioni ed a sequestri; potere-dovere della polizia giudiziaria di assumere sul luogo o nell'immediatezza del fatto, anche senza l'assistenza del difensore, notizie ed indicazioni utili ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini, con divieto di ogni documentazione e utilizzazione processuale, anche attraverso testimonianze della stessa polizia giudiziaria; previsione specifica di garanzie difensive, tra le quali devono essere comprese quelle relative agli atti non ripetibili »); ed, infine, la n. 76 (« previsione, a condizioni specificamente determinate, del diritto delle parti di richiedere e del potere del giudice di disporre, anche d'ufficio, la lettura in dibattimento degli atti indicati nel n. 57) del presente articolo; facoltà delle parti di utilizzare, per le opportune contestazioni, gli atti depositati ai sensi del n. 58) del presente articolo; potere del giudice di allegare nel fascicolo processuale, tra gli atti utilizzati per le contestazioni, solo quelli assunti dal pubblico ministero cui il difensore ha diritto di assistere e le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto; previsione di una specifica, diversa disciplina per gli atti assunti dal pubblico ministero di cui è sopravvenuta una assoluta impossibilità di ripetizione ») (6).

Veniamo ora ai singoli mezzi di ricerca delle prove; delle ispezioni, delle perquisizioni e dei sequestri già trattano alcune delle direttive riportate innanzi: si rinvia, in particolare, a quelle dei nn. 31 - 37 - 47.

In questa specifica sede si riporta la direttiva n. 38 che imme-

(6) Al riguardo, v. BELLAGAMBA, *L'utilizzazione degli atti, la valutazione della prova*, in *quaderni CSM*, 1989, 543 ss.; BONETTO, *La formazione della prova*, cit.; CAVALLARI, *Organizzazione giudiziaria, ricerca e acquisizione della prova*, in *Giust. pen.*, 1987, III, 193 ss.

diatamente riguarda il « momento difensivo »: (« diritto dell'imputato di nominare un difensore; previsione specifica degli atti del pubblico ministero ai quali il difensore ha diritto di assistere, tra cui devono essere compresi l'interrogatorio e i confronti con l'imputato, nonché le perquisizioni e le ispezioni; previsione del diritto del difensore di ricevere avviso del compimento degli atti cui ha diritto di assistere, escluse le perquisizioni e i sequestri; disciplina del deposito degli atti compiuti dal pubblico ministero e previsione di ipotesi di dilazione del deposito in relazione a gravi motivi; obbligo del pubblico ministero di comunicare all'imputato e, in copia, alla persona offesa gli estremi dei reati per cui sono in corso le indagini, a partire dal primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere »).

Chiudiamo questa elencazione (che certo risulterà utile nel prosieguo del presente lavoro quando analizzeremo le singole norme del codice di rito relative, in particolare, al tema probatorio, verificandone la « conformità » o meno alla volontà del legislatore delegante) riportando la direttiva n. 41, che seppur in via non esclusiva, affronta analiticamente il problema delle intercettazioni di conversazioni (o comunicazioni): (« determinazione della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e di altre forme di comunicazione in attuazione dei seguenti principi:

a) predeterminazione dei reati per i quali sono ammesse le intercettazioni e di quelli per i quali sono utilizzabili le intercettazioni effettuate in un diverso processo;

b) predeterminazione della durata e delle modalità delle intercettazioni disposte;

c) annotazione in apposito registro dei decreti motivati che dispongono o prorogano le intercettazioni;

d) individuazione degli impianti presso cui le intercettazioni telefoniche possono essere effettuate;

e) conservazione obbligatoria presso la stessa autorità che ha disposto l'intercettazione, della documentazione integrale delle conversazioni e delle altre forme di comunicazioni intercettate; determinazione dei casi nei quali, a garanzia del diritto alla riservatezza, tale documentazione deve essere distrutta;

f) previsione di sanzioni processuali in caso di intercettazioni compiute in violazione della disciplina di cui alle lettere precedenti »).

2) Prova e modello processuale accusatorio

Prima di affrontare, nello specifico, l'analisi delle norme che nel nuovo codice di rito penale regolano la materia probatoria, non sarà inopportuna qualche, pur rapida, riflessione in ordine a quella che, con espressione sintetica ma efficace, può definirsi « cultura del rituale accusatorio »; essa si storicizza all'interno di quelle realtà sociali nelle quali « gli individui contano qualcosa » e la vicenda processuale non si propone come « un'avventura in cui l'agonista ha tutto e tutti contro e solo al miracolo può puntare » (7).

In altri termini, meccanismo inquisitorio e meccanismo accusatorio sono naturalmente agli antipodi, individuando due modi, del tutto diversi, di intendere ciò che nel processo accade: il primo concepisce un giudice al quale la legge accorda illimitato e totale credito — e ciò spiega, tra l'altro, perché all'inquisito non sia permesso quasi mai interloquire —; nel secondo vige, viceversa, *la regola del dialogo* (8): ciò che si fa nel giudizio accade pubblicamente; non solo, ma, in particolare, tutte le iniziative tese alla formazione della prova in tanto sono ortodosse ed efficaci in quanto compiute con la partecipazione originaria ed autentica di tutti i contraddittori. Dunque, il sistema accusatorio determina, altresì, « agonismo paritetico reale » e può dirsi che più accusatorietà avremo quanto meno... conterà (ovviamente, in termini di incidenza operativa all'interno, nello specifico, della tematica probatoria) il giudice, così essendo « autenticamente terzo ». Conseguie, sempre sul terreno segnatamente probatorio, che tale sistema realizza un dominio (quasi) totale della prova e dei relativi « veicoli » nelle mani delle parti, solo residuale, eventuale ed eccezionale essendo la

(7) Le espressioni virgolettate sono di CORDERO, *Guida alla procedura penale*, 1986, 42 ss.

(8) (Attenzione: inquisitorio può rimanere lo spirito con cui si « intendono » le norme e questa è una situazione più difficilmente superabile, poiché attiene non al dato positivo, bensì a quello squisitamente culturale e, se si vuole, di costume). Sull'argomento, V. FERRUA, *Scelte accusatorie e reviviscenza inquisitoria nel nuovo processo penale*, in *Difesa penale*, 1989; SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Leg. pen.*, 1989, 84 ss.; VASSALLI, *Il nuovo codice di procedura penale: spigolature ed osservazioni*, in *Leg. pen.*, 1988, 72.

incidenza del giudice al riguardo (9); qui davvero l'«operazione-prova» costituisce una verifica argomentativa. Oltre le note polivalenze del termine «prova» e le altrettanto note (e numerose) classificazioni fatte dalla dottrina in ordine alla prova, essa è, sempre e comunque, un'operazione che mira alla ricerca della verità: non a caso i greci — che dei rapporti tra linguaggio e concetto se ne intendevano non poco — chiamavano la verità con il termine «*alètheia*», cioè non-oblio, memoria, ricordo; *verità come recupero di memoria*, dunque. Per i romani, la «*probatio*» ha radice comune a «*probus, probum*», ciò che è buono, giusto, corretto (10).

Nel sistema accusatorio la prova è sempre, come già osservato innanzi, ricercata e voluta dalle parti che, conseguentemente, la verificano in un contraddittorio reale, contraddittorio che, in tal modo, è *per* la prova, non *sulla* prova (siccome, appunto, accade nei sistemi inquisitori e misti, dove l'«*audiatur et altera pars*» è soltanto sovrastruttura, impalcatura fittizia, in quanto tale influente su di un meccanismo conoscitivo-probatorio già compiuto, già realizzato, per cui quello che si instaura è *contraddittorio apparente*, non reale). Corollario di tanto è che, nel sistema accusatorio, la prova si «forma» davanti al giudice, sotto i suoi occhi, nella pienezza del dibattimento (invero, anche l'incidente probatorio — momento eccezionale di anticipata formazione della prova — è istituito che, pur con tutte le riserve di cui si dirà ampiamente più oltre, un certo contraddittorio reale lo rispetta e lo realizza).

Il nuovo rito penale italiano si pone, sulla specifica problematica circa i modelli processuali riguardati nell'ottica probatoria, come un

(9) Sul tema, V. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove*, Iovene 1989, 93 ss.; MENCARELLI, *L'utilizzazione e l'acquisizione delle prove nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 84 ss.; NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedure penale*, in *Foro it.*, 1989, 274 ss.; PISAPIA, *Un nuovo modello*, cit.

(10) Sempre CORDERO, sul tema, così si esprime: «ogni ipotesi sul passato esige analisi che la verifichino. Chiamiamo prova quest'operazione» (Guida alla procedura penale, 1986, 318).

Sul tema, oltre gli Autori citati in precedenza, v. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro cit.*, 1988, 357 ss.

In ordine al rapporto prova-procedimento probatorio-processo, si rinvia a Siracusano, in *Manuale di Diritto processuale penale*, Giuffrè, 1990, I, 371 ss.

sistema « a tendenza accusatoria » (11); come tale ha in sé istituti che... divaricano rispetto alle linee-guida dell'accusatorietà pura (si pensi, sul tema, alla valenza probatoria degli atti non ripetibili compiuti nella fase preliminare, la cui « pericolosità genetica » non può dirsi certo superata del tutto dalle garanzie, più formali che sostanziali, previste; ancora, a quelle acquisizioni probatorie che restano « saldamente » nelle mani del pubblico ministero) (12).

Per tornare soltanto un attimo al discorso introduttivo, va detto che il « diritto alla prova », inteso nella sua più lata accezione, è sicuramente momento nodale del diritto di difesa (qui non si può certo non ricordare l'Opera del Carulli, *La difesa dell'imputato*, con tutte le sue implicazioni « datate », nonché quanto ebbe ad osservare il Vassalli in un suo famoso scritto, vale a dire il « diritto di difendersi *provando* »).

Tanto rilevato, davvero a schema, in ordine ai connotati-base del sistema inquisitorio e di quello accusatorio, avviciniamoci ora all'analisi di quanto previsto, sul tema, dal nuovo codice di procedura penale; una prima visione d'insieme consente di dire che esso contiene una precisa architettura normativa sulla prova divisa in tre parti: 1) disposizioni generali; 2) mezzi di prova; 3) mezzi di ricerca della prova. I « veicoli » sub 2) sono così individuati: testimonianza, esame delle parti, confronti, riconoscizioni, esperimenti giudiziali, perizia, documenti; quelli sub 3) sono: ispezioni perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

3) *I principi informatori del nuovo impianto processuale in ordine al discorso probatorio. Le disposizioni generali* (artt. 187-193)

Il sistema in esame individua i seguenti dati-base che possono così riassumersi:

- a) sostanziale unità delle regole probatorie;
- b) normativa generale sulle prove;

(11) V. AMODIO, *Non sarà un processo all'americana*, cit.; GALLO, *La riforma*, cit.; SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli*, cit.

Su di un piano più ampio e generale, cfr. CONSO, *Problemi di metodo e scelte di fondo*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 513 ss.

(12) Sull'argomento specifico circa la parità partecipativa tra accusa e difesa sul terreno probatorio V. ampiamente CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove*, cit., 85 ss.

c) dicotomia, già citata innanzi, « mezzi di prova-mezzi di ricerca della prova » legislativamente prevista, a superare in tal modo le infinite classificazioni dottrinali (più o meno reali e fondate) per offrire all'interprete ed all'operatore punti precisi di riferimento: ciò, naturalmente, non sta affatto a significare che la classificazione data sia quella esatta e definitiva, ma, almeno a livello normativo si hanno « momenti di certezza » che non possono non essere visti con oggettivo favore.

Tutto il sistema normativo indicato, nelle sue tematiche portanti, ruota sul concetto di « triangolarità operativa reale » tra accusa, difesa e giudice, quest'ultimo essendo momento terminale, di sintesi dell'attività conoscitiva realizzata; ogni devianza rispetto a questa figurazione logico-geometrica determina guasti irreparabili e, in fine, il fallimento di tutto l'assetto probatorio all'interno del sistema disegnato: da qui l'assoluta necessità del rispetto autentico e totale delle regole, nonché dei rispettivi ruoli (ma su ciò torneremo oltre).

Verifichiamo ora le fondamentali norme d'ordine generale che, nel nuovo rito penale, disciplinano il tema probatorio nella sua specifica ottica, appunto, a tendenza accusatoria.

A) Con l'art. 187 si statuiscono i confini precisi dell'oggetto della prova; in questo modo la « domanda-azione » avrà contorni definiti e netti che non potranno essere valicati con conseguenti proliferazioni illimitate di vicende penali (13).

B) Disciplinando poi le prove non previste specificamente, lo art. 189 introduce il principio di non tassatività dei mezzi di prova; meglio, viene codificata una sorta di « tassatività aperta » e questo mi sembra del tutto ortodosso in relazione ad un sistema « di marca » accusatoria, dove, appunto, il meccanismo probatorio appartiene per intero alle parti (14). Viceversa, una simile previsione, nel vecchio sistema avrebbe ingenerato incredibili disfunzioni (ecco perché crediamo che la migliore dottrina ben ha ritenuto, per il passato, di seguire la strada della tassatività, stante il relativo impian-

(13) Al riguardo, v. CARULLI, *op. cit.*, 88.

(14) Salva l'ipotesi di cui al successivo art. 190, 2 per il quale le prove vengono ammesse di ufficio, Su questo tema cfr. CARULLI, *op. e loc. ult. cit.*; ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, GIUFFRÈ, 1982.

to normativo): i limiti operativi sono due ed attengono all'idoneità del mezzo probatorio ai fini dell'accertamento della verità ed al non-pregiudizio per la libertà morale della persona.

C) La prova come *diritto* è trattata nell'art. 190: la relativa violazione trova immediato e puntuale riscontro nella ricorribilità per cassazione ex art. 606.1, lett. d) (15).

D) Il profilo della patologia, invece, trova la sua collocazione nell'art. 191 che introduce la regola di esclusione della inutilizzabilità (istituto, per altro, non ignoto al vecchio sistema), categoria che aggredisce direttamente la « sostanza » dell'atto e non il suo momento meramente formale, siccome avviene per le nullità: anche qui vi è un preciso aggancio in sede di ricorribilità ai sensi e per gli effetti di cui al citato art. 606.1, lett. c) (16).

E) Il rapporto tra momento probatorio, libero convincimento ed obbligo di motivazione (centrale, rispetto a tutta la vicenda penale) viene regolato dal successivo art. 192. La norma è di quelle « nate tormentate »: invero, la sua prima stesura nel progetto preliminare viene mutata, e di molto, nel testo definitivo; tra le « variazioni », una riguarda la eliminazione dell'espressione « con

(15) Circa lo specifico tema, ma anche in relazione a quanto si dirà oltre, si rinvia il lettore all'Opera del CARULLI, *Dell'archiviazione*, cit., 93 ss. All'esercizio del diritto alla prova da parte dei difensori è dedicato l'art. 38 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura 32 bis penale; la norma così dispone:

«1. Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'Articolo 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possono dare informazioni.

2. L'attività prevista dal comma 1 può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati ».

(16) Sull'argomento, oltre CARULLI, *op. cit.*, 99-107, v. MENCARELLI, *L'utilizzabilità e l'acquisizione delle prove nel nuovo sistema processuale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 84 ss.; NOBILI, *Il regime di utilizzabilità degli atti e natura probatoria*, in *contributo allo studio del nuovo processo penale*, a cura di MELCHIONDA, Maggioli editore 189, 109 ss.; SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, 382 ss.

Ricordiamo ancora la disposizione di cui all'art. 26 che disciplina le prove acquisite dal giudice incompetente. Sull'argomento, si vedono, tra gli altri, ILLUMINATI, *La riforma*, cit.; MENCARELLI, *L'utilizzazione*, cit.; BELLAGAMBA, *L'utilizzazione degli atti*, cit.; CAVALLERI, *Organizzazione giudiziaria*, cit.; FERRUA, *Scelte accusatorie*, cit.; ZAPPALÀ, *Prime note*, cit.

obbiettività e prudenza » riferita al giudice quando valuta la prova. Forse essa sarà suonata « offensiva » o forse altre, sconosciute a chi scrive, motivazioni reali hanno indotto ad una tale soppressione. Credo, molto sommessamente, che l'espressione « de qua » ben poteva rimanere, senza... offesa per nessuno, chiaro essendo il suo riferimento diretto ed immediato ad una precisa attività del giudice (valutazione, appunto, della prova) e non al suo « essere giudice »; in tal caso certo poteva parlarsi di frase inopportuna, atteso che il giudice è « naturalmente » obbiettivo, prudente, imparziale e quant'altro (17).

F) Ancora, e finalmente, viene risolto a livello normativo lo spinoso problema relativo alla valutazione delle dichiarazioni dei chiarimenti in correità (l'espressione è usata nella sua accezione più lata): queste sono valutate, dunque, insieme agli « altri elementi di prova » (meglio della dizione del progetto « alle prove o agli indizi ») che « ne confermano l'attendibilità » (art. 192.3).

Pertanto, nessuna valenza probatoria, più o meno esclusiva, ad esse, bensì una loro « lettura » di necessità sostenuta da momenti probatori esterni; per la verità si tratta della « traduzione normativa » di una tesi da tempo sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza (18); è il caso di ricordare anche altre previsioni della norma in esame: la prima, relativa agli indizi, per la quale essi devono essere « gravi, precisi e concordanti » al fine di poterne desumere l'esistenza di un fatto (art. 192.2), la seconda che si collega al discorso, già affrontato nel testo, in relazione alla chiamata di correo: per essa « la disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371, comma 2, lettera b) »: è, questo, il quarto (ed ultimo) comma dell'articolo in questione.

Si tenga presente che questa norma, siccome altre indicate specificamente nell'art. 245 delle norme di attuazione, di coordinamento

(17) Al riguardo, cfr., FASSONE, *L'utilizzazione degli atti, la valutazione della prova*, in *quaderni CSM*, 1989, 527 ss.; ILLUMINATI, *La riforma cit.*; In un'ottica più ampia relativamente al tema "processo-garanzie della persona", cfr. DALIA, *In Manuale di Diritto processuale penale, cit.*, 35 ss.; Siracusano, *ivi*, 399 ss.

(18) Si rinvia, sul tema, a ESPOSITO G., *La chiamata in correità*, II ed., 1988, *Editoriale scientifica*, anche per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

e transitorie, è applicabile ai procedimenti che continuano ad essere regolati dalle norme anteriormente vigenti.

G) In relazione poi ai limiti di prova la relativa disciplina appartiene all'art. 193; per tale previsione di legge il processo penale non « soffre » dei « limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza ».

Come si rileva agevolmente, si tratta di una statuizione dall'ermeneutica assolutamente piana e coerente con tutto il nuovo impianto processuale.

4) *Alcuni rilievi circa i singoli mezzi di prova...*

Per la specifica natura e finalità del presente lavoro, sarebbe davvero un fuor d'opera soffermarsi sui dettagli ermeneutici delle singole regole probatorie introdotte dal nuovo sistema (attività, questa, da riservarsi ad una trattazione monografica); fatta, dunque, una tale necessaria e doverosa premessa, offriamo alcune notazioni in ordine ai singoli mezzi di prova, notazioni afferenti gli aspetti più salienti delle relative norme; partirei, peraltro, da un rilievo a proposito dell'espressione « mezzi di prova »: forse, meglio sarebbe parlare all'uopo, di « mezzi di giudizio » e la specificazione, com'è intuitivo, non è soltanto di natura terminologica.

1) Iniziando la nostra analisi dall'istituto della testimonianza, diciamo subito che esso viene puntualmente disegnato, nei suoi limiti e nel suo oggetto, nell'art. 194; di rilievo è poi la disciplina della c.d. « testimonianza indiretta » (cfr. art. 195): i nord-americani la chiamano, efficacemente, « second hand evidence ». Nel nostro nuovo sistema essa non ha « cittadinanza probatoria », ma serve soltanto per introdurre, nel giudizio, colui che *direttamente* conosce i fatti in esame; unica... salvezza di legge è data dai casi di morte, infermità di mente, irreperibilità del soggetto (art. 195.3) (19): quest'ultima evenienza — ma le altre, per vero, non sono da

(19) Sul tema, v. CARULLI, *op. cit.*, 104. Più in generale, cfr., FREDAS, *L'avvocato e il testimone*, *cit.*; FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizione testimoniali*, GIUFFRÈ, 1981; NOBILI, *Concetto di prova*, *cit.*, Per delle puntuali notazioni in sede di diritto comparato, v. CORDERO G., *La testimonianza nel diritto inglese*, in *R.I.D.P.P.*, 1985, 194 ss.; Siracusano, *op. ult. cit.*, 408 ss.

meno! — determina, com'è intuitivo, momenti di estrema « fragilità » dell'istituto, nonché situazioni di concreto ed oggettivo pericolo sul terreno della conoscenza effettiva e dell'accertamento della verità.

Anche in questa ipotesi, eccettuato quanto da ultimo rilevato, la patologia è individuata in termini di inutilizzabilità.

Molto importante, oltre che concretamente positiva, è la previsione per la quale ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria non possono « deporre sul contenuto di dichiarazioni acquisite da testimoni » (art. 195.4), nonché su quelle rese dall'imputato ovvero dalla persona sottoposta alle indagini (sul punto, cfr. art. 66).

Un ultimo rilievo, soltanto in ordine cronologico, riguarda lo istituto dell'incompatibilità: l'art. 197 risulta, nel testo definitivo, opportunamente e profondamente modificato rispetto alla stesura del progetto preliminare che introduceva nel nuovo sistema l'incredibile figura del... « condannato-testimone » (20); ora vengono correttamente recuperate le ipotesi in cui vi è divieto di testimonianza per i coimputati del medesimo reato, per le persone imputate in un procedimento connesso, escluso naturalmente il caso di soggetto prosciolto con sentenza divenuta irrevocabile (le relative formule di proscioglimento non sono più elencate, essendo scomparso dal nuovo rito quella dubitativa). Gli altri divieti previsti nelle lettere b), c) d), dell'articolo in esame non offrono particolari problemi ermeneutici, per cui si rinvia alla loro semplice lettura.

Qualche parola sui « segreti »; oltre ad una articolata disciplina del segreto di Stato (cfr. art. 202) e di quello di ufficio (v. art. 201), il nuovo codice di rito si occupa compiutamente del segreto professionale (21), nello specifico per i giornalisti professionisti (art. 200):

(20) L'art. 197, nella sua prima dizione, così statuiva: « Incompatibilità con l'ufficio di testimone.

1. Non possono essere assunti come testimoni:

a) l'imputato e i coimputati di uno stesso reato o di un reato connesso a norma dell'articolo 12, salvo che essi siano stati prosciolti o condannati con sentenza non più soggetta a impugnazione;

b) il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria;

c) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o segretario».

(21) Si tenga a mente, al riguardo, la statuizione di cui all'art. 222 comma 4, norme di coordinamento che così recita:

« Ai fini di quanto previsto dall'articolo 200 del codice, l'investigatore auto-

la problematica è nota; sono in gioco principi di rilevanza costituzionale ed ora il legislatore ha voluto, per questi soggetti, una disciplina precisa. Tuttavia, la solita « salvezza » di cui al comma 3) dell'articolo in esame lascia di certo in piedi profonde perplessità, atteso che siamo in presenza di una norma che, se malamente gestita, può vanificare nel concreto il « diritto al segreto »: basta, invero, leggere la disposizione indicata per convincersi della fondatezza del nostro assunto (22).

Circa, infine, i testimoni, sospettati di falsità, reticenza ovvero renitenza, l'art. 207 individua una disciplina del tutto nuova che sottrae definitivamente al giudice quell'antico, incredibile potere-dovere in forza del quale il testimone, comunque, se « non in linea », rischiava l'arresto in udienza, un subitaneo giudizio ed, a volte, di finire la sua giornata con la... traduzione in carcere!

Coerentemente con i principi informatori del sistema accusatorio il testimone è ora ritenuto veicolo probatorio nelle mani delle parti; in quanto tale ed in questa veste entra e resta nel procedimento « de quo »; eventuali momenti di reità sua, ex art. 372 c.p., dovranno essere verificati a parte ed all'uopo, il giudice informerà il pubblico ministero trasmettendogli i relativi atti (cfr. art. 207.2) (23).

Da ultimo osserverei, proprio in ordine all'istituto della testimonianza, come a noi tutti sia assolutamente sconosciuta ogni tecnica culturale (ed operativa) relativa alle indagini sul terreno della prova: questo, in via generale; nello specifico, davvero occorrerà « inventare » il rapporto con il testimone *prima* del giudizio e, infine, *nel* giudizio. Ignoriamo, invero, tutti i comportamenti afferenti la c.d. « cross-examination » (di cui parleremo oltre), comportamenti che trovano le loro radici, tra l'altro, nella psicologia sperimentale, nella socio-linguistica, nella tecnica delle comunicazioni di

rizzato è equiparato al consulente tecnico (il rinvio, nello specifico, è alla lettera b) del primo comma, nonché del successivo, dell'art. 200 in esame).

(22) « Art. 200: (Segreto professionale)...

3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti... Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni ».

(23) Si veda, per l'applicabilità di questa regola anche ai procedimenti disciplinati dal vecchio codice, l'art. 245, norme di attuazione, *cit.*

massa. Per dirla con Gullotta «vi è domanda e domanda» ed il conseguente uso strategico può risultare decisivo nella determinazione del giudizio (24).

Non è questa la sede per una indagine puntuale su tale affascinante terreno: si dirà qui, soltanto a titolo esemplificativo, che tra accusa e difesa non vi è differenza sulle tecniche di escussione del *proprio* testimone: tutti e due si affidano a «domande aperte» (tipo: chi, cosa, come) dal momento che in sede di esame diretto si vogliono soltanto informazioni; ovviamente, essendo un «proprio» testimone, si sa *cosa può dare* e si comincia a «chiudere» con le domande nel momento in cui si vogliono maggiori dettagli (questa tecnica si definisce «sequenza ad imbuto»).

Nel contro-esame, vale a dire nella vera e propria *cross-examination*, le cose cambiano radicalmente: l'accusa si affida a «domande chiuse» con relative risposte disgiuntive (del tipo «sì o no»), mentre la difesa si serve essenzialmente di domande dichiarative (o retoriche): si tratta di proposizioni che solo apparentemente sono domande, ma in realtà affermano più di quanto richiedono (ad esempio: «lei dunque quel giorno ha visto il sig. Bianchi uscire di casa?»). D'altra parte, che nel contro-esame sia consentito «suggerire» la risposta è concretamente previsto nel nuovo codice: basta, all'uopo, leggere con attenzione la norma ex art. 499, in particolare il suo terzo comma, per comprendere agevolmente come tale assunto sia assolutamente incontestabile (25).

2) Circa l'esame delle parti specificamente si osserva come:

a) l'interrogatorio è un *diritto*, giammai un obbligo per lo imputato;

b) conseguentemente, egli può tacere del tutto (ovvero in parte): il suo silenzio non potrà avere alcuna significazione probatoria-processuale, individuando oggettivamente un dato *neutro*;

c) infine, per l'esame di persona imputata di reato connesso, la disciplina ex art. 210 riproduce, a grandi linee, quella del vecchio

(24) GULLOTTA, *L'uso strategico delle domande nel nuovo processo penale*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia, atti del convegno di Venezia* (7-9 ottobre 1988), a cura di E. FORTUNA e A. PADOAN, Cedana 1989, 161 ss.; DATILO, *A proposito dell'interrogatorio incrociato*, in *Giust. pen.*, 1989, 376 ss.

(25) Sull'argomento e nei termini indicati nel testo, cfr. GULLOTTA, *op. e loc. cit.*

combinato disposto ex artt. 348 bis-450 bis c.p.p.; naturalmente, non va dimenticato il necessario, fondamentale raccordo con il citato art. 192 in termini di valutazione probatoria (26).

3) Per gli altri mezzi di prova, non occorre alcun particolare momento di riflessione, ad eccezione dei seguenti rilievi:

a) la disciplina dei confronti e delle ricognizioni trova, nel nuovo sistema, una dettagliata analisi; in particolare, per la seconda, le relative norme (artt. 213-217), lette ed esaminate con la dovuta attenzione, consentono di rilevare momenti di assoluta originalità che, concretamente, vanno a superare antiche situazioni in ordine all'istituto « de quo » che fino ad oggi hanno finito con il vanificarne la pratica ed i relativi risultati: di rigore è, in questo caso, il rinvio alle dette disposizioni con conseguente, meditata riflessione.

b) a proposito della perizia, ne rileviamo in positivo l'articolata e puntuale determinazione, il rispetto autentico e pieno del principio del contraddittorio, il privilegio del metodo orale ed infine la previsione assolutamente nuova « del consulente », accanto alle parti, nel caso in cui non vi sia accertamento peritale (ovvero esso non sia stato accordato, pur se richiesto): siamo in presenza della figura anglosassone dell'« expert witness » (27).

c) per i documenti, la disciplina è finalmente unitaria; si distingue poi tra documento extra-processuale (mezzo di prova) e documento processuale come atto (verbale) rappresentativo di ciò che avviene nel dibattimento; sono infine banditi i documenti anonimi: ogni documento in tanto avrà cittadinanza processuale in quanto legato ad una precisa, chiara « paternità » (cfr. art. 240).

(26) Su tema, cfr. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Digesto*, 4ª ed., *Discipline penali*, Torino, 1989, oltre gli AA. citati nelle note immediatamente precedenti.

(27) Si ricordi ancora che il nuovo sistema prevede una più rigida disciplina in relazione alla nomina del perito (v. art. 221); che è del tutto nuova la formulazione del secondo comma dell'art. 225 per la nomina del consulente tecnico; che l'art. 227 privilegia, come detto nel testo la risposta orale immediata; che si innova in ordine alla disciplina delle comunicazioni relative alle operazioni peritali (v. art. 229); che, infine, si prevede la figura, cui pure si è fatto cenno, del consulente tecnico *fuori* dei casi di perizia (art. 233).

Alla figura del perito, infine, si riferiscono gli artt. 67-76, norme att., ai quali specificamente rinviamo. In dottrina, cfr., Siracusano, *op. cit.*, 420 ss.

Di nuova formulazione è infine la normativa relativa ai verbali di prove di altri documenti (art. 238) (28).

5) ... e sui singoli mezzi di ricerca della prova

Per essi (che meglio sarebbe definire *mezzi di acquisizione*) l'analisi delle relative norme non mostra particolarità di rilievo; nello specifico, le ispezioni e le perquisizioni (artt. 244-252) sono disegnate sulla falsariga del vecchio codice; rilevano, soltanto, l'art. 246 (ispezioni di luogo o di cose) che estende alle ispezioni locali alcune disposizioni già previste dall'art. 334, vecchio codice, ed ora nel successivo art. 250, nonché una più particolareggiata normativa in ordine, appunto, alle perquisizioni; si noti, poi, in relazione al sequestro come si distingue tra « corpo del reato », « cose pertinenti al reato » ed altri tipi di sequestro riferibili peraltro a misure cautelari: sequestro conservativo su beni dell'imputato, nonché quello preventivo su cose pertinenti al reato, la cui libera disponibilità può aggravare (ovvero protrarre) le conseguenze del reato o agevolare la commissione di altri reati (si rinvia, al riguardo, alle statuizioni contenute nel titolo secondo del libro quarto) (29).

Per le intercettazioni, dopo aver osservato come le relative norme si riferiscono a tutte le forme di telecomunicazione, corre l'obbligo di sottolineare che questo mezzo individua un potere essenzialmente nelle mani del pubblico ministero, rispetto al quale il giudice si pone concretamente come « garante della legalità » (cfr. art. 267). Si tenga presente inoltre quanto previsto a proposito dei divieti di utilizzazione delle intercettazioni: la relativa norma (art. 271), invero, prevede la inutilizzabilità nel processo sia delle intercettazioni illegit-

(28) Oltre le norme indicate, questo mezzo di prova è disciplinato ancora dagli artt. 234 (Prova documentale), 235 (Documenti costituenti corpo di reato), 236 (Documenti relativi al giudizio sull'apersonalità), 237 (Acquisizione di documenti provenienti dall'imputato).

Il capo in questione è chiuso dall'art. 241, relativo ai documenti falsi, nonché dagli artt. 242-243, rispettivamente dedicati alla traduzione di documenti e trascrizione di nastri magnetici ed al rilascio di copie.

(29) Al tema delle perquisizioni, ispezioni e sequestri guardano, per aspetti particolari, anche le norme di attuazione (v. artt. 79-88). Si vede, infine, l'art. 245.1, norme transitorie. Sul punto, v. CARULLI, *op. cit.*, 108.

time sia di quelle legittime ma dal contenuto non divulgabile (cfr. art. 271.2). Ancora, sono illegittime le intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge ovvero in violazione del divieto ex art. 103.5, nonché quelle realizzate senza il rispetto delle regole di cui agli artt. 267, 268.1.3, ai quali si rinvia specificamente (30).

In ogni caso, la disciplina dei singoli mezzi di ricerca della prova risulta, nel nuovo rito penale, non soltanto assolutamente organica ed unitaria, ma anche omogenea e puntuale (31).

(30) Cfr. altresì gli artt. 89-90, norme att.

(31) Si tenga presente che per il citato art. 245, norme att., per i procedimenti che proseguono con le disposizioni anteriormente vigenti si osservano, tra l'altro, le statuizioni di cui agli artt. 246-257.

Per una compiuta visione dei singoli mezzi di ricerca della prova, v., Siracusano, *op. cit.*, 441 ss.

BANDINO GIACOMO ZENOBI

PRATICA DEL DIRITTO E DEROGA
DALLO STATUS NOBILIARE NELLE CITTA
DEI DOMINI PONTIFICI DAL XV AL XVIII SECOLO *

(*) Il presente contributo, già uscito in «*Ricerche Storiche*» a. XIX, n. 3 settembre-dicembre 1989, pp. 485-515 con gravi errori, lacune e refusi tipografici non imputabili all'autore, viene qui riproposto ai lettori in più corretta edizione.

1. - « Strano paese », osservava con amara irrisione Sieyès, giusto duecento anni fa, riferendosi alla Francia di Ancien Régime, « [...] nel quale è il lavoro che fa *derogare*, ove è cosa onorevole consumare e umiliante produrre, ove le professioni faticose sono definite vili » (1). In verità il sarcasmo e l'impeto della polemica contingente fanno velo alla lucidità di Sieyès: lo « strano paese » non è soltanto la Francia, ma comprende, ancora sul finire del Settecento, quasi tutta l'Europa cristiana, secondo un costume e una normativa vecchie di secoli (2). Né sembra esatta l'affermazione che la deroga investisse tutte le attività lavorative in quanto tali e neppure — si pensi soltanto al servizio militare — tutte ed esclusivamente le più faticose. Sotto questo aspetto i tratti, per così dire, « trasversali » del fenomeno costituito dalla deroga, concepita come perdita (temporanea o meno, lo vedremo) dello *status* nobiliare in conseguenza dell'esercizio di una professione non confacente ad un nobile, risultano chiarissimi, rispetto anche ad un primo spartiacque rappresentato dalla dicotomia più generica: *attività intellettuali, non deroganti* - *attività manuali, deroganti*, se si considerano le

(1) E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Genève, 1970, IV, 4, p. 164: « C'étoit un étrange pays [...] où le travail fait *déroger*, où il est honorable de consommer et humiliant de produire, où les professions pénibles sont dites viles » (il corsivo è nel testo).

(2) Si veda, per tutti, A. TIRAQUELLI, *De Nobilitate et jure primigeniorum*, Lione, 1559 (da ora in avanti T), pp. 209-211 che riferendosi a Bartolo, Baldo, Giovanni di Piazza Armerina, Matteo d'Afflicto, risale a Platone (*Teeteto*, 176), Aristotele (POL. III.3) e alla Scrittura (*Eclesiastico*, 38) ed afferma « Hinc autem sit, ut quod dicimus versari in sordidis attibus, apud nos vulgo appellamus non nobiliter vivere ». Per la sorpresa di Ottone di Frisinga che nel XII secolo trova in Italia trascurata questa consuetudine, generalmente altrove osservata, cfr. M.G.H., *Scriptores*, XX, *Gesta Friderici Imperatoris*, II, 13. Per analoghe osservazioni di Montaigne, vedi M.E. MONTAIGNE, *Il giornale di viaggio in Italia*, Milano, 1960, p. 194.

note esitazioni della normativa e della dottrina in ordine a professioni come l'arte medica (3), la musica (4), il cambio (5) e, viceversa, la larga unanimità con cui si ammette, fra le attività compatibili, l'agricoltura, purché condotta su fondi propri (6).

Il lavoro manuale, di per sé, non appare degradante in quanto tale, la deroga sembra piuttosto investire, per le attività manuali, ma non solo per esse, sia la compatibilità o meno di queste con la *dignitas* propria della qualifica nobiliare (7), sia i caratteri della remunerazione che segue all'attività stessa: tanto più sospetti, questi, di indegnità, quanto più erogati direttamente dal datore di lavoro (e, dunque, concepiti come servili) oppure brutalmente percepiti profittando del bisogno e spesso, dell'indigenza altrui (si pensi a tutte le attività mercantili e, al limite, all'usura) (8). Ove

(3) T., p. 234 sgg.: «in quo ego paulo diutius immorabor tum ut in re nova et nondum a quocum nostris, quam sciam, tractata [...]». Cfr., sempre su questo punto, G.P. DE CRESCENZI ROMANI, (da ora in avanti C.R.), *La Corona della Nobiltà d'Italia*, I, Bologna, pp. 20-21.

(4) T., pp. 500-501; C.R., *La Corona*, pp. 21-22.

(5) T., pp. 507-509; C.R. *Il Nobile Romano o sia Trattato di Nobiltà*, Bologna, 1693, parte II, p. 197; C.A. MANZINI, *Il duello schermato*, Firenze, 1669, pp. 158-161.

(6) T., pp. 417-497; C.R., *La Corona*, pp. 28-29; Id., *Il Nobile*, parte II, p. 213; G.B. DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Justitiae*, Roma, 1669, vol. III, *De Jurisdictione et Foro Competenti*, parte II, *De Praeinentiis et Praecedentiis*, XXXIII, 14, p. 151, e vol. XV, *De Judiciis*, parte II, *Relatio Romanae Curiae Forensis*, XXXIX, 10, p. 210; cfr. inoltre R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, I, *Société et Etat*, Paris, 1974, p. 111 (riprendendo da La Roque). E si veda anche, per ambiti cittadini marginali, BIBLIOTECA MAGISTRALE DEL SOVRANO MILITARE ORDINE DI MALTA, ms. 88, *Memorie trasmesse dalle città comprese nei limiti del Gran Priorato di Roma del Sovrano Ordine Gerosolimitano in risposta ai quesiti proposti dalla Nobile Deputazione della Veneranda Lingua d'Italia per il rotolo da presentare al Capitolo dell'anno 1776* (da ora in avanti SMOM, *Memorie*), XXXIII (Montefeltro), Cl. III: «La Nobiltà feretrana, trasmissibile ai Discendenti s'acquista [...] avuto peraltro il riflesso all'origine del casato e degli Ascendenti, quali non abbiano esercitato arte Meccanica fuori dell'Agricoltura ne' propri terreni [...]».

(7) BARTOLI, *Opera*, T. VIII, Venetiis, 1590, ad *Librum XII Codicis Tit.*, de *dignitatibus*, n. 46, 55, 66, 93, 97 e *infra*, nota 38.

(8) T., pp. 531-533: «Nobilis non potest petere salarium sive pecuniam suae solitudinis vel laboris ad colligendos fructos impensi et alia id genus, quia non consuevit huiusmodi operas locare, ideoque non referunt ad aestimationem pecuniarum»; cfr. anche p. 541 (appalti dei dazi), pp. 492-497 (mercatura), pp. 507-509 (pubblicani). Cfr., anche per la trattatistica italiana dei secoli XVI-XVII, B.G. ZE-

appare evidente, anche al di là delle motivazioni che fanno capo all'ampia trattatistica che risistema l'intera materia nel XVI e XVII secolo, la più remota scaturigine della incompatibilità, rappresentata dalla deroga, nella identificazione delle posizioni di comando con lo *status* e con l'etica cavalleresca, secondo i quali la applicazione delle mansioni e degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'ordine non è concepita alla stregua di una comune attività lavorativa, ma dev'essere condotta quale adempimento di un dovere e la *tuitio* nei confronti dei deboli costituisce un imperativo disinteressato, inderogabile e qualificante.

Il mutamento del linguaggio politico di Antico Regime, auspicato e poi realizzato proprio da Sieyès che propone la messa al bando, insieme alle antiche classi dominanti, dell'intero bagaglio terminologico (9) e delle categorie che esprimevano la *ratio* della fortissima presa sulle istituzioni e sulla società civile operata appunto, per secoli, da quelle classi, rende oggi poco agevole un viaggio a ritroso su fenomeni e su concetti che la tradizione storica post-rivoluzionaria ha rivestito di connotazioni largamente negative, spogliandoli della neutralità propria delle definizioni e formulazioni giuridiche e sfalsandone sovente il significato letterale e l'effettiva portata lessicale. Deroga equivale, in fondo ad *incompatibilità*: ma quale abisso fra l'eccezione odiosa con cui il « senso comune storiografico » ha guardato alla prima e l'ampio favore attualmente attribuito alla seconda espressione! *Deroga* significa anche, non vi è dubbio, tentativo di salvaguardare i ceti dominanti da attività e da abitudini che, obiettivamente, possono esporre ad una possibile indifferenza verso profitti a volte — anzi sovente — troppo rapidi, troppo alti, ingiustificati comunque sotto il profilo morale. Ma

NOBI, *Simbolica e forme del potere in Antico Regime. Il « Libro d'Oro » della città di Montalto. Preceduto da un saggio di Paralipomeni alla ragione politica e alla realtà del privilegio nobiliare nell'Italia dell'Età moderna*. Urbino, 1988, pp. 12-21; si veda in particolare l'ampia e utilissima monografia C. DONATI, *L'idea di nobiltà in Italia. Secoli XIV-XVIII*, Bari, 1988.

(9) Cfr. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato*, Roma, 1978, p. 85: « Saranno banditi dal linguaggio politico tutti questi termini come taglia, feudo franco, utensili [...]. Cfr. sugli stessi contenuti, S. MASTELLONE, *Storia ideologica d'Europa da Sieyès a Marx* (1788-1848), Firenze, 1974, pp. 23-33 e, ora, D. VENTURINO, *L'ideologia nobiliare nella Francia di antico regime. Note sul dibattito storiografico recente*, in « Studi Storici », a. 29 (1988), n. 1, pp. 80-81 e 92-93.

quanto spesso il rifiuto della mercatura è stato poi automaticamente ed unicamente guardato come una presa di distanza nei confronti del lavoro *tout court*, indipendentemente dalle motivazioni etiche e di costume che possano in concreto essere state alla base della scelta!

Una via forse meno difficoltosa, in vista di un esame adeguato del fenomeno della deroga in Antico Regime, può essere costruita applicando l'osservazione ad una delle fattispecie dell'istituto nella quale i caratteri che si sono definiti come « trasversali » sembrano apparire in tutta evidenza: intendiamo la pratica del diritto e degli impieghi nella giurisdizione, intesa nell'accezione larghissima con cui questo termine viene utilizzato nella realtà politico-istituzionale delle formazioni statuali di Antico Regime (10). E ciò tanto più se l'esame viene condotto in area italiana, ove, specialmente nel Settentrione e nel Centro della Penisola, l'intero apparato dei poteri di periferia, vuoi statuali, vuoi comunitativi, si trova ad essere largamente incardinato in circoscrizioni ricalcate sulla distrettuazione giudiziaria e dove, da vecchia data (11) e sul tracciato dell'organizzazione di modello sia tardo imperiale, sia feudale, la *jurisdic-*

(10) Per l'Italia, o se si vuole, per gli antichi Stati italiani, non sembra che il problema della deroga abbia interessato la storiografia anche recente e che abbia dato luogo a lavori originali e finalizzati. Ben altra fortuna la riflessione sulla *dérogeance* ha avuto in Francia ove, però, l'osservazione è stata quasi esclusivamente rivolta alla particolare *quaestio* relativa alla *noblesse commerçante*, cfr. LA BIGNE DE LA VILLENEUVE, *Essai sur la théorie de la dérogeance de la noblesse considérée dans ses rapports avec la constitution sociale de l'Ancienne France*. Rennes, 1918; H. CARRÉ, *La noblesse de France et l'opinion publique*, Paris, 1920; H. LEVI-BRUHL, *La noblesse de France et le commerce a la fin de l'Ancien Régime*, in « *Revue d'Histoire Moderne* », VIII, 1938, pp. 209-235; G. ZELLER, *Une motion de caractère historico-social: la dérogeance*, in « *Cahiers internationaux de Sociologie* », XXII, 1957; G. RICHARD, *Noblesse d'affaires au XVIII^e siècle*, Paris, 1974; E. DRAVASA, *Vive noblement: recherches sur la dérogeance de noblesse du XIV au XVI siècle*, in « *Revue juridique et économique du Sud Ouest* », série juridique, a. XVI (1965), pp. 23-119 e XVII (1966), pp. 187-237. Cfr., inoltre VENTURINO, *op. cit.*, pp. 98-100 e DONATI, *L'idea di nobiltà*, cit., p. 91.

(11) Cfr. su questi concetti P. VACCARI, *La territorialità come base dell'ordinamento giuridico nel contado nell'Italia Medievale*, Milano, 1963, e, in ordine alle conseguenze in area pontificia, R. VOLPI, *Le regioni introvabili. Centralizzazione e regionalizzazione dello Stato pontificio*, Bologna, 1983; B.G. ZENOBI, *I caratteri della distrettuazione di Antico Regime nella Marca pontificia*, in *Scritti storici in memoria di Enzo Piscitelli*, Padova, 1982, pp. 61-106.

zio comprende, come è noto, un'ampiezza di poteri che va bene al di là dell'ambito in cui viene circoscritta, oggi, la potestà giurisdizionale. *Dignitas est habere iurisdictionem cum administratione* avevano affermato, con Bartolo, i giuristi dell'età intermedia (12). Quando, infatti, anteriormente alla dissoluzione dell'Antico Regime, l'osservazione viene applicata a giudici, giuristi ed operatori del diritto ad ogni livello, ci si accorge di doverli esaminare, contemporaneamente, quali funzionari governativi o comunitativi (spesso, in questa veste, come magistrati) quali ufficiali che amministrano la giustizia, ma che, insieme, svolgono funzioni di vigilanza, di controllo (a volte anche sostitutivo) proprie della macchina statale su tutto un ambito di poteri più propriamente politici: amministrazione attiva dei corpi locali, formazione dei bussoli per le cariche, controllo contabile, competenze in materia tributaria, annonaria e, più largamente, fiscale. Ma non basta: giudici, notai, pratici del diritto, svolgono da secoli una funzione di enorme rilievo in tutto quel settore che l'assolutismo tende a circoscrivere (o a sopprimere, senza però mai riuscirci completamente): la produzione a livello locale di norme giuridiche che trovano applicazione in subordine (certo, ma, di fatto, in parallelo) rispetto alla legislazione posta in essere dal potere centrale. Al di là della sempre operante legislazione statutaria che viene, in verità, poco modificata sotto il profilo formale dopo il XVI secolo, esiste una serie di regolamentazioni che possono essere definite minori, nel quadro della gerarchia ufficiale delle fonti di produzione del diritto, ma che si rivelano, in concreto, di notevole rilievo politico e di ampia portata anche territoriale. Intendiamo riferirci a editti e bandi dei governatori locali, podestà, vicari, come a riformanze e a deliberazioni di contenuto legislativo poste in essere dagli ufficiali e dai corpi locali che, sebbene ormai largamente sottoposte ad approvazioni e conferme da parte del sovrano, restano tuttavia in realtà e, per la massima parte, frutto dell'attività propositiva e della capacità tecnico-giuridica che il mondo del giure, anche dislocato nelle periferie, si mostra in grado di esplicitare con continuità, collaborando ampiamente con il potere centrale in mansioni che oggi, indubbiamente, si considerano come riservate alla vera e propria sfera di governo

(12) T., p. 212.

La giustizia, dunque, come porzione determinante e primaria dell'area del potere nei secoli che vanno dal Cinquecento al Settecento e, anche, di conseguenza, come veicolo di promozione sociale, di accesso al potere e, in particolare, come spazio istituzionale e sociale ove avvengono, in larghissima dimensione, il reclutamento e la selezione dei soggetti abilitati all'esercizio del potere stesso e delle famiglie destinate a detenere gran parte delle effettive funzioni di governo politico. Così che lo stesso linguaggio politico di Ancien Régime che Sieyès dichiarava di rifiutare e che, in area francese, si esprime nei termini di *taglia personale, taglia reale, feudo franco, giustizia patrimoniale, garennes, incerti, corvées, relevium, lode et vent, quinto e riquinto, censive* e che del pari, in Italia si sostanzia di vocaboli come *nobiltà civile o politica, generosa, positiva, giuspatronato, dominio diretto, dominio utile, patriziato, decurionato, credenza, cernita, sostituzioni, surrogazioni* altro non è in effetti, che il linguaggio dei giuristi che danno il tono di fondo alla cultura delle università e, specie a partire dal secolo XVI, dei tribunali, delle ruote, delle magistrature cittadine, dei collegi dottorali e, in parte cospicua, delle stesse accademie.

Ma se la *jurisdictio*, nella dimensione più lata di cui si è detto, finisce con il coincidere con il luogo geometrico ove maggiore risulta la densità del potere, se il concetto di *jurisdictio cum administratione* è inscindibile dalla *dignitas*, allora i criteri che presiedono alla regolamentazione degli accessi allo spazio politico di cui si parla non possono prescindere dal principio della deroga e della conseguente nozione di « arte vile » (13) che preclude non soltanto agli impreparati sotto il profilo tecnico, ma anche, lo si è visto, ai sospetti e agli indegni sotto il profilo etico, l'accesso a funzioni di tanto rilievo nella vita sociale e istituzionale del tempo. Deroga che consente di individuare, anzitutto, una prima discriminante « verticale » che viene collocata fra la giurisdizione, così intesa, e tutte le altre « arti », siano esse considerate deroganti o meno. Lo *judicis munus* non può derogare in alcun caso dalla nobiltà. *Id quod a vero tantum abest ut etiam iudices alioqui plebeios et ignobiles, effici tamquam nobiles*

(13) C. MOZZARELLI, *Il sistema patrizio*, in *Patriziati e aristocrazie nobiliari. Ceti dominanti e organizzazione del potere nell'Italia Centro-Settentrionale*. Atti del Seminario tenuto a Trento il 9-10 dicembre 1977 presso l'Istituto storico italo-germanico, a cura di C. MOZZARELLI e P. SCHIERA, Trento, 1978, pp. 52-63.

et non iam plebeios, è addirittura l'argomento a contrario usato, prendendo le mosse dal *Tractatus De Dignitatibus*, da tutti i giuristi successivi (14) che muovono, con Bartolo, dalla presunzione che *iudices censerì nobiles* (15) e che la conoscenza del diritto si addice particolarmente al decoro dei nobili: *iuris legumque peritiam maxime illos [nobiles] honestare, contra, imperitiam disonestare* (16), anche per essere « nella stima comune poco men che pari » rispetto alla religione e alla sacra teologia e, in ogni caso, sullo stesso piano dell'arte militare (17).

2. - Una così alta, ma anche così ampia considerazione del giure non poteva però non comportare un'applicazione ulteriore del principio della deroga all'interno stesso del gruppo degli operatori del diritto, ove si trovano a coabitare, da un lato presidenti e giudici dei parlamenti, delle corti sovrane, delle ruote, dei tribunali, governatori, rettori, presidi, commissari, luogotenenti, podestà e vicari dei governi « liberi » insieme, dall'altro, a giudiscenti minori, a cancellieri, ad avvocati, procuratori, notai, attuari, contabili, causidici, segretari, scrivani, addetti a vario titolo ai corpi amministrativi, alle corti di giustizia, agli uffici giudiziari anche di infimo ordine. Vertici giurisdizionali e bassa forza — la *basoche* — separati da un'area intermedia dai confini non sempre agevolmente individuabili, lungo i quali dovrebbe appunto correre la linea di demarcazione dell'incompatibilità con lo *status nobiliare*.

Certo, commentatori e trattatisti affermano che *nobiles decere jurisprudentiam* (18), ma insieme che *doctoratus importat dignitatem* (19) e, d'altra parte, il concetto di arte vile legato alla forma e natura della remunerazione, non può non investire la pratica del diritto per la delicatezza delle funzioni e dei ruoli, per gli amplissi-

(14) T., p. 212.

(15) BARTOLO, *op. cit.* Per gli aspetti della pratica in età comunale e per gli adattamenti necessari si veda E. ARTIFONI, *I podestà professionali e la fondazione retorica della politica comunale*, in « Quaderni Storici », 1986, n. 63, pp. 692 e 711.

(17) C. R., *Corona*, I, pp. 16-17.

(18) T., p. 552 e pp. 230-231, n. 11.

(19) G.B. DE LUCA, *Theatrum, De Praeinentiis*, cit., p. 79. Cfr. su tutta la materia, A. VISCONTI, *De nobilitate Doctorum legentium in Studiis generalibus*, in AA.VV., *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, vol. III, Milano, 1939, pp. 220-241.

mi e quasi obbligati risvolti pecuniari ed economici connessi alla esplicazione di attività e mansioni politiche e giurisdizionali, per l'intervento inevitabile sullo stato di disagio, di bisogno, di indigenza di tanti; in altre parole, per l'incidenza decisiva sul « male altrui », fatto questo che risulta, di necessità, inseparabile dalla pratica giudiziaria vuoi contenziosa, vuoi volontaria, vuoi amministrativa e, in via più lata, fiscale, tanto se attinente agli uffici della giustizia, tanto se relativa agli addetti agli accertamenti, alle esecuzioni, al patrocinio. Nell'ambito della prima categoria il discrimine tocca tutta la vasta corporazione dei notai nei confronti della quale (e sempre ricalcando la glossa e poi l'opinione di Bartolo e dei commentatori) i giuristi cinquecenteschi (20) sostengono che *infamem posse notarium esse [...] nisi ex publico haberet officium aliquod iniunctum*, facendo salve, così, tutte le funzioni di segreteria e cancelleria (da quelle del principe, a quelle minori, tali comunque da costituire il soggetto in dignità), quali il servizio anche vescovile e comunitativo e, dunque, remunerato in forma continuativa dal pubblico erario e non direttamente da clientela avventizia ed occasionale (21).

Questa posizione, fra l'altro molto severa nei confronti di un'arte — quella dei *tabelliones* — dalle tradizioni illustri e, certo, non infime, stenta a penetrare, in area italiana, e specialmente a trasferirsi dalla dottrina al costume. Va notato però che a Milano il patriziato ridimensiona nel Cinquecento il ruolo del notaio, già abbassato, del resto, fin dall'esperienza signorile; a Genova le riforme del XVI secolo ne cancellano ampiamente lo spazio politico, specie dopo il 1576, quando si fissa la deroga in termini rigoro-

(20) T., p. 233, n. 8, 9.

(21) *Ivi*, pp. 232-233, n. 3, 4, 6, 7, 8. Va notato tuttavia che, nel corso del secolo XVII una frazione minoritaria della dottrina persiste nel sostenere la compatibilità del notariato e della professione forense con lo *status* nobiliare: si vedano F. OSIO, *De antiqua tabellionum nobilitate contra vulgatam doctorum sententia*, Milano, 1636 e G.F. ANDREOLI, *Controversiarum forensium*, I, Venezia, 1662, pp. 218-223.

(22) A. LIVA, *Notariato e documento notarile a Milano dall'Alto Medioevo alla fine del Settecento*, Roma, pp. 262-268; G. VISMARA, *Il patriziato milanese nel Cinque-Seicento*, in *Storia di Milano*, vol. XI, Milano, 1953, riedito in E. FASANO-GUARINI, *Potere e Società negli Stati regionali italiani del '500 e '600*, Bologna, 1978, pp. 155-156, 159-164 e 170; F. PINO, *Patriziato e decurionato a Milano nel secolo XVIII*, in « Società e Storia », 1979, n. 5, p. 369.

si (23). Lo stesso è da osservare, come vedremo, per gli Stati pontifici, ove sovente, come a Bologna, i notai vengono collocati dalla legislazioneuntuaria, già nel secolo XV, insieme a cambiatori, drappieri, setaioli e contrapposti a cavalieri e dottori (24).

Ancora più rigida e avara la posizione dei giuristi e trattatisti nei confronti degli avvocati, sempre muovendo dalla constatazione del possibile sfruttamento dello stato di bisogno dei poveri, oppure della indifferenza con la quale si finisce con l'accettare il patrocinio (e la conseguente remunerazione) di soggetti corrotti e di ribaldi (25). In particolare, anche qui, è il collocarsi a pagamento al servizio altrui (26), a costituire la ragione più profonda della deroga: *Nam si [advocati] lucro pecuniaque capiuntur, veluti abiecti et degeneres inter vilissimos numerabuntur* (27). E l'ostracismo, del pari, tocca la procura: *Itaque Doctores et Licentiatii qui sunt in dignitate non debent huiusmodi munus exercere, alias videntur esse infames* (28), con la solita eccezione a favore dei procuratori della *Curia Regis vel Principis*, che, però, non pare doversi estendere agli addetti in tale ufficio presso le corti sovrane (29).

Da un lato, dunque, l'esercizio di funzioni che si ricollegano al potere pubblico, dalle più elevate, implicanti il *merum et mixtum imperium cum gladii potestate*, alle minori, che comportino, però, la *coercitio modica*, esercitate direttamente e con facoltà decisorie, o anche il correlarsi a queste funzioni attraverso le mansioni proprie dell'impiego (certi notai e procuratori in veste di segretari, cancellieri, vicari), oppure anche la collaborazione gratuita (giuristi, avvo-

(23) G. COSTAMAGNA, *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*. Roma, 1970, pp. 177-180; cfr. anche G. DORIA e R. SAVELLI, «Cittadini di governo» a Genova tra Cinque e Seicento, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», X (1980), pp. 298-299.

(24) G. FASOLI, *Il notaio nella vita cittadina bolognese (sec. XII-XV)*, in AA.VV., *Notariato medievale bolognese*, vol. II, Roma, 1977, p. 141. La situazione non appare difforme in altre città pontificie: cfr. per Macerata M. TROSCÈ, *Macerata negli ultimi decenni del secolo XVIII: struttura economica, classi sociali e proprietà fondiaria*, in «Studi Maceratesi», n. 8 (1974), p. 99.

(25) *Ivi*, pp. 230-231, n. 54.

(26) *Ivi*, pp. 217-231, n. 2-11.

(27) *Ivi*, pp. 230-231, n. 53.

(28) *Ivi*, pp. 231-232, n. 1.

(29) *Ivi*, pp. 232-233, n. 4-5; G.B. DE LUCA, *Theatrum*, XV, *De Iudiciis*, II, *Relatio*, cit., LXVI, n. 97, pp. 254-255.

cati e notai in veste di tecnici ed esperti); dall'altro la esecuzione di funzioni, pure pubbliche, ma subordinate e vincolate, al limite servili, a volte esplicitamente definite « infami ». Pensiamo a scritture, contabili, sbirri, esecutori di giustizia, quanto meno al di sotto del *socius miles* ed insieme, accanto a queste figure, a quelle sovente equiparate quanto al regime relativo alla deroga, addette all'esplicazione di attività indispensabili e collaterali, prestate però dietro remunerazione direttamente esborsata dagli utenti e dalle parti, confinanti, dunque, con il commercio e l'usura, quali l'esercizio delle professioni di avvocato, di notaio, di procuratore, di causidico (30).

In Italia centro-settentrionale il problema con il relativo dibattito, si presenta, tra metà Quattrocento e fine Settecento, fortemente complicato per il fatto che la titolarità di grosse porzioni del potere pubblico (dei « diritti di governo » dirà Pompeo Neri) non è sempre, e nemmeno prevalentemente, attribuita per concessione diretta del principe, come avviene nelle « Nazioni Settentrionali », ma deriva dal possesso della « cittadinanza piena » (31), attraverso il quale le oligarchie informali delle città tardo medioevali, mediante l'ereditarietà delle magistrature e la precisazione dei requisiti di accesso alla cittadinanza, intesa in questa accezione più ristretta, si trasformano, specie a partire dal secolo XVI, in nobiltà autoctone e formalizzate. Così che le sistemazioni dei giuristi, da Accursio a Bartolo ad Alciato, condotte sulla utilizzazione delle categorie romanistiche della identificazione fra *dignitas* e nobiltà politica, definita *qualitas illata per principatum tenentem*, faticano ad attribuire la posizione di *princeps* alle *civitates*, anche per le infinite varianti nel grado di autonomia politica che le città stesse si tro-

(30) T., p. 231, n. 54 (sempre muovendo da Bartolo e dai commentatori): « eos despiciatissimos sordidissimosque esse habendos censeam, qui sola cupiditate captandi cuiuspiam quaestuli ad patrociniū accedunt [...] sunt reprobandi qui salaria immodica exigunt »; *ibid.*, p. 233, n. 1: « quae res minime dubia est. Nam omnium calculis quisquis munus obit, nobilitatem amittit utpote cum sit infamissima vilitas (Alciato aveva letto *vilitas=utilitas*). Cfr. anche T., p. 233, n. 9.

(31) P. NERI, Discorso IV, *Sopra lo Stato antico e moderno della Nobiltà di Toscana scritto l'anno 1748*, in J.B. BADIOE, *Decisiones et responsa juris*, t. II, Firenze, 1776, pp. 555-566 e 581-597, ora in M. VERGA, *Da cittadini a « nobili »*. Lotta politica e riforma delle istituzioni nella Toscana di Francesco Stefano, Milano, 1990, pp. 419-435 e 463-489.

vano a godere sia nei rapporti reciproci, sia nei confronti di chi detiene il supremo potere negli Stati territoriali ormai in formazione (32). E, del resto, cittadinanza piena e nobiltà rimangono a lungo e largamente nozioni indistinte (33) nelle realtà cittadine d'Italia ancora per gran parte del XVI secolo. Sarà solo nella seconda metà del Cinquecento che si assiste, anche sull'onda di una nuova trattatistica rivolta ai temi di nobiltà e onore (34), a un rapido e radicale cambiamento del vocabolario sociale con la progressiva scomparsa dall'uso di denominazioni onorifiche come *dominus*, *domicellus*, *miles*, *messer*, prima largamente usate, e con la utilizzazione su larga scala, invece, accanto a quelle di *nobilis* e *patricius*, delle qualifiche di *spectabilis*, *illustris*, *perillustris*, *excellens* (35), tutte derivate dal recupero operato dai giuristi, della *Notitia dignitatum* basso-imperiale. Si ratificano così, anche attraverso la mutazione del lessico, quelle trasformazioni in concreto già consumatesi nel politico e nell'istituzionale, che contribuiscono a rendere, pure nei tratti esteriori, i patrizi italiani assai più rigidamente formalizzati e configurati in senso nobiliare rispetto alle analoghe formazioni, anch'esse autoctone, che governano le città di area germanica, elvetica, baltica, fiamminga ed anche nei confronti delle altre nobiltà non titolate come la *gentry* inglese.

Non si tratta — sia detto qui per inciso, ma anche allo scopo di evitare equivoci che appaiono, in ogni caso, ormai ampiamente dissipati — di una ricaduta all'indietro e di una pura riesumazione

(32) B.G. ZENOBI, *Da Ferrara a Benevento: i moduli del potere oligarchico tra basso Medioevo ed Età barocca*, in « Studi Urbinati » di Scienze giuridiche, politiche ed economiche, N.S.A., n. 35, 36, 37, anni LI, LII, LIII (1982-1983, 1983-1984, 1984-1985), pp. 6-26.

(33) ZENOBI, *ibid.*; cfr. le osservazioni in proposito, rispettivamente per Siena e Imola; G.R.F. BAKER, *Nobiltà in declino: il caso di Siena sotto i Medici e gli Asburgo Lorena*, in « Rivista Storica Italiana », a. LXXXIV (1972), pp. 588-589 e C. ROTELLI, *La finanza locale pontificia nel Cinquecento: il caso di Imola*, in « Studi Storici », a. IX (1969), pp. 119-129.

(34) G. ANGELOZZI, *La trattazione su nobiltà e onore in Bologna nei secoli XVI e XVII*, in « Atti e Memorie » della Deputazione di Storia patria per le provincie di Romagna, N.S., vol. XXV-XXVI (1974-1975), pp. 187-264; C. DONATI, *L'idea di nobiltà*, cit.; F. ERSPAMER, *La biblioteca di Don Ferrante, Duello e onore nella cultura del Cinquecento*, Roma, 1982; M. KEEN, *Chivalry*, London, 1984, trad. Napoli, 1986; B.G. ZENOBI, *Simbolica*, cit., pp. 12-21.

(35) G. COLUCCI, *Delle Antichità Picene*, XXVIII, Fermo, 1790, p. 60, nota 24.

di posizioni medioevali: in ordine a questo punto appare ormai largamente acquisito il carattere del tutto nuovo delle concettualizzazioni rinascimentali e barocche (36), anche per quanto riguarda gli assetti politici, la giustificazione del potere e la concezione della società e delle istituzioni. Come nuova, ed ispirata, semmai, all'*otium* dei classici, si presenta la proposta di un ordine sociale guidato da una *élite* che, sottratta alle urgenze e alle necessità del lavoro, alle difficoltà quotidiane, può garantire una forma di governo gestita da una classe preparata, disinteressata, e, dunque, condotta con stile magnanimo e « nobile » (37).

Sempre in Italia, tuttavia, in conseguenza della frammentazione politica e territoriale che caratterizza il Centro-Nord da secoli, che si consolida in età comunale e che permane, ampiamente diffusa, all'interno dei nuovi Stati regionali, le concrete applicazioni della deroga, sia in generale, sia per quanto riguarda la pratica del diritto, presentano una gamma imponente di varianti legate alla realtà politica, istituzionale, economica e sociale e alla cultura specifica delle singole città, dalle quali giuristi e trattisti non possono prescindere. In Italia, cioè, la cittadinanza *optimo jure*, da cui scaturiscono le esperienze patriziali, varia a seconda del *jus loci*, cosa che già avevano dovuto ammettere i commentatori (38), ma che viene confermata ampiamente nei secoli successivi. Nel Cinquecento Alciato *censet consuetudinem loci esse observandam an scilicet eos qui per alios has viles artes exercent, inter ignobiles habeat*, opinione a cui lo stesso André Tiraqueau accede senza esitare, giacché la *consuetudo nobiles facit* (39). Anche Giovan Pietro De Crescenzi Romani, nel secolo successivo, lascia largo spazio alla consuetudine del luogo (« si deve attendere all'uso dei paesi ») nell'osservare come « si acquista, si conserva, si accresce la nobiltà con diversi honoratissimi mezzi nello studio delle virtù », che poi egli elenca in ordine decre-

(36) ERSPAMER, *La biblioteca*, cit., p. 12 sgg., 89-90 e 201-203; J.A. MARAVALL, *La cultura del barocco. Analisi di una struttura storica*. Bologna, 1985, pp. 215-246.

(37) A. QUONDAM, *La « forma del vivere »*. Schede per l'analisi del discorso cortigiano, in *La Corte e il « Cortegiano »*, II - *Un modello europeo*, a cura di A. Prosperi, Roma, pp. 17-19; ZENOBI, *Simbolica*, cit., pp. 12-21.

(38) J. DE PLATEA, *Super tribus ultimis libris Codicis*, Luguni, 1550, XII, 4; BARTOLO, *Tractatus de Regimine Civitatis*, in *Consilia, quaestiones et tractatus*, Venezia, ff. 184r-185v; T., pp. 89-92, pp. 492-497, n. 20, 21, 1.

(39) T., p. 212, n. 13.

scente di valore collocando, come s'è detto, ai primi posti la giurisprudenza, ma sospendendo, in ogni caso, il notariato e la procura dopo la medicina e le arti liberali e, però, sempre prima della meatura (40). Ancora nel Settecento sulle leggi e consuetudini del luogo insiste a lungo Pompeo Neri (41). Il fatto è che, ovunque, le nobiltà, anche stabilmente formalizzate, tendono a tenere fermo il principio del *jus loci* come referente di identità e come strumento diretto a definire il principe come altro-da-sé, geneticamente parallelo, con funzioni, certo, di ratifica, di disciplina e di ricognizione, ma non di sostanziale determinazione dello *status stesso* di nobile (se non attraverso la nobilitazione *ex novo*). Le nobiltà tendono, cioè, a mantenere la propria caratteristica di corpi della società civile con i propri tratti variegati e originali e ad evitare di trasformarsi in organi del potere centrale o in aree sociali di mero reclutamento della « mano d'opera » di governo. Questo fenomeno fa sì che, ancora oggi, chi affronti il problema di questo ceto su vasta scala, debba usare il termine di « nobiltà » al plurale: *les noblesses*, come hanno fatto da cinquant'anni a questa parte Marc Bloch, Lucien Febre, Jean Mayer e Jean Pierre Labatut (42).

3. - La trattatistica in materia di deroga, come quella parallela e ad essa commista, relativa a nobiltà e onore, nasce ed inizia il suo sviluppo in area italiana (43), e segnatamente nella porzione centro-settentrionale della penisola, utilizzando largamente, come si è visto, le sistemazioni dottrinali messe a punto dai giuristi, specie quelli compresi fra Bartolo e Alciato, anch'essi, quasi tutti, peraltro, di matrice italiana (44). Dire il Centro-Nord della Penisola significa, dal Mille a tutto il XVIII secolo, dire l'Italia cittadina, ove l'impian-

(40) D. C., *Corona*, I, pp. 12-29; Id., *Il nobile*, pp. 12-213.

(41) P. NERI, *op. cit.*, pp. 566-567.

(42) M. BLOCH-L. FEBVRE, *Les noblesses*, in « *Annales d'histoire économique et Sociale* », XVIII (1936), pp. 38-42; J. MAYER, *Noblesse et pouvoirs dans l'Europe d'Ancien Régime*, Paris, 1973; J.P. LABATOUT, *Les noblesses européennes de la fin du XV à la fin du XVIII^e siècle*, Paris, 1978.

(43) Oltre alle utilissime rassegne e lavori in materia di G. ANGELOZZI, *La trattatistica*, cit., e di C. DONATI, *L'idea di nobiltà*, cit., cfr ERSPAMER, *op. cit.*, pp. 45-46, 78-83 e 88-95.

(44) Si veda in proposito: A. VISCONTI, *Della nobiltà e delle sue prove secondo il diritto Comune*, in « *Rivista di Storia del Diritto italiano* », a. 1942, pp. 259327.

to urbano, più o meno densamente diffuso, costituisce tuttavia la caratteristica dominante, in ordine agli assetti politici, sociali ed istituzionali, per l'ampiezza della dislocazione territoriale e per l'entità dei poteri politici che è in grado di raccogliere e di esercitare. Parlare di deroga, in queste aree, è, dunque, parlare di compatibilità con l'esercizio delle funzioni di governo secondo la normativa e l'uso che le singole oligarchie cittadine elaborarono ed accolsero nel trapasso dalle esperienze di governo stretto ancora informale a quelle dei patriziati, ossia delle nobiltà civiche formalizzate (45). Deroga, che, per questo, al di là delle concettualizzazioni dei giuristi dell'età dei commentatori, fra XIV e XV secolo, trova la sua più ampia elaborazione ed espressione tecnica ed il suo utilizzo concreto e su larga scala, a partire dal Cinquecento e, in particolare, nei due secoli successivi.

Per tutto il periodo in parola lo Stato pontificio può costituire un campo di indagine privilegiata in ordine al tema che è oggetto di questo discorso. Per la sua collocazione territoriale, anzitutto, che lo vede partecipe, con le Legazioni, del Nord della Penisola, con la Marca e con l'Umbria che lo fissano nel centro di essa e con larghe porzioni del Lazio, con Pontecorvo e Benevento, che ne rendono alcune zone consimili al Mezzogiorno continentale. Ma anche le disparate caratteristiche orografiche con una spina dorsale montuosa che sfiora ad Oriente nelle vallate parallele di area marchigiana e nella Pianura del Basso Po e del Reno a Nord, mentre degrada ad occidente nell'ampio ma acquitrinoso piano laziale, finiscono con il conferirgli i caratteri di una significativa campionatura, distinguendo una porzione economicamente privilegiata sotto il profilo agricolo ed avvantaggiata, in quanto ai commerci, da una più fitta dislocazione dei centri urbani (Marca e Legazioni) ed una zona decisamente più povera ed in parte malsana sul versante tirrenico. E, infine, la distribuzione delle città la quale, per quanto più accentuata nelle province adriatiche, presenta, in ogni caso, un alto indice di densità nell'intero territorio e costituisce un'ampia costellazione di polarità, ove i poteri pubblici si organizzano in corpi largamente autonomi sotto il profilo politico ed istituzionale. Viene a determinarsi così, su tutto

(45) C. MOZZARELLI, *Il sistema patrizio*, cit., B. G. ZENOBI, *Da Ferrara a Benevento*, cit.

il territorio, un cospicuo teatro di varianti istituzionali e culturali e, insieme, un impianto ad estesa disseminazione di organi nei quali la pratica del diritto regna incontrastata, al di là delle pur importantissime istituzioni strettamente correlate all'amministrazione specifica delle autonomie cittadine osservate sotto il mero profilo municipale. Si pensi alle ruote, ai tribunali, alle università, ai collegi dei dottori (46), anche indipendentemente da quanto di tutto questo deve pur necessariamente sussistere nella capitale, come macchina portante del potere centrale. Così troviamo (47), com'è noto, una università che funziona a Roma dal 1303, a Perugia dal 1308, ma a Bologna dal 1087! L'elenco prosegue con Ferrara (1361), Avignone (1303), Macerata (1540), Fermo (1587), Urbino (1671), Camerino (1727-1753), quasi tutte precedute da uno *Studium* di diritto risalente ad epoca più remota e perpetuato nell'insegnamento della giurisprudenza che costituisce, accanto alla teologia-filosofia, l'itinerario formativo privilegiato delle classi dirigenti del tempo. Così la laurea *in utroque jure* porta puntualmente con sé il costituirsi, parallelo all'ateneo, di un collegio di dottori che forma, insieme alle università, il punto nodale di una rete sottesa alla didattica del diritto, alla verifica del profitto e della idoneità degli studenti. Università e collegi contribuiscono inoltre, di conserva, alla determinazione e identificazione di una categoria professionale che va difesa, anche in quanto parco

(46) V. LA MANTIA, *Storia della legislazione italiana*, I, Roma e Stato romano, Torino, 1884, pp. 500-502 e, ora, M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, pp. 102-109 e 157-163.

(47) N. SPANO, *L'Università di Roma*, Roma, «Mediterranea», 1935; M. CONTE, *Università e formazione giuridica a Roma nel Cinquecento*, in «La Cultura», XXIII (1985), pp. 328-346; G. BONOLIS, *L'Università di Macerata - Notizie storiche*, Tolentino, 1927; A. VISCONTI, *L'Università di Macerata nel passato e nel presente*, Macerata, 1933; F. MARRA, *Chartarium per una storia dell'Università di Urbino*, (1536-1799), Urbino, 1975; D. ARINGOLI, *L'Università di Camerino*, Milano, 1951; G. ARNALDI, *La genesi dell'Università nel Medioevo*, Bologna, 1974; DE LUCA, *Theatrum*, XV. De *Judiciis*, II. *Relatio*, cit., XLVI, p. 255, n. 101. Per altre notizie su Avignone cfr.: infra, nota 99; F. CECCARONI, *Il Collegio Giuridico Cesenate ai primordi dell'Università (1504-1524)*, in «Romagna arte e storia», n. 10 (1984); Id., *Lo studio universitario di Cesena nei secoli XV-XVII. Prime note*, ibidem n. 14 (1985). Cfr. anche, in ordine alla legittimità degli Studi e il caso limite rappresentato dalla Marca di Ancona per la disseminazione amplissima del fenomeno, P. L. FALASCHI, *Ut vidimus in Marchia. Divagazioni su Cino da Pistoia e il suo soggiorno nelle Marche*, Napoli, 1987, pp. 7-16.

di reclutamento per la pratica del diritto da applicarsi nei tribunali e nelle corti di giustizia, anch'essi largamente diffusi nelle maggiori città dello Stato e nei quali si trasferisce e si addensa, lo sappiamo, la cultura e il dibattito giuridico e politico dei secoli XVI-XVIII. Questi ultimi corpi giudiziari sono coadiuvati inoltre, per i primi gradi di giurisdizione, da una griglia di podesterie e vicariati capillarmente diffusi in tutto il territorio. Troviamo quindi (48), oltre, come si è detto, ai supremi tribunali romani, una Ruota ad Urbino (1503), a Perugia (1530), a Bologna (1536), ad Avignone (1566), a Macerata (1589), a Ferrara (1599), un tribunale della Curia generale della Marca, una serie di tribunali nelle città di governo prelatizio o « di breve », un'ampia disseminazione di sedi podestarili con funzioni giurisdizionali in tutte le città e terre *immediate subiectae* ove non risieda un governatore prelato o « di breve », moltissimi altri giusdicenti (non sempre minori) nelle comunità infeudate o in quelle sottoposte al « dominio » di un'altra città e costituenti il « contado » di queste (le sedi di « governatore subordinato ») (49).

In quest'area politica, che è, come si è detto, fortemente significativa, ove la giurisdizione e gli operatori del diritto occupano uno spazio culturale e di potere così ampio e decisivo e diffuso da identificarsi in gran parte con i vertici e l'intera organizzazione istituzionale e con i settori medio-alti della società civile al completo, l'atteggiarsi del fenomeno della deroga, relativamente alla pratica del diritto, appare, nel complesso, ampiamente influenzato da un'ispirazione decisamente restrittiva che si presenta largamente diffusa e in fase di progressivo, accentuato consolidamento. Il notariato viene così considerato come derogante in modo reciso a Gubbio (50), Mace-

(48) N. DEL RE, *La Curia romana*, Roma, 1970, p. 243 sgg.; P. CARTECHINI, *L'archivio della Rota maceratese*, in « Studi Maceratesi », 10 (1976), p. 319 sgg.; G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, Venezia, 1840, 18, III, pp. 247-248; P. CARTECHINI, *L'archivio della Curia Generale della Marca di Ancona*, in AA.VV., *Paleographica, diplomatica et Archivistica. Studi in onore di Giulio Battelli*, II, Roma, 1979, pp. 541-574.

(49) D. CECCHI, *L'organizzazione amministrativa del Dipartimento del Musone (1798-1799)*, in « Quaderni Storici delle Marche », 1968, n. 9, pp. 523-539; ZENOBI, *I caratteri della distrettuazione*, cit.; R. VOLPI, *Le regioni introvabili*, cit.

(50) A. PARADISI, *Ateneo dell'uomo nobile. Opera Legale, Storica, Morale, Politica e Kavalleresca divisa in dieci Tomi* (da ora in avanti P.), I, Venezia, 1704, pp. 270-271.

rata (51), Ascoli (52), Camerino (53), Montecchio (Treia) (54), Orvieto (55), Rieti (56), Todi (57), Orte (58), ma anche a Faenza (59), Urbino (60), Rimini (61), Fossombrone (62), Fano (63), Iesi (64), Fermo (65), Senigallia (66) ed Assisi (67), ove pure un tempo non

(51) P., I, p. 272; M. TROSCÈ, *Macerata negli ultimi decenni*, cit., pp. 99-102.

(52) P., I, pp. 235-239.

(53) *Ivi*, pp. 249-250; SMOM, *Memorie*, XV-C1.I: durante la Signoria e Ducato dei Varano le cariche si dispensavano ad arbitrio di questi, quali Capitano del Popolo, «in guisa che i Nobili, per avervi qualche parte, non sdegnavano, anzi, s'industriavano di essere ascritti al Collegio de' Notari, l'ufficio de' quali era numerato fra le Nove Arti principali, dal che derivò l'opinione che il notariato non derogasse alla nobiltà, opinione che, pure, ebbe corpo per qualche tempo avvenire».

(54) B.G. ZENOBI, *Dai governi larghi all'assetto patriziale. Istituzioni e organizzazione del potere nelle città minori della Marca dei secoli XVI-XVIII*, Urbino, 1979, pp. 71-83.

(55) P., I, pp. 276-277.

(56) *Ivi*, pp. 281-282.

(57) *Ivi*, pp. 286-287.

(58) C.A. BERTINI-FRASSONI, *La nobiltà nello Stato pontificio*, Roma, [s.d., ma 1934] (da ora in avanti B.), pp. 350-356.

(59) P., I, p. 254; C. CASANOVA, *Comunità e governo pontificio in Romagna in Età moderna*, Bologna, 1981, pp. 82-83.

(60) P., I, p. 282.

(62) *Ivi*, pp. 269-270. Annotava in proposito intorno alla metà del XVII secolo il P. Ridolfo Maria, cappuccino, che in Fossombrone la medicina «mai ha derogato né deroga presentemente alla nobiltà. Ne' tempi andati lo stesso seguiva del notariato, perché veniva esercitato da' Nobili. Ma poiché si è reso comune anche alle persone di ordinaria condizione, i nobili se ne astengono. Sicché chi l'esercita non entra nel loro rango». (A. VERNARECCI, *Fossombrone dai tempi antichissimi ai nostri*, vol. II, parte II, Fossombrone, 1903, p. 666).

(63) P., I, pp. 254-257.

(64) *Ivi*, p. 271.

(65) *Ivi*, p. 253 sgg. «Costituisce in Fermo il primo grado di nobiltà il Magistrato composto del primo ordine dei nobili di Cernita, che si intitola Senatus Populusque Firmanus come derivante dalle antiche colonie di Roma: vengono esclusi da quel corpo i Medici, Notai e Speciali, vi si ammettono bensì i Dottori in Medicina. I Medici, Notari, Speciali, Droghieri ed altri cittadini che non sono in Cernita costituiscono un altro corpo chiamato Gran Consiglio. Anticamente la medicina non doveva essere repellente alla Nobiltà giacché Antonio Porti, nobile Fermano, fu medico di Sisto V e Girolamo Cordella, parimenti nobile di quella città, fu medico di Clemente VIII. Alcune volte d'ordine della Corte di Roma si ammette alcuno al Magistrato (che non ne abbia diritto), ma in tal caso si nota è entrato per la finestra».

derogava, ma che nel corso del Seicento è precluso *de jure* ai nobili da circa uno, a volte due secoli. Una deroga di fatto, conseguente al costume, sebbene non sancita da precise disposizioni normative, si riscontra (68) inoltre a Ferrara, Cesena, Pesaro, mentre il divieto tocca il notariato, se esercitato nel presente (sec. XVII), ma non se praticato in passato dal nobile o dai suoi avi, a Perugia (69), Amelia (70), Città di Castello (71), Benevento (72), Sezze (73). In alcune altre città ove in antico il notariato e procura non derogavano, ne viene nel Settecento tollerato l'esercizio soltanto se praticato nelle cancellerie, oppure dai cittadini originari del luogo: è il caso di Forlì (74) e di Osimo (75).

(66) Sul finire del XVI secolo i capitoli suntuari adottati dalla città di Senigallia prescrivono una distinzione degli abitanti in tre categorie sociali: nella prima sono ascritti « tutti quelli che sono del Consiglio di detta città et loro fratelli et figlioli tanto vivendo li lor padri, quanto dopo la morte e tutti li Dottori che eserciteranno l'Avvocazione in Sinigaglia e che abitassero continuamente in Sinigaglia e saranno matricolati e li Cavalieri ancora che non fussino li predetti del Consiglio, purché li suddetti Consiglieri, Dottori e Cavalieri non esercitino Arte meccanica e manuale ». Nella seconda categoria vengono collocati Procuratori, Notai e Mercanti maggiori purché essi non esercitino « Arte meccanica o manuale ». Nella terza si ritrovano per esclusione, « tutti quelli che non sono compresi nelli due primi » (ARCHIVIO STORICO COMUNALE DI SENIGALLIA, *Memorie diverse* LXVI, c. 2). Sempre per quanto riguarda Senigallia, nell'anno 1613, il Consiglio di Stato del Ducato di Urbino delibera « che per l'avvenire il solo titolo di Dottore o Capitano, fassi meritevole del luogo di Confaloniero nel Magistrato, ma solamente quei dottori di legge che avendo esercitato qui nello Stato, ufficio di Luogotenente o di Commissario delle Provintie di Montefeltro, o Massa, et altri appresso la persona nostra e fuori dello Stato d'uditori de Principi o di Governatori e Luogotenente di Città e Provintie, et i dottori di medicina che haveranno esercitato condotte di primo medico nelle città tanto nello Stato quanto fuori. Come anco quei Capitani, che saranno stati alla Guerra e che tal grado sia personale a loro e non passi agli altri della casa che per gloria e beni non ne fossero meritevoli ». (*Ivi*, *Decreti*, L.C., c. 29).

(67) P., I, pp. 239-240.

(68) *Ivi*, pp. 257-261, 250-251 e 280.

(69) *Ivi*, pp. 278-279.

(70) *Ivi*, pp. 233-234.

(71) *Ivi*, pp. 251-252.

(72) *Ivi*, p. 240.

(73) B., pp. 359-363.

(74) P., I, p. 269.

(75) *Ivi*, p. 277.

Il divieto non è invece previsto nelle città di Bologna (76), Ravenna (77), Imola (78), Ancona (79), Recanati (80), Montalto (81), Tolentino (82), Spoleto (83), Foligno (84), Anagni (86), anche se talora, di fatto, specie nel Settecento, la nobiltà locale recalcitra nei confronti delle richieste di aggregazione di notai e causidici, trincerandosi dietro alla dottrina prevalente e al diritto comune (87). Molto incerta appare la normativa vigente in una serie di centri, quasi tutti minori, come a Frosinone (88), in cui pare che operasse il divieto nei confronti dei notai, ed a Velletri (89), Bagnorea (90), Terni (92), Trevi (93), Ripatransone (94), San Severino (95), Matelica (96), nei quali si è in presenza di una chiara deroga nei confronti dell'esercizio di arti meccaniche e vili ed ove forse, più precise riconoscizioni applicate alla prassi degli organi comunitativi e alle decisioni della Sacra Consulta, potrebbero precisare la reale portata del

(76) P., III parte I-II, Venezia, 1711, pp. 500-511.

(77) P., I, p. 281.

(78) *Ivi*, pp. 271-272.

(79) *Ivi*, pp. 234-235.

(80) M. MORONI, *Per una storia della nobiltà recanatese nell'Età moderna*, in « Rivista di studi marchigiani », I, 2, 1978, pp. 230-232 (Capitoli del 13 ottobre 1603); *Capitula seu Ordinationes Regiminis vetustissimae Civitatis Recineti a Sanctissimo Dominio nostro Clemente Papa XI noviter approbata*, Roma, Ex Typographia Reverendae Camerae Apostolicae, 1718.

(81) B.G. ZENOBI, *Il « sommerso » delle classi al potere in Antico Regime, Montalto da Sisto V a Napoleone*, Milano, 1984, pp. 80-91.

(82) B.G. ZENOBI, *Dalla oligarchia informale alla nobiltà formalizzata: Tolentino tra XVI e XVIII secolo*, in « Studi Urbinati », cit., n. 38-39-40, anni LIV-LV LVI, aa. 1985-1986, 1986-1987, 1987-1988, pp. 7-33.

(83) P., I, pp. 285-286.

(84) *Ivi*, pp. 266-269; DE LUCA, *Theatrum. De Praeinentiis*, cit., V, p. 266.

(85) P., I, pp. 292-293.

(86) SMOM, *Memorie*, III.

(87) M. MORONI, *op. cit.*, pp. 202-207.

(88) B., pp. 341-349.

(89) *Ivi*, pp. 384-386.

(90) *Ivi*, pp. 327-330.

(91) *Ivi*, pp. 387-395.

(92) *Ivi*, pp. 75-80; P., I, p. 286.

(93) B., pp. 99-114.

(94) SMOM, *Memorie*, XLVI.

(95) B., pp. 294-297.

(96) *Ivi*, p. 290.

diniego e la sua eventuale estensione al notariato e alla procura.

Una situazione analoga va registrata per quanto attiene alcune supreme magistrature municipali della città di Roma, ove però di un reggimento a ceti effettivamente separati, con formalizzazione di una vera e propria nobiltà civica, riconosciuta come tale dal Sovrano, non sembra che si possa parlare prima della Costituzione Benedettina del 4 gennaio 1746, nota sotto il nome di Bolla *Urbem Romam* (97). Qui, in ogni caso, per disposizione statutaria risalente alla compilazione del 1580, i tre Conservatori della Camera Capitolina che costituiscono il vertice dell'esecutivo della città, non possono, se medici o avvocati, esercitare la professione per tutto il trimestre in cui ricoprono l'ufficio della magistratura (98). Diversissimo, ed è naturale, il quadro che si presenta negli « Stati pontifici di Francia », cioè nella città di Avignone e nel Comté Venaissin con Cavaillon, Vaison e Carpentras (99). Quest'ultima città è sede della rappresentanza politica per Stati, ove i soli feudatari sono ammessi nel secondo ordine, mentre chi non avesse feudo né beneficio ecclesiastico viene di necessità collocato nel Terzo. Tuttavia sono considerati titoli primordiali di nobiltà l'esercizio di alcune alte cariche come Primicerio dell'Università (100), Presidente del Tribunale della Rota che è anche Luogotenente Generale della Legazione ed Avvocato Generale della Legazione, insieme agli altri cinque Uditori di Rota (101), il Vice Gerente che è anche Presidente della Camera Apostolica di Avignone, insieme al Vice Rettore o Luogotenente del Rettore di Carpentras (102), il Datario che è sempre scelto fra gli espo-

(97) C. MISTRUZZI DI FRISINGA, *Trattato di Diritto nobiliare italiano*, Milano, 1961, II, pp. 492-517.

(98) V. LA MANTIA, *op. cit.*, I, p. 203.

(99) G. MORONI, *op. cit.*, III, p. 158 sgg., X, p. 108, XC, pp. 147-164, R. DE MAULDE, *Coutumes et réglemens de la République d'Avignon*, Paris, 1879; J. GIRARD, *Les Etats du Comté Venaissin depuis leurs origines jusqu'à la fin du XVI^e siècle* Paris, 1908; J. DE TERRIS, *La noblesse d'Avignon et du Comté Venaissin*, in « Rivista del Collegio Araldico » (da ora in avanti R.A.), a. 1904, pp. 131-136, 200, 204, 280-282, 340-342 e a. 1908, pp. 403-409, 466-471, 548-556 e 591-596 (da ora in avanti D.T.).

(100) Brevi di Benedetto XIII, 17 dicembre 1728; di Clemente XII, 6 maggio 1736; di Benedetto XIV, 10 ottobre 1745 e di Pio VI, 12 agosto 1788.

(101) Breve di Benedetto XIV, 3 settembre 1748.

(102) Breve di Benedetto XIV, 29 settembre 1741 e Ordinanza del Pro-Legato, 29 dicembre 1775.

nenti dell'alta nobiltà dello Stato pontificio insieme ai suoi diretti dipendenti, ossia il Segretario delle bolle o delle suppliche e Registratore delle bolle, il Guardasigilli, il Tassatore delle bolle ed il Correttore delle bolle, unitamente al Presidente della Camera Apostolica di Carpentras (103), l'Avvocato Generale Procuratore Fiscale della Legazione che presiede la Camera Apostolica di Avignone ed è, come si è detto, il Presidente della Rota, l'Avvocato Generale Procuratore Fiscale della Camera Apostolica di Carpentras (104), i due Tesorieri delle Camere Apostoliche di Avignone e Carpentras (105), il Segretario di Stato e Archivistica della Legazione, insieme al Segretario della Camera Apostolica di Carpentras, Consigliere di Sua Santità e al Cancelliere del Rettorato (106), l'Intendente della Zecca di Avignone (107).

Si tratta di cariche di fatto, in gran parte, ereditarie da secoli e alle quali si accede attraverso il dottorato conseguito prevalentemente nell'Università di Avignone: gli avvocati del Comté Venaissin conseguivano, per disposizione di Paolo III, la nobiltà personale che si radicava poi nei discendenti attraverso il conseguimento del dottorato (anche in medicina) per due generazioni consecutive (108). Qui le cariche nobilitanti sono così tassativamente determinate con precise disposizioni che stabiliscono quali funzioni della giurisdizione possano essere considerate idonee ad essere esercitate dal nobile, secondo i criteri che appaiono tuttavia ispirati ad una certa larghezza, specie se rapportati alla normativa riguardante la *noblesse de robe* delle province che ricadevano sotto la Corona di Francia.

Rimane, a questo punto, da esaminare un altro aspetto del tema: quello costituito dalla deroga la quale, tagliando trasversalmente la pratica del diritto, sancisce la idoneità alla nobiltà e alle funzioni pubbliche connesse a questo *status*, in rapporto all'analogo divieto che tocca ampiamente, nei domini pontifici, altre attività,

(103) Breve di Clemente XII, 26 luglio 1733, 27 ottobre 1737 e 16 ottobre 1730.

(104) *Lettres de noblesse* di Luigi XV, febbraio 1770.

(105) Breve di Pio VI, 30 settembre 1785.

(106) Brevi di Clemente XI, 17 marzo 1710; di Benedetto XIII, 20 luglio 1729 e di Pio VI, 15 marzo 1777 e 19 febbraio 1788.

(107) Breve di Benedetto XIII, 24 gennaio 1729; *Lettres de noblesse* di Luigi XV, ottobre 1769.

(108) D. T., 1904, pp. 131-136.

non decisamente ascrivibili fra le manuali e « meccaniche », quali l'arte medica e la mercatura. In ordine ad Avignone e Carpentras, si è visto che il dottorato in medicina non viene considerato derogante, ma, anzi, a determinate condizioni, sia ritenuto un veicolo di ascesa verso la nobiltà, quanto meno a partire dal secolo XVI. Per quanto attiene alle altre comunità di area italiana, notariato e procura derogano, sia pure per gradi diversi che possono andare, come si sa, da un divieto assoluto, alla proibizione nei confronti di chi esercita effettivamente la professione, fino alla tolleranza a favore dei soli addetti alle cancellerie e dei cittadini originari, in almeno trenta città. Di fronte a questa cifra stanno le trentadue città (ma più probabilmente il numero reale è superiore) nelle quali, in forma generalmente più recisa, la mercatura, non soltanto al minuto, è considerata derogante. La reputazione di notariato e procura è dunque, sia pure di poco, al di sopra di quella in cui è tenuto generalmente il commercio, più probabilmente, per le affinità con le funzioni proprie della giurisdizione che non per l'attività intellettuale e liberale che è vista come avvilente, degradante e servile a causa, lo si è osservato, della remunerazione diretta connessa al contratto di *locatio operis*. Sotto questo profilo l'arte medica è invece considerata derogante, anche qui con varie graduazioni, in sole undici città, nelle quali derogano puntualmente anche notariato e mercatura, con l'eccezione di Osimo ove il commercio è consentito per privilegio di Urbano VIII e medicina e notariato sono permessi ai soli nobili originari (109). Ma si tratta, in ogni caso, di medicina teorica e dotta, strettamente connessa al titolo dottorale, sulla sola ammissibilità della quale si affaticano notevolmente i giuristi cinquecenteschi, mentre l'esercizio pratico (e, in particolare, la chirurgia, allora disancorata dalla diagnostica), per le caratteristiche meramente esecutive, separate dalla *dignitas* dottorale e reputate fattuali e immonde, viene recisamente respinto fra le arti « meccaniche e vili ».

A metà via fra medicina dotta e mercatura nelle sue varie accezioni, dunque, avvocatura, notariato e procura sembrano costituire per un verso una delle tappe preliminari per l'ascesa verso le

(109) P., I, p. 277: U. SINIBALDI, *Il Pontefice Urbano VIII consente alla nobiltà di Osimo l'esercizio dell'industrie della lana e della seta*, in R.A., 1982, pp. 161-163 con il testo del Breve del 28 marzo 1626.

funzioni giurisdizionali connesse alla *dignitas* e, dunque, a distanza di più generazioni, per il conseguimento della nobiltà (111), vuoi perché si tratta di professioni a volte fortemente redditizie, vuoi specialmente perché operano in contiguità con l'area dell'effettivo potere, con i vantaggi propri sia dell'informazione e del rapporto quotidiano con la macchina politico-giurisdizionale, sia delle occasioni di avanzamento e di inserimento che la confidenza con il potere stesso, ad ogni livello, possono offrire a quanti si trovino a gravitare attorno ad esso, tanto in prima persona, quanto a favore dei propri congiunti. Per altro verso, però, a nobiltà acquisita, le ragioni dell'integrazione ad un livello superiore con l'aggregato sociale a cui si è pervenuti, riprendono decisamente il sopravvento e si avvertono come assolutamente necessarie preclusioni e diffidenze che stanno sul piano logico, prima ancora che etico, alla base del nuovo *status*, del quale, anzi, costituiscono uno dei contrassegni principali e una delle condizioni essenziali quanto alla costituzione e alla identificazione di ceto. Così nella città di Macerata, sede di due alti tribunali, di Governatore prelato, di Università e Collegio, ove medicina, notariato e mercatura derogano ed i notai vengono ancora collocati, nelle disposizioni suntuarie del 1703, insieme a mercanti, droghieri ed orefici, gli avvocati ed i procuratori esistenti nel 1782 sono cinquantadue, di cui quarantuno nobili, pari all'80%, ma di essi esercitano la professione soltanto diciassette ($= 1/3$) e fra questi i nobili sono soltanto otto, cioè appena il 4,7% (112). Queste cifre, in una con la diffusione ed i tratti caratteristici della deroga nell'ambito delle attività giurisdizionali (intese nell'accezione più ampia del termine) appaiono emblematiche dell'atteggiamento decisamente bifronte con cui la nobiltà di area pontificia sembra in concreto definire la propria posizione rispetto alla realtà del diritto nei due versanti di esso, quella teorica e dotta e quella pratica e professionale. Cifre e dislocazione della deroga rivelano, in maniera che pare eloquente, fino a qual segno nobiltà e giure, congiuntamente coniugati (come espressione del monopolio del potere, cioè della presa

(110) T., pp. 234-487.

(111) B.G. ZENOBI, *Ceti e potere nella Marca pontificia. Formazione e organizzazione della piccola nobiltà tra '500 e '700*. Bologna, 1976, pp. 53-75 e 241-261; Id., *Il « sommerso »*, cit., pp. 18-28, 38-41 e 90191; A. PALOMBARINI, *I Ciccolini di Macerata fra '500 e '600 dal notariato alla nobiltà*. Ancona, 1986.

(112) M. TROSCÈ, op. cit., pp. 99-102.

del ceto nobile su istituzioni e società) possano, nei secoli dell'Antico Regime convivere fin quasi a identificarsi. Ma rilevano anche quanto si trovino a pesare, ancora sul finire del Settecento, perplessità e riserve nei confronti degli aspetti lucrativi e venali di professioni, certo vantaggiose e remunerative, in particolare per le nobiltà minori, il cui esercizio tuttavia, specialmente a causa delle modalità connesse a certi aspetti della remunerazione, finisce con l'implicare, di necessità e troppo di frequente, una certa dose di tranquilla indifferenza nei confronti dei mali e delle sventure del prossimo. Un giudizio negativo verso queste attività professionali che, come si è visto, nella nobiltà è antico e radicato quanto possono esserlo la sua tradizione giuridica e la sua memoria etica, ma che sarebbe interessante studiare fino a che punto non fosse, negli stessi secoli ed in termini analoghi, un giudizio comune anche ad altri, più vasti e, in gran parte, meno privilegiati settori della società civile.

4. — Il *test* da cui scaturiscono le considerazioni che si sono esposte è costituito da una indagine che comprende, come s'è detto, cinquanta città degli Stati pontifici d'Italia e di Francia su un totale di settanta, nelle quali la nobiltà risulta, dal XVI al XVIII secolo, organizzata in corpo formalizzato ed esplicitamente riconosciuta come tale dal Principe. La campionatura appare quindi incompleta, pari al 67,7% dell'insieme su cui, a rigore, l'esame avrebbe dovuto essere condotto. Mancano all'appello 3/10 delle città rispetto alle quali l'attuale stato di avanzamento della presente ricerca, anche a causa della non sempre ricca, accessibile o idonea sedimentazione erudita in qualche modo riferibile al tema della deroga, non consente, per il momento, di esprimere il più prudente giudizio.

I centri urbani che risultano così sottratti al bilancio della presente indagine sono in tutto ventiquattro, metà dei quali dislocati nella Marca e nel Ducato di Urbino: si tratta fortunatamente, per oltre i 4/5 di essi, di comunità piuttosto marginali, erette o reintegrate al rango di città piuttosto tardi (secoli XVII e XVIII) come Città della Pieve (113), Urbania (114), Sant'Angelo in Va-

(113) Anno 1601, SMOM, *Memorie*, XV.

(114) Già Casteldurante, eretta città da Urbano VIII, Bolla *Pro excellenti praeminentia* del 18 febbraio 1636; B., pp. 324-326.

do (115), San Leo (Montefeltro) (116), Pennabilli (117), Pergola (118), Corinaldo (119), Ostra (Montalboddo) (120), Filottrano (121), oppure magari antiche, ma esigue o decadenti sedi vescovili come Numana (122) Nocera (123), Corneto (124), Ferentino (125), Tivoli (126), Toscanella (127), Cervia (128), Sarsina (129), Forlimpopoli (130), Bertinoro (131). Per il restante invece, la lacuna, sia pure circoscritta ad un numero minore di centri, appare più seria, riguardando città della dimensione di Fabriano (132), Cingoli (133), Cagli (134), Narni (135). Rispetto a questa deficienza, il campione può avvalersi tuttavia, di circa il 70% dei centri, fra i quali tutti i

(115) *Alias* Tiferno Metaurense, eretta città con la Bolla *Pro excellenti* sopra citata; B., pp. 321-324.

(116) Antica sede vescovile, restituita da Benedetto XIII con la Bolla *Nuper Nobis* del 26 marzo 1729; cfr. I. PASCUCCI, *San Leo Città vescovile*, San Leo, 1986; SMOM, *Memorie*, XXXIII.

(117) Già residenza vescovile per disposto di Gregorio XIII, Bolla *Aequum reputamus* 1572, riconosciuta città per Breve di Clemente XIII del 24 gennaio 1761; cfr. I. PASCUCCI, *San Leo*, cit., pp. 287-291, 373-378 e 381 sgg.

(118) Eretta città da Benedetto XIV, Bolla *Romanum decet Pontificem* del 18 maggio 1752.

(119) Eretta città da Pio VI, Breve *Dum singularem* del 20 giugno 1876; cfr. B.G. ZENOBI, *Dai governi larghi*, cit., pp. 61-64 e 136-140.

(120) Eretta città da Pio VI, Breve *Apostolicae Sedis Maestati* del 30 luglio 1790; B.G. ZENOBI, *Dai governi larghi*, cit., pp. 99 e 148-151.

(121) Eretta città da Pio VI, Breve *Inter multiplices*, del 24 agosto 1790; *ibidem*, pp. 108 e 152-154.

(122) *Ivi*, pp. 21-35.

(123) SMOM, *Memorie*, XXXVII.

(124) Città, per Bolla di Eugenio IV *In supremae dignitatis*, 3 dicembre 1435, *ivi*, XIX; B., pp. 332-337.

(125) *Ivi*, pp. 337-340.

(126) *Ivi*, pp. 365-368.

(127) SMOM, *Memorie*, LIX.

(128) B., pp. 504-505; C. CASANOVA, *Comunità*, cit., p. 185.

(129) B., pp. 196-198.

(130) *Ivi*, pp. 198-199; C. CASANOVA, *Comunità*, cit., p. 178.

(131) B., pp. 194-196; C. CASANOVA, *Comunità*, cit., pp. 178-179.

(132) B., pp. 277-280.

(133) *Ivi*, pp. 299-304.

(134) *Ivi*, pp. 309-318.

(135) SMOM, *Memorie*, XXXV.

più importanti dello Stato, con aree di rilievo rappresentate vuoi al completo, o quasi, come quella di Avignone o delle Legazioni, del Lazio o della Marca (oltre il 70%) dell'Umbria e Sabina (69,2%) oppure per porzioni ampiamente cospicue e consistenti quali le Legazioni (66,6%) o anche il Ducato di Urbino (45,4%). In ogni caso il *test* comprende tutte le sedi di governo rette da un cardinale legato, quasi tutte quelle a governo prelatizio e « di breve » (mentre vi è assai folto e rappresentativo il numero delle comunità rette, comunque, a governo libero che ascende a ventiquattro, pari alla metà del campione in esame) ed è costituito, complessivamente, da cinquanta città che forniscono, lo si è visto, una serie di risposte graduate, sia in positivo che in negativo, sull'oggetto della deroga in relazione alla pratica del diritto. È un campione che appare, quindi, fondatamente attendibile e significativo (s'è avuto modo di osservarlo) per i tratti geoeconomici, istituzionali e sociali che presenta lo Stato ecclesiastico nel suo insieme.

Dall'indagine sin qui condotta una prima rilevante acquisizione sembra emergere in piena evidenza e manifestare uno dei tratti più significativi del fenomeno: la deroga nei confronti di notai, procuratori e causidici intesi come liberi professionisti vige rigidamente, a vario titolo e variamente atteggiata nelle modalità applicative, in almeno trenta città su cinquanta (60%) contro undici nelle quali la incompatibilità nei confronti di questi operatori del diritto è esplicitamente esclusa (22%). Tale deroga appare inoltre quale scelta, nettamente prevalente in ciascuna delle sei aree associate: 62,2% contro 37,8% nelle Legazioni, 100% nel Ducato di Urbino, 53,5% contro 26% nella Marca, 66,6% contro 22,2% nell'Umbria e Sabina, 36,7% contro 18,4% nel Lazio e Patrimonio, 100% ad Avignone e Carpentras. Ovunque infatti il saldo fra le percentuali accolte dagli ordinamenti e dal costume delle singole città osservate presenta un indice attivo a favore dell'opzione per la deroga che appare massimo negli Stati pontifici di Francia e nel Ducato di Urbino (= 100), che è ancora cospicuo in Umbria (= 44,4), si attenua nella Marca (= 26,8) e nelle Legazioni (= 25,4), e diminuisce ancor più nel Lazio (= 18,3).

Tutto ciò fa pensare ad una larga diffusione del fenomeno che si descrive nell'intero territorio dello Stato, diffusione che, se appare ampiamente uniforme nella sua estensione, si presenta però dislocata con maggiori o minori indici di accentuazione nell'ambito

delle varie realtà provinciali del dominio ecclesiastico. Queste varianti della densità territoriale riferita alla deroga, in ordine a taluni aspetti della pratica del diritto, possono in parte spiegarsi e, in parte, anche trovare un'attenuazione della loro entità attraverso un'accentuazione o una contrazione degli indici di scarto nei casi, rispettivamente delle zone urbinati e laziali, ove può avere maggiormente inciso in un senso o nell'altro la già ricordata incompleteness del *test*, in particolare per quanto riguarda le città comprese nel Ducato di Urbino (cfr. la tavola statistica in Appendice), fortemente sottorappresentate nella campionatura (45,4%). Come pure non sembra un caso che quasi tutte le città collocate, quanto alla deroga in materia di pratica del diritto, fra le « incerte » non potute esaminare per insufficiente consistenza di stratificazione erudita o di materiale documentario idoneo, siano prevalentemente centri di esigua entità quali Frosinone, Velletri, Veroli, Bagnorea, o anche Corneto Tivoli, Ferentino e Tuscanella nel Lazio come pure Sarsina Cervia, Forlì e Bertinoro, o San Leo, Pennabilli, Pergola, Urbania, Sant'Angelo in Vado nelle Legazioni e nel Ducato urbinato.

E tuttavia non vorremmo essere fraintesi. Tutto quanto finora è stato osservato tocca in prevalenza — anche per i caratteri propri delle fonti utilizzate, quasi esclusivamente legislative e dottrinali e comunque « volontarie », come le opere dei trattatisti e giuristi — la sistemazione teorica della materia. La scarsità dei riferimenti in ordine al momento più direttamente operativo, sia amministrativo sia giurisdizionale, può aver prodotto l'effetto di enfatizzare l'aspetto per così dire « edittale » della prescrizione sulla deroga e di obliterare la prassi applicativa che vari indici potrebbero far supporre, per contro, più blanda e diretta, attraverso una serie di sanatorie e di scappatoie, ed attenuare il rigore della normativa astratta. Così gli stessi giuristi appaiono, ad esempio, inclini ad una risposta decisamente mite rispetto al quesito « *an exercitium artium sordidarum praeiudicet nobilitati filiorum* », ammettendo in via generale, la soluzione positiva, giacché non si può trasmettere ciò che non si ha più, ma subito dopo precisando che il diniego di principio debba valere soltanto per coloro che siano stati nobilitati, mentre se avesse derogato un nobile *ex genere*, allora la nobiltà non viene perduta dai discendenti, come pure nell'ipotesi del nobilitato il cui genitore, non nobile, avesse esercitato una professione derogan-

te (136). Nelle decisioni concrete si ha cioè l'impressione che il clima generalmente diffuso non fosse poi troppo rigido: oltre a quanto si è potuto osservare sia per Montalto, sia per Tolentino (137), ove la professione notarile costituisce un primario canale di ascesa verso la nobiltà e dove infatti non sussiste deroga, sia per Macerata ove, pure in presenza della deroga il fenomeno risulta in parte analogo (138), oppure a Bologna, ove la stessa legislazione statutaria del XVII secolo richiede ai gentiluomini un'astensione dalle arti deroganti che non va oltre il termine, piuttosto ragionevole, di un trentennio (139) o anche, fuori dal forse più corrivo clima dello Stato ecclesiastico, a Bobbio (140) e a Piacenza (141), ove indagini ed allegazioni ai fini del riconoscimento dello *status* nobiliare, non si spingono negli stessi secoli, al di là della generazione alla quale è appartenuto il padre dell'interessato (142).

Certo, i tratti discontinui e variegati del fenomeno, il suo insistere sul territorio secondo una dislocazione che non rivela l'esistenza di vere e proprie aree compatte di deroga né appaiono ricalcare la cadenza dei tempi e le modalità correlate al costituirsi delle oligarchie in ceti formalizzati e nemmeno al costituirsi e poi allo sfaldarsi delle precedenti esperienze signorili (anche qui con tempi e modalità delle relative devoluzioni) non sembrano consentire, per le città del Dominio pontificio, allo stato attuale della ricerca, di spingere le acquisizioni al di là di quanto si è esposto. Il *jus loci*, come rende apparentemente irrazionale, in materia di deroga sulla pratica del diritto, la diversificazione degli ordinamenti e delle culture delle particolari realtà cittadine, così sembra consacrare le anarchiche opzioni effettuate in proposito dalle singole nobiltà civiche.

(136) T., pp. 118-119, n. 1, 4, 5; R. MOUSNIER, *Les institutions*, cit., p. 109.

(137) B. G. ZENOBI, *Il « sommerso »*, cit., pp. 18-28, 38-41,, 90-91; Id., *Dalla oligarchia informale*, cit.

(138) A. PALOMBARINI, *op. cit.*

(139) P., I, pp. 241-248.

(140) G. FIORI, *La nobiltà civica e il Collegio dei Dottori e Giudici di Bobbio*, in « Bollettino storico piacentino », a. LXXX (1985), 2, pp. 222-234.

(141) M. BOSCARELLI, *Intorno alla nobiltà semplice piacentina nei secoli XVII e XVIII*; *ivi*, a. LXXXI (1986), I, pp. 10-11 e 26.

(142) Per analoghe più generali impressioni, cfr. R. MORO, *Il tempo dei signori. Mentalità, ideologia, dottrine della nobiltà francese di Antico Regime*, Roma, 1981, pp. 337-356 e DONATI, *L'idea di nobiltà*, cit., pp. 246-265 e *passim*.

In ogni caso, però, perfino laddove la compatibilità fra bassa forza degli operatori del diritto e *status* nobiliare sembra avvicinarsi allo zero, come negli Stati pontifici di Francia e, pare, nel Ducato urbinato, e la deroga dominare ampiamente, come nella gran parte restante dello Stato, il rilievo del diritto e il prestigio della *jurisdictio* nel senso più comprensivo e più lato permangono fortissime fino a tutto il secolo XVIII. Così sarà soltanto nel 1790 che Pio VI tenterà di procedere alla « riunione dei piccoli governi » attraverso la concentrazione e, di conseguenza, la soppressione delle giurisdizioni minori (143). Ma questa decisione, del resto timidissima, diretta a superare l'estremo particolarismo di periferia, venendo a negare il nesso che lega le identità locali anche infime, alla sede, alle articolazioni e alla logica delle giurisdizioni, tanto con le implicite e parallele funzioni del notaio-cancelliere o giudice collaterale in civile o in criminale, quanto con gli spazi professionali paralleli dell'avvocato, del procuratore, del causidico, finisce con il provocare lo scontento e l'opposizione tenace sia dei governatori, sia dei membri del foro, sia dei corpi locali, che cercano di difendere e di mantenere integri i propri spazi di autonomia e di potere.

Ancora per tutto lo scorcio del Settecento, e malgrado i tentativi delle esperienze di governo giacobino fra 1797 e 1799, la presenza della giurisdizione, comprensiva di curia e foro, resta dominante e decisiva nell'architettura della distrettuazione politica e del governo amministrativo del territorio, tanto nella concezione dei ceti dirigenti, quanto nella considerazione e nell'apprezzamento degli operatori del diritto di qualsiasi livello, degli utenti e dei governati.

Si tratta di un modo di concepire il ruolo del diritto e di riguardare il peso dei « togati » ivi compresa la funzione della deroga, che verranno ridiscussi e ridimensionati altrove — si pensi alla cameralistica tedesca — a Settecento inoltrato. Quando ormai si comincerà ad avvertire che, alla onnipotenza delle norme giuridiche e della volontà della legge nei confronti della realtà e dei comportamenti sociali, un settore di quella stessa realtà si è sempre sottratto, si sottrae e mostra di sottrarsi in dimensioni sempre più considerevoli: intendiamo il governo dell'economia, il cui volto refrattario

(143) R. VOLPI, *op. cit.*, p. 183 sgg.; R. RUFFILLI, *L'appodiamento ed il riassetto del quadro territoriale nello Stato pontificio (1790-1870)*, Milano, 1968, pp. 15-29.

a mere operazioni tecnico-giuridiche è rilevato lucidamente, in area italiana, dalla riflessione di Pietro Verri (144), proprio mentre, negli stessi anni, si apriva, alla stessa tematica, mediante la rimedi-tazione di uno Smith filtrato attraverso Condillac, la preparazione pubblicistica di Emmanuel-Joseph Sieyès (145).

(144) C. MOZZARELLI, *Del buon uso della storia. Pietro Verri e la sua «Storia di Milano»*, in «Società e Storia», 1987, n. 37, p. 587.

(145) E. SIEYES, *Qu'est-ce que*, cit., pp. 7-44.

APPENDICE *

Quadro statistico relativo alla deroga della pratica del diritto rispetto allo *status* nobiliare riferito alle città dello Stato pontificio di Antico Regime nelle quali risultava esistente una nobiltà di reggimento (o una nobiltà di carica per gli Stati pontifici di Francia).

Dislocazione della città Posizione delle città in rapporto alla deroga	Legazioni	Ducato di Urbino	Marca più Camerino	Umbria più Sabina	Lazio più Benevento	Avignone e Carpentras	Totali
A	5	5	8	6	4	2	30
Deroga presente e % (A/D)	62,2%	100 %	53,5%	66,6%	36,7%	100%	60 %
B	3	0	4	2	2	0	11
Deroga inesistente e % (B/D)	37,8%	000 %	26,7%	22,2%	18,4%	000%	22 %
Saldo % A- B	25,4	100	26,8	44,4	18,3	100	38
C	0	0	3	1	5	0	9
Posizioni incerte	000 %	000 %	20 %	11,1%	45,4%	000%	18 %
D	8	5	15	9	11	2	50
Totale campione e % (D/F)	66,6%	45,4%	71,4%	69,2%	73,3%	100%	67,7%
E	4	6	6	4	4	0	24
Città non esaminate assenti dal campione e % (E/F)	33,3%	54,5%	28,5%	30,7%	26,6%	000%	32,3%
F	12	11	21	13	15	2	74
Totale delle città di cui al presente quadro statistico							

* Il Quadro statistico e l'elenco riportati in quest'Appendice sono stati costruiti utilizzando le fonti indicate a piè di pagina per ciascuna città citata nel testo.

Elenco delle città di cui al quadro precedente nelle quali l'esercizio della mercatura (A), oppure dell'arte medica (B), comportava la deroga dallo *status* nobiliare:

— A —		— B —
Città di Castello	Macerata	Orvieto
Assisi	Fano	Benevento
Amelia	Fabriano	Perugia
Todi	Urbino	Rieti
Città della Pieve	Pesaro	Assisi
Fermo	Gubbio	Fermo
Camerino	Fossombrone	Ascoli
Ascoli	Senigallia	Macerata
Orvieto	Ravenna	Fano
Orte	Rimini	Avignone
Sezze	Forlì	Carpentras
Anagni	Faenza	
Benevento	Bologna	
Perugia	Ferrara	
Terni	Avignone	
Rieti	Carpentras	

ERULO EROLI

IL PROBLEMA DEL RISARCIMENTO DEI DANNI
PER LESIONE D'INTERESSI LEGITTIMI

I

In tema di risarcimento del danno per lesione d'interessi legittimi non ci sembra che la tesi possa ingenerare dubbi sulla inamissibilità della relativa pretesa in quanto la presenza dell'atto nel mondo giuridico non può far ritenere ingiusta, nel senso di anti-giuridica, la condotta dell'Amministrazione anche perché quanto agli effetti non vi può essere lesione di diritti altrui, risultando essi soppressi o compressi dall'atto che impedisce l'operatività delle norme che prima dell'emanazione dell'atto sono predisposte per la tutela dei beni del destinatario dell'atto stesso, (venir meno dell'oggetto materiale della tutela). Ma se quest'ultimo viene annullato, generalmente da un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo, l'orizzonte si allarga, e la tesi si fa più complessa.

Riteniamo che sia opportuno richiamare i seguenti postulati: la struttura del sistema normativo è costituita su due schemi fondamentali: 1) il rapporto norma-fatto; 2) il rapporto norma-potere. Per intenderci o la norma regola direttamente e puntualmente il fatto, o la norma conferisce a un soggetto o a più soggetti o ad organi, il potere di regolare il fatto. In ordine a quest'ultimo aspetto l'esercizio del potere può estrinsecarsi nei modi più svariati e a vari livelli, come ad es., mediante delegazione legislativa o regolamentare; conferimento alla P.A. di quel tipico potere di disporre, iure imperii, caso per caso, che si chiama « potere di provvedimento »; attribuzione alla medesima del potere negoziale di diritto privato. Peraltro può accadere che l'atto mediante il quale si manifesta il potere ex lege, invece di disciplinare direttamente il fatto, sia attributivo di un potere derivato da altro soggetto (è il caso della delegazione di poteri dello Stato alle Regioni, come si rinviene per la tutela paesistica, e, più in generale in casi di conferimento negoziale della procura). Di conseguenza la regolamentazione del fatto, salvo che per le ipotesi di riserva, può rinvenirsi in ogni tipo di norma, da quella costituzionale a quella negoziale per mezzo di norme

di legge formale o aventi forza di legge formale, o regolamentari (dello Stato o degli altri enti minori) o mediante provvedimenti amministrativi.

Nonostante tale svariato modo di estrinsecarsi della norma, resta tuttavia certo che o sono le norme a disciplinare direttamente il fatto, o sono sempre le norme che attribuiscono il potere per la regolamentazione del fatto.

Qualora poi si vogliano porre a raffronto questi due schemi, non possiamo non concludere che lo schema norma-fatto abbia natura fondamentale, finale e assorbente, mentre quello norma-potere ha solo funzione e finalità strumentale. Ciò nel senso che solo la dicotomia norma-fatto costituisce il dato fondamentale di ogni esperienza giuridica, in quanto si deve concludere che deve sempre risolversi a una norma che regoli direttamente il fatto, perché solo in tal modo il fatto riceve qualificazione giuridica e solo attraverso di essa si perviene alla cognizione dell'esperienza.

Lo schema invece norma-potere ha contenuto strumentale, in senso lato e generale, organizzatorio, in quanto viene attribuito a vari soggetti (di regola organi) il compito della qualificazione giuridica dei fatti attraverso il metodo istituzionale e sociologico; soggetti che sono, o si considerano (dall'Ordinamento) portatori d'interessi materiali che traggono origine dalla regolamentazione del fatto.

Da tale impostazione emergono le seguenti importanti conseguenze:

1) dallo schema norma-fatto si delineano come conseguenza, come effetto, le cosiddette norme di relazione: i rapporti giuridici nella loro più tipica configurazione, e cioè le posizioni giuridiche soggettive di diritto e obbligo, di pretesa e soggezione; gli atti che si caratterizzano attraverso l'accertamento, come effetto, del diritto (sentenze di accertamento), e dal fatto (come altre sentenze, atti pubblici di certezza, atti di prova legale), con l'avvertenza che quando si tratti di decisioni, esse coinvolgono il merito nel senso processuale del termine;

2) dallo schema norma-potere si delineano invece come conseguenza le norme di azione, e cioè quelle posizioni giuridiche collegate a interessi legittimi e doveri, le decisioni e gli atti giurisdizionali, le cui conseguenze possono comportare l'annullamento dell'atto emanato nell'esercizio del potere.

Tale enunciazione schematica può essere presa in considerazione in una serie di combinazioni. Fra queste degna di essere presa in particolare considerazione è quella secondo cui ogni atto normativo del fatto (eccettuata la fonte primigenia dell'Ordinamento) è la conseguenza dell'esercizio del potere attribuitogli da una norma superiore per un verso, e per l'altro costituisce norma di rapporti, sicché è suscettibile di essere preso in considerazione sia all'atto della sua produzione che in quanto fonte normativa.

Nel primo caso è il rapporto norma-potere ad assumere rilevanza (dove il potere ha la sua fonte legittimante da una norma superiore), e nel secondo caso è il rapporto norma-fatto a dover essere apprezzata (dove la norma è l'atto stesso e con esso s'identifica).

Combinazioni delle indicate fattispecie giuridiche possono in realtà concorrere in relazione al medesimo fatto, sia nel senso che possono riscontrarsi norme che questo regolano direttamente, che norme dello stesso rango che conferiscono ad un soggetto (organo) il potere di emanare provvedimenti che impediscono l'operatività delle prime. Le conseguenze di tali interferenze hanno prodotto principi consolidati nell'Ordinamento, e difficilmente sostituibili, se non attraverso un profondo ripensamento sulla teoria dommatica dell'interesse legittimo.

Infatti da tali interferenze consegue:

A) che fino a quando esiste l'atto nel mondo giuridico emesso dall'esercizio del potere, l'operatività delle norme, che pure in principio e astrattamente regolano lo stesso fatto, resta esclusa: infatti il provvedimento ablatorio paralizza direttamente le norme a tutela del diritto di proprietà, o il provvedimento o l'atto che pone divieti, obblighi o limiti di comportamento rispetto alle norme e ai principi che tutelano la libertà di condotta, raggiungono gli stessi effetti paralizzanti.

In ambedue le ipotesi sopra enunciate, finché vige l'atto quale necessaria conseguenza dell'esercizio del potere soltanto due ipotesi sono configurabili, e cioè:

1) o l'atto entra a far parte del mondo giuridico in quanto la fonte è costituita da norme superiori che ne regolano il suo modo di essere, e allora, quale che sia il livello, deve aversi riguardo al rapporto norma-esercizio del potere, in conseguenza del quale è ammissibile il sindacato di annullamento che necessariamente si tra-

duce in un giudizio sull'atto in quanto conforme o non alla norma superiore regolante l'esercizio del potere;

II) ovvero quando si abbia riguardo agli effetti dell'atto deve tenersi presente il rapporto norma-fatto nel senso che la norma è fonte dell'atto, sicché il giudizio deve necessariamente vertere sul rapporto, e tale sindacato non è formale, ma di merito. In tale sede il controllo formale o non viene preso in considerazione, ovvero non può costituire l'oggetto principale del giudizio in una pronuncia di annullamento. In taluni casi, sempre che l'Ordinamento lo consenta, e qualora ne ricorra l'occasione, come ad esempio nel caso in cui debbano essere irrogate sanzioni contemplate dall'atto o debbano essere riconosciuti diritti ed obblighi previsti nell'atto, può essere introdotto un giudizio di accertamento incidentale sulla legittimità dell'atto, finalizzato a una sua eventuale disapplicazione, che si traduce in un disconoscimento della forza cogente dell'atto rispetto al *petitum* dedotto in giudizio.

B) che, ove l'atto sia annullato, e quindi venga meno la sua esistenza nel mondo giuridico, sicché si sia verificato l'effetto distruttivo di esso in virtù della sentenza di annullamento (effetto distruttivo che può essere anche parziale o perché riguardi solo alcune disposizioni dell'atto o perché concerna soltanto alcuni dei soggetti destinatari), viene meno quel diaframma che in forza dell'atto impediva la correlazione tra norma e fatto materiale, sicché la prima ritorna di nuovo ad essere operante, e in conseguenza di ciò può essere ammissibile un giudizio sui rapporti norma-fatto e di merito. Ciò nel senso che oggetto del giudizio sono le modificazioni della realtà fattuale avvenute in virtù dell'atto (poi annullato) o in sede di esecuzione della norma, mentre ragione legittimante di sindacato di merito è data dalla ripresa della operatività della norma in virtù dell'annullamento dell'atto.

In questa sede dobbiamo limitarci, anche se in punto possono essere introdotte svariate considerazioni generali, a sottolineare che l'ipotesi dell'ammissibilità e della proponibilità dell'azione di risarcimento danni può essere teorizzata soltanto sulla base di quanto affermato sub B).

È infatti pacifico che fino a quando l'atto esiste ed esplica i suoi effetti, esso giustifica la condotta della P.A. nel senso che alla stessa non può addebitarsi alcun comportamento ingiusto, in quanto

antigiuridico, né può essere invocata lesione alcuna di diritti dei privati, in quanto essi risultano, finché vige l'atto, soppressi, o fortemente compressi in quanto la norma che tali diritti riconosce in favore dei destinatari dell'atto risulta inoperante. Ma, una volta annullato l'atto, restano gli effetti della condotta della P.A.: l'evento dannoso, il nesso di causalità tra comportamento ed evento, elementi costitutivi del fatto (illecito), i quali, rimosso attraverso lo annullamento dell'atto l'ostacolo alla piena operatività della norma, introducono in tal senso, ed entro i limiti cennati, il principio della risarcibilità del danno.

Si pone però a questo punto una problematica non scevra di conseguenze importanti sul piano giuridico.

Premesso infatti che la questione del risarcimento del danno derivante dalla lesione d'interessi legittimi non è proponibile, tuttavia due problemi vanno prospettati e risolti: il primo concerne le conseguenze che l'atto autoritativo produce su una preesistente esistenza di diritti soggettivi, e la seconda riguarda l'ipotesi in cui l'atto emanato iure imperii non tocchi preesistenti situazioni di diritti soggettivi. La prima proposizione riguarda l'area dei provvedimenti ablatori e la seconda concerne l'area dei provvedimenti che ampliano la sfera giuridica dei soggetti.

Riguardo alla prima ipotesi, atteso che sul piano degli interessi legittimi non è possibile in caso di loro lesione introdurre una domanda risarcitoria sia sul piano sostanziale che processuale, tutto quello che l'interessato può ottenere è l'annullamento dell'atto lesivo sulla base della configurabilità dei tre vizi di legittimità, e che la eventuale ripetizione dell'atto da parte della P.A. avvenga legittimamente, ossia da organo competente, osservando le opportune regole procedurali, senza eccesso di potere. Tuttavia è alle conseguenze dell'atto annullato che va posta attenzione, attesa la retroattività degli effetti dell'annullamento, sulle posizioni di diritto soggettivo (proprietà, godimento, posizione del concessionario) che ove risultino alterate o compromesse in virtù dell'esecutività dell'atto annullato, possono legittimare il titolare del diritto soggettivo leso a chiedere il ristoro dei danni. Infatti l'annullamento dell'atto produce nella realtà giuridica il riemergere di situazioni di diritto soggettive intatte, ma allorché ciò non sia possibile per gli effetti demolitori dell'atto autoritativo, la sussistenza del diritto e la sua lesione per effetto dell'esecuzione dell'atto, conduce inevitabilmente alla pro-

ponibilità del risarcimento del danno. In tale ipotesi non è neppure necessario che venga accertata l'iniuria, in quanto l'annullamento dell'atto fa sì che quella che si era presentata come attività esecutiva dell'atto prima dell'annullamento, debba essere considerata come mero comportamento dell'Amministrazione in linea di fatto e che, dato il principio dell'atto formale vigente nel nostro ordinamento, la mancanza di questo per effetto dell'annullamento produce l'illegittimità del comportamento.

In virtù di tale ragionamento non è la lesione dell'interesse legittimo a far scattare il diritto al risarcimento dei danni, ma è la lesione del diritto soggettivo compromesso dall'esecuzione dell'atto a legittimare il titolare a chiedere il risarcimento.

L'altra ipotesi concerne categorie di atti che presuppongono la inesistenza di precedenti posizioni di diritto soggettivo. Ne deriva che, premessa la irrisarcibilità dei danni derivanti da lesione anche in tal caso d'interessi legittimi, annullato l'atto, non risulti leso alcun diritto soggettivo, nel senso che nessuna posizione giuridica di tal fatta possa riemergere dall'annullamento, sicché nessun interesse materiale sottostante può risultare compromesso. Non esiste infatti alcun diritto a vincere un concorso, a ottenere un'autorizzazione o una concessione allorché l'esercizio del relativo potere da parte della P.A. sia discrezionale.

A questo punto l'indagine potrebbe considerarsi conclusa, ma essa non lo è, se si affronta la problematica sotto un più vasto angolo visuale.

Il primo aspetto è quello della responsabilità aquiliana o extracontrattuale della P.A., quando crea affidamenti che inducano il prudente apprezzamento del privato a sopportare oneri e costi che egli non avrebbe sopportato se tali affidamenti non fossero stati dispensati. È il caso in cui l'Amministrazione abbia il potere di revocare o modificare una concessione o un'autorizzazione anche in modo implicito, come, ad esempio, una lottizzazione convenzionata per effetto di modifiche al P.R.G. (anche attraverso varianti), al quale la lottizzazione stessa si adeguava. Ora, nel caso in cui il privato abbia sopportato spese ed oneri per la realizzazione di opere tese alla realizzazione della lottizzazione o dell'autorizzazione confidando in buona fede che quell'autorizzazione e concessione sarebbe stata assentita dall'Amministrazione, può avere ingresso l'azione risarcitoria sul principio del *neminem laedere*, non perché l'atto di revoca o

di modifica sia illegittimo (discenda cioè da una lesione d'interessi legittimi), ch  anzi nella specie si postula la legittimit  dell'atto, ma perch  il potere di tutela della Amministrazione di salvaguardare interessi pubblici, non comporta che essa sia legittimata ad attuare un comportamento ingannevole, frutto degli affidamenti che il privato in buona fede abbia ritenuto di ravvisare. La casistica pu  essere la pi  ampia, e non   questa la sede pi  opportuna, costituendo essa materia di un trattato. Tali principi per  possono essere la base per reintrodurre il concetto dell'ammissibilit  di un giusto risarcimento del danno, senza toccare il problema della risarcibilit  per lesione d'interessi legittimi.

Il secondo aspetto riguarda la delimitazione del campo riservato al concetto della discrezionalit  amministrativa, nel senso che nella enorme quantit  di fattispecie legali per le quali il legislatore stabilisce astrattamente quali siano i presupposti mediante i quali determinati effetti si producono,   il legislatore stesso che lascia all'apprezzamento della P.A. la verifica dell'esistenza di tali presupposti e quindi che essa emetta i provvedimenti per la produzione ex lege degli effetti. In tal caso non vi pu  essere discrezionalit  amministrativa, in quanto, constatata la sussistenza dei presupposti, la produzione degli effetti deriva dalla legge.

In pratica poi, dato che l'apprezzamento dei presupposti per mezzo dell'atto promana dalla P.A. e poich  l'atto formale   la conseguenza diretta dell'attivit  amministrativa, il controllo sia dell'atto che della legittimit  della sussistenza o meno di tali presupposti,   di competenza del giudice amministrativo (impugnazione del diniego esplicito o silenzioso dell'atto). Pi  volte per eliminare la situazione antigiusdica derivante da un atto autoritativo lesivo d'interessi legittimi, ci si   rifugiati dietro lo schermo della cosiddetta discrezionalit  tecnica. La quale   una contraddizione in termini, soprattutto perch  non si pu  negare che in una complessa valutazione della fattispecie, possano ricorrere sia aspetti tecnici che discrezionali, sicch  ove ricorra il primo aspetto non c'  spazio per valutazioni discrezionali, e viceversa. La valutazione infatti della sussistenza dei presupposti, come del grado, della misura e dell'intensit  dei medesimi esclude il concetto di discrezionalit  amministrativa, che   al contrario valutazione sull'opportunit  e la convenienza dell'adozione di un atto per la tutela di un interesse pubblico rilevante. Le componenti di una tale teoria: atto soggettivamente am-

ministrativo, discrezionalità tecnica, interessi legittimi, non offrono una soluzione adeguata del problema. Il quesito va posto diversamente, ossia tra competenza discrezionale e competenza esclusiva. Vi ricorre la seconda e non la prima. L'effettiva tutela del privato si otterrebbe nell'ipotesi del diniego esplicito o silenzioso mediante l'esercizio del potere sostitutivo del giudice, ferma anche in tal caso l'ipotesi della irrisarcibilità del danno per lesione d'interessi legittimi. Sarebbero invece risarcibili le conseguenze dannose direttamente derivanti dal comportamento omissivo dell'Amministrazione o dal diniego esplicito. Tale potere sostitutivo potrebbe essere esercitato dal giudice ordinario, ma per il principio generale di specializzazione e concentrazione meglio potrebbe esercitarlo il giudice amministrativo, con competenza piena, perché, allorquando non ricorre potere discrezionale, deve ritenersi che la competenza non sia soltanto di legittimità ma ben più ampia, estesa alla concreta attuazione del potere sostitutivo (mediante un sindacato anche di merito) e alla risarcibilità dei danni conseguenti all'illegittimo comportamento dell'Amministrazione. Del resto su tale direttrice pare avviarsi il legislatore. La sta chiamando competenza esclusiva, purché sia chiaro che con tale locuzione s'intendano ricompresi fatto e diritto, diritti e interessi legittimi, potere sostitutivo, giudizio di merito in senso civili processuale, e non amministrativo. Il terzo punto riguarda più specificamente gli atti di diniego dell'Amministrazione o il suo comportamento omissivo o silenzioso. Ciò è importante per indagare su un campo ancora non completamente esplorato: quello cioè degli interessi pretensivi e della loro tutela. L'indagine può partire dal seguente postulato: il *petitum* sostanziale dedotto in giudizio, cioè la posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio per il perseguimento della protezione di un bene della vita tutelato e garantito dall'Ordinamento, costituisce il termine di paragone per distinguere le azioni a tutela di diritti soggettivi, da quelle a tutela degli interessi legittimi, dalle quali scaturisce l'ulteriore conseguenza per cogliere appunto le differenze fra le azioni a tutela degli interessi oppositivi e di quella a tutela degli interessi pretensivi.

Il problema non è particolarmente complesso allorché si tratti di giurisdizione esclusiva, quando cioè l'azione proposta tenda al soddisfacimento di diritti soggettivi perfetti, anche di contenuto patrimoniale. La causa può essere identificata in svariate situazioni come il rifiuto dell'Amministrazione ad adempiere una determinata

obbligazione, o di adempierla in modo imperfetto, o dall'inerzia dell'Amministrazione dall'adempierle dietro rituale messa in mora, inoltre da un'oggettiva situazione d'inadempimento, pur in presenza di una precisa norma di legge che costringa l'Amministrazione ad eseguire prestazioni giuridiche e materiali.

Sotto il profilo sostanziale si è dunque in presenza di un rapporto giuridico i cui termini sono il diritto e l'obbligo, o se si vuole anche la pretesa e la soggezione, la cui azione, pur esperibile di fronte al giudice amministrativo, si esprime come azione d'inadempimento che sul terreno processuale, avendo riguardo al *petitum* dedotto in giudizio, si qualifica come azione di condanna (ormai ammissibile dopo l'entrata in vigore dell'art. 26 L. n. 1034/71) o come azione costitutiva quando cioè si chiede una sentenza dichiarativa del diritto. Tale tipo di sentenza infatti, in quanto dichiarativa del diritto e corrispondentemente dell'obbligo, può essere annoverata tra le sentenze costitutive, in quanto presuppone, dichiarato l'obbligo dell'Amministrazione a provvedere, una modificazione della realtà giuridica preesistente, ponendo in essere il presupposto della esperibilità del giudizio di ottemperanza, e quindi abilitante il giudice amministrativo a sostituirsi all'Amministrazione inadempiente (1).

Soltanto per completezza di esposizione osserviamo che le sentenze di condanna in tema di diritti patrimoniali ex art. 26 L. n. 1034/71 possono essere eseguite con le norme ordinarie del Codice di Procedura Civile, ovvero per mezzo del giudizio di ottemperanza che in termini di satisfattività della pretesa può dimostrarsi in alcuni casi più proficuo, in quanto il giudice amministrativo può essere adito con tale mezzo anche quando in tema di diritti patrimoniali sia stato dichiarato l'obbligo dell'Amministrazione a provvedere. Più complesso il problema attinente la tutela degli interessi legittimi nella vasta area della giurisdizione generale di legittimità.

Per ciò che attiene alla tutela degli interessi cosiddetti oppositivi abbiamo già espresso più sopra il nostro pensiero derivato dall'elaborazione dottrina e giurisprudenziale.

In tema invece di tutela d'interessi pretensivi deve in primo luogo rilevarsi quanto segue:

(1) CAIANELLO, *Dir. proc. amm.*, pag. 417; C.d.S. Adunanza Plenaria, 10.1.74 n. 3.

1) la sentenza di annullamento dell'atto impugnato, che si ha allorché un concorrente impugni i risultati di una procedura concorsuale dalla quale si pretende leso, ovvero quando s'impugni il diniego dell'Amministrazione a un'istanza del privato, e inoltre la sentenza dichiarativa dell'obbligo a provvedere in caso d'inerzia dell'Amministrazione, non sono immediatamente autoapplicative, come al contrario si riscontra per le sentenze di annullamento in tema di protezione d'interessi oppositivi, le quali tale effetto perseguono immediatamente in virtù degli effetti caducatori dell'atto annullato. Per raggiungere l'effetto voluto dalla sentenza in tema di soddisfazione d'interessi pretensivi lesi dall'attività o dal comportamento dell'Amministrazione, è necessaria un'attività ulteriore della medesima, la quale dovrà conformarsi alle statuizioni rese nella sentenza di annullamento, per la qual cosa l'attuazione della volontà concreta della legge deriverà necessariamente dall'accertamento contenuto nella sentenza di annullamento, costituendo l'accertamento il presupposto dell'annullamento. In tal senso infatti non è erroneo sostenere che la sentenza di accoglimento del ricorso ha un valore di accertamento costitutivo del rapporto giuridico norma-potere, in quanto oggetto del giudizio è appunto l'esperibilità di quell'accertamento. Non può infatti sostenersi, come alcuni ritengono, che la pronuncia di annullamento debba limitarsi a constatare l'illegittimità dell'atto, in quanto la satisfattività del processo potrebbe rimanere allo stato di mera intenzione, potendosi verificare nella pratica la eventualità che l'Amministrazione non ritenga o non voglia provvedere nonostante l'annullamento o l'espressa dichiarazione dello obbligo di provvedere. Infatti l'Amministrazione potrebbe reiterare l'atto annullato o continuare sine die nell'inerzia, sicché in tal modo si porrebbero le basi del perpetuarsi di una situazione lesiva degli interessi dell'avente titolo.

Rispetto alla tutela degli interessi oppositivi, la posizione è completamente diversa a causa degli effetti caducatori ex tunc dell'atto annullato, nel senso che, ove l'atto annullato fosse reiterato, fino a quando tale reiterazione non avvenga, l'interesse sostanziale del ricorrente sarà soddisfatto. Infatti l'atto reiterato costituisce una nuova lesione, distinta dalla precedente e non ne rappresenta la continuazione. Si pensi infatti a un provvedimento ablatorio, a fronte del quale si presuppongono interessi di natura oppositiva, l'effetto ripristinatorio dello status quo ante consegue direttamente

alla pronuncia di annullamento, che consente l'ammissibilità di azioni risarcitorie, qualora gli effetti materiali prodotti dall'atto di per sé illegittimi, in quanto conseguenza dello annullamento, siano stati la causa di eventi lesivi del diritto del privato.

Non così se si tratti di protezione di interessi pretensivi, perché, come abbiamo detto, le sentenze di annullamento non sono autoapplicative, ma richiedono un'ulteriore attività da parte della Amministrazione o di quella sostitutiva del giudice mediante il giudizio di ottemperanza. Nel processo, pertanto, accanto all'annullamento dell'atto, si pone quale requisito ineliminabile l'esigenza dell'accertamento del rapporto giuridico norma-potere, che è considerato il fulcro del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, per modo che il momento accertativo assuma il significato di un giudizio pieno di cognizione tale da costituire il presupposto dell'annullamento dell'atto e sia altresì in grado di delimitare l'ambito entro cui esperire il giudizio di ottemperanza. In concreto ove venga invocata la protezione d'interessi pretensivi, l'accertamento dell'oggetto del processo amministrativo è costituito dall'accertamento della volontà concreta di legge, che si attua mediante i due elementi dell'individuazione della norma e del corretto esercizio del potere, e che infine consentono al giudice, sceverando l'assetto del rapporto, di individuare quale sia il contenuto dell'obbligo dell'Amministrazione di eseguire il giudicato, e di prefissare, in caso di violazione di tale obbligo o di inerzia, quali siano i presupposti entro cui il giudizio di ottemperanza possa esperirsi.

Entro questo ambito anche il giudicato amministrativo va ricondotto, quanto alla sua efficacia, entro la previsione dell'art. 2909 C.C. perché, avuto riguardo alla protezione degli interessi pretensivi, sia la sentenza, che conclude il processo di cognizione, di annullamento dell'atto di diniego, che quella accertativa del silenzio-rifiuto o del silenzio-inadempimento, deve cospirare a rendere soddisfatta la situazione d'interesse pretensivo dedotta in giudizio, per effetto della quale l'Amministrazione sia tenuta ad emanare il nuovo provvedimento, giusta la corretta impostazione del rapporto giuridico quale emerge dalle statuizioni del giudicato.

Un'ulteriore conseguenza va posta nel debito rilievo, ed è quella che nel giudizio di ottemperanza possono essere proposte tutte quelle questioni tese a verificare la corrispondenza del nuovo prov-

vedimento amministrativo assunto in sede attuativa alle determinazioni contenute nel giudicato (2).

Ogni altra alternativa legata alla tesi tradizionale dell'effetto unicamente demolitorio derivante dalla pronuncia d'illegittimità dell'atto di diniego, sarebbe inane; non assolverebbe alla primaria funzione satisfativa della pretesa fatta valere in giudizio, perché consentirebbe all'Amministrazione di ripetere all'infinito il diniego come è tuttora ugualmente inane l'accertamento della illegittimità del silenzio-rifiuto o del silenzio-inadempimento, senza indicare attraverso l'accertamento del rapporto giuridico sottostante, quale dovrà essere l'attività dell'Amministrazione per conseguire l'effetto satisfattivo dell'interesse pretensivo del privato (3).

Ed infine inane soprattutto in relazione ai tempi lunghi anche della giustizia amministrativa, quando si pensi al problema dell'attuazione della tutela piena contro il comportamento omissivo della P.A. Essa richiede per l'ottenimento della tutela giurisdizionale una triplice attività che si realizza per mezzo del giudicato di annullamento con la dichiarazione d'illegittimità del rifiuto a provvedere e del successivo inadempimento dell'Amministrazione al suo obbligo a provvedere; con l'Ordine all'amministrazione di ottemperare ex art. 27 n. 4 T.U. sul C.d.S. e infine con un secondo giudizio della stessa specie che delinea l'atto, nei casi in cui ciò è possibile, o con l'emanazione di disposizioni che rendano possibile la produzione dell'atto. Tale macchinoso svolgimento dell'attività giurisdizionale che la prassi giurisprudenziale segue per difetto di disposizioni di legge risolutive del problema, appare agevolmente superabile, sol che si pensi che caduto, in tema di silenzio-rifiuto, lo schema del giudizio di impugnazione per sostituirlo con quello di giudizio di accertamento di un'adempienza della P.A. e costitutivo dell'obbligo a provvedere, nessuno potrebbe fondatamente sostenere che nel giudizio di cognizione sull'illegittimità del comportamento, possa innestarsi anche quello di accertamento sulla fondatezza della pretesa e conseguentemente tracciare nella sentenza le linee entro cui l'atti-

(2) V. C.d.S. IV, 23 ottobre 1986 n. 678.

(3) V. CAIANELLO, *Dir. porc. amm.vo*, pag. 423-427; GIACCHETTI, *L'oggetto del giudizio amm.vo*, vol. III, p. 1496; PIRAINO S., *L'azione nel processo amm.vo*, p. 184.

vità dell'Amministrazione deve esplicarsi. In sostanza l'attività del giudice che si realizza mediante il dettato giurisdizionale sarebbe attuativa della volontà concreta di legge.

Le medesime conclusioni andrebbero adottate nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte a un rifiuto esplicito della P.A. a provvedere.

In tal senso il giudicato d'interessi pretensivi avrebbe la natura di accertamento-costitutivo. Di conseguenza si arricchirebbe di contenuti processuali e di merito lo stesso giudizio di ottemperanza, nel caso che l'Amministrazione sia rimasta inerte o abbia emanato un atto meramente ripetitivo del primo, in quanto il giudice si sostituirebbe a pieno titolo al potere dell'Amministrazione essendo abilitato a dettare nell'esercizio della funzione giurisdizionale piena i termini dell'assetto del rapporto.

Col disegno di legge di delega al Governo, demandato allo studio della I Commissione della Camera dei Deputati si colgono tali richiami. Il testo elaborato dal Presidente Laschena, nella qualità di Presidente della detta Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, è opportuno che in questa sede sia riportato per intero: « il Consiglio di Stato, nella sua elaborazione giurisdizionale — giustamente definita « pretoria » — attraverso i pochi varchi consentiti dalla normativa vigente, ha compiuto alcuni passi rilevanti nel senso dell'ampliamento della detta tutela. Ma si tratta di iniziative, pur notevoli, che non sempre hanno potuto sviluppare tutta la potenzialità inerente ai poteri del giudice, specialmene in tema di ampliamento dell'ambito dell'impugnativa, di sindacato dell'eccesso di potere, di istruttoria, di contenuto della decisione, di tutela interinale del ricorrente.

Il processo amministrativo è nato come processo da impugnazione di atti o provvedimenti. Il riconoscimento alla sola pubblica amministrazione della qualità di parte in senso materiale derivava dalla concezione del processo amministrativo quale ulteriore fase del procedimento amministrativo e dell'interesse legittimo quale interesse tutelato soltanto in via riflessa della tutela accordata in via principale all'interesse dell'amministrazione. Veniva, quindi, in evidenza, anche formale, soltanto il « momento » dell'amministrazione, che si esplicava, allora, essenzialmente in atti o provvedimenti.

Una volta affermati il carattere giurisdizionale dell'organo di giustizia amministrativa quale vera e propria giurisdizione e, quindi,

la natura di proceso di parti del processo amministrativo, il Consiglio di Stato ha iniziato un processo di revisione e di affinamento degli indirizzi tradizionali. Esso, peraltro, ha ritenuto che soltanto nelle materie di giurisdizione esclusiva si avesse il processo su rapporti, mentre nel giudizio su interessi illegittimi è rimasto ancorato al vecchio paradigma. Eppure, la realtà dell'amministrazione, nella articolazione delle sue espressioni, urgeva nel senso di ammettere una tutela adeguata alla varietà dei rapporti dedotti in giudizio. Invero, l'Adunanza plenaria, sulla base dell'art. 5, T.U. 3 marzo 1934, n. 383, riprendendo un antico indirizzo giurisprudenziale, operava una sistematica dell'impugnativa dei comportamenti omisivi (dec. 3 maggio 1960 n. 8). Poi, con la dec. 10 marzo 1978, n. 10, prendendo atto delle modifiche legislative intervenute (D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, e legge 6 dicembre 1971, n. 1034) approfondiva l'orientamento. Ma il Consiglio rimaneva pur sempre legato allo schema dell'impugnativa di un atto fosse anche, esso, consistente in un comportamento negativo implicito. La difficoltà di pervenire all'indagine diretta sul rapporto al di là dello schema dell'impugnativa di un atto, fosse anche, esso, consistente in un comportamento negativo implicito. La difficoltà di pervenire all'indagine diretta sul rapporto al di là dello schema dell'atto si ripercuote sul sindacato, soprattutto dell'eccesso di potere, e sull'attività istruttoria.

Sul primo punto si osserva che specialmente dagli anni '40 il vizio di eccesso di potere è riferito all'attività dell'amministrazione e non più all'atto. Il giudice amministrativo trova tracciato un quadro di riferimento, che contribuisce a delineare più precisamente. Sotto il profilo funzionale, l'atto amministrativo è caratterizzato da una propria finalità, diretta al raggiungimento dell'interesse pubblico primario prefisso all'atto stesso. L'illegittimità di esso per eccesso di potere assume, nella giurisprudenza, una posizione di rilievo funzionale, sia che sussista una deviazione nell'atto medesimo dalle sue finalità istituzionali sia che l'eccesso di potere si manifesti « attraverso vizi » che inficiano il procedimento formativo di quello sotto vari profili.

Nell'indagine del giudice non vengono in rilievo il processo formativo della volontà dell'amministrazione in sé e per sé considerato, né i vizi degli elementi dell'atto, così come ritenevano le meno recenti dottrina e giurisprudenza, che evidentemente traevano

i loro criteri di analisi dalla teoria privatistica del negozio giuridico. L'atto è, invece, considerato in connessione con la funzione, del cui esercizio costituisce espressione. È ritenuto quindi, essenziale ai fini della legittimità che vi sia corrispondenza fra l'interesse pubblico primario connesso dalla legge all'atto e la finalità cui il medesimo sia in concreto indirizzato.

La classica figura dell'eccesso di potere per sviamento viene ravvisata nella divergenza tra finalità istituzionale dell'atto e finalità concretamente perseguite. Accanto ad esso sono poste le figure sintomatiche, nelle quali si manifesta una divergenza dell'esercizio della funzione dalla finalità istituzionale.

Indubbiamente il Consiglio di Stato ha compiuto rilevanti progressi nel senso di una più incisiva penetrazione sull'esercizio della attività della pubblica amministrazione. Tuttavia, appare necessaria un'indagine più approfondita dell'attività dell'amministrazione in relazione alla pretesa del ricorrente ed all'esigenza di tutela della situazione giuridica soggettiva del medesimo. Cioè, il giudice deve spingere il suo esame fino al cuore della funzione amministrativa. L'indagine, acclarata l'esistenza degli indizi del vizio, deve incidere sul contenuto sostanziale dell'attività amministrativa. In difetto viene a mancare la compiutezza di esame, che potrebbe articolarsi in una prospettiva di indirizzo per l'ulteriore attività dell'amministrazione.

In altri termini, l'indagine di eccesso di potere non può essere ispirata allo schema formale di una cognizione *ab extra*, condotta nei limiti strettamente necessari per riscontrare l'esistenza delle condizioni per l'annullamento dell'atto impugnato. È, invece, auspicabile una rinnovata iniziativa di elaborazione, per la quale il sindacato di eccesso di potere sia strumento di effettivo controllo dell'esercizio dell'attività amministrativa.

Per quanto concerne il contenuto delle sentenze (di accoglimento) la giurisprudenza riguarda essenzialmente la pronuncia di annullamento. Sentenze di accertamento non sono ritenute ammissibili; le sentenze di condanna (art. 26, III comma, legge 6 dicembre 1971, n. 1034) non sono frequenti.

La pronuncia di annullamento, a sua volta, è, di per sé, povera nel suo contenuto propositivo, per l'eventuale ulteriore attività dell'amministrazione. Già la prassi del c.d. assorbimento dei motivi priva il ricorrente e l'amministrazione di un prezioso apporto di

elementi idonei alla rinnovazione dell'attività amministrativa. Ma, soprattutto, il giudice deve tenere conto che l'annullamento dell'atto (art. 45, T.U. 26 giugno 1924, n. 1045) fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, alla quale, quindi, l'indicazione dei precisi criteri direttivi fornirebbe idonei criteri in sede di rinnovazione. Pare che già la norma vigente consenta un siffatto contenuto della decisione pure nel rispetto della sfera di discrezionalità propria dell'amministrazione.

Il riferimento all'atto o provvedimento impugnato (art. 39, T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, cit.) condiziona e riduce, poi, in limiti angusti, la tutela interinale del ricorrente.

Invero il giudice amministrativo, in una prospettiva di fondo volta a garantire l'effettiva tutela dell'interessato, ha espresso orientamenti che denotano il superamento di vecchi schemi legati al paradigma processo-impugnazione di atti. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 30 aprile 1982, n. 6, ha autorizzato l'esecuzione della misura cautelare ben oltre la pura e semplice paralisi dell'atto sospeso; con decisione 8 ottobre 1982, n. 17, ha legittimato la sospensione di provvedimenti qualificati, per il passato, come « negativi ».

Tale orientamento va ulteriormente sviluppato, pur dovendosi considerare che la vigente disciplina della materia è gravemente limitativa di ogni iniziativa al riguardo ».

Per quel che riguarda la tipologia delle azioni, si è poi soggiunto dal citato autore (nello scritto che viene integralmente riprodotto fino alla conclusione del presente paragrafo), che « è vivamente sostenuta in dottrina l'esigenza sistematica di una testuale individuazione dei tipi di azione ammissibile nel processo amministrativo.

Il processo amministrativo si configura oggi essenzialmente quale processo di impugnazione (art. 113, I comma, Cost.), nel quale si introduce, in sostanza, un'azione costitutiva diretta all'annullamento dell'atto o provvedimento impugnato. Accanto ad esso è ammesso un giudizio di condanna (art. 26, legge 6 dicembre 1971, n. 1034).

Una prima innovazione è stata auspicata.

Si è osservato che la giurisprudenza ha cercato di adattare il giudizio di impugnazione all'esigenza di tutelare il cittadino contro l'inerzia dell'amministrazione, coniando l'istituto del silenzio-rifiuto; che il rimedio è però poco efficace — come è stato sopra precisa-

to — soprattutto perché esige un duplice giro di attività giurisdizionale contro il comportamento passivo della pubblica amministrazione: prima, l'annullamento del rifiuto (rectus, la declaratoria di illegittimità di esso), e poi, l'ordine all'amministrazione di provvedere emanato in sede di giudizio ex art. 27, n. 4, T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, e, finalmente, in un secondo giudizio di questo tipo, l'assunzione dell'atto e la somministrazione di disposizioni che ne rendano concretamente possibile l'emanazione; che tale lacuna potrebbe essere colmata con l'introduzione dell'azione di adempimento mutuata dal processo amministrativo tedesco e così definita nel par. 113 del relativo Ordinamento: Se il rifiuto o la omissione dell'atto amministrativo sono illegittimi, e per questo il ricorrente è leso nei suoi diritti, il giudice pronuncia contro l'autorità amministrativa condanna a tenere il comportamento richiesto, se l'affare è in stato di essere deciso, altrimenti stabilisce l'obbligo di decidere sull'istanza del richiedente con l'osservanza dei principi di diritto fissati dal tribunale.

L'auspicata innovazione risponderebbe indubbiamente all'esigenza di assicurare l'adempimento dell'amministrazione in caso di rifiuto, totale o parziale, di un atto doveroso. Ma la questione può essere risolta, al di là di una specifica previsione normativa, nel quadro della disciplina dei poteri del giudice.

Il testo unificato del disegno di legge n. 1353 e della proposta di legge n. 1803 (art. 1, III comma, n. 5), prescrive di « disciplinare autonomamente il processo di accertamento ».

La situazione d'interesse legittimo, anche nella vasta area degli interessi pretensivi, non induce a far ritenere che il diniego dell'atto e il silenzio-rifiuto dell'Amministrazione possa produrre la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di tale interesse. Ma se il diniego dell'atto o il comportamento omissivo tenuto dall'Amministrazione col silenzio-rifiuto, a prescindere in questo caso dalla piena discrezionalità all'emanazione dell'atto, siano produttivi di conseguenze dannose per il titolare dell'interesse pretensivo, la situazione antigiuridica posta in essere dall'Amministrazione, può essere la causa di eventi dannosi per il privato, il quale ex post ha il diritto di far valere in giudizio le proprie pretese risarcitorie.

Si prenda, ad esempio, il caso del diniego dell'Amministrazione di erigere una recinzione intorno ad un lago o a un corso d'acqua per ragioni di presunta tutela ambientale o attorno a un opificio in cui

siano svolte attività pericolose (ad es. una segheria in mezzo ad una zona silvestre o a un bosco), e che tale diniego sia stato dichiarato illegittimo per mezzo del giudicato che accerti invece la sussistenza dell'obbligo a provvedere a carico dell'Amministrazione, e nel frattempo sia intervenuto un fatto lesivo all'incolumità del privato titolare dell'interesse o di suoi familiari e dipendenti o di terzi in genere, l'Amministrazione, a nostro avviso, può ben essere chiamata per effetto del giudicato a risarcire il danno derivante dal suo comportamento illegittimo o a rivalere il privato delle conseguenze dannose che lo stesso è destinato a sopportare per effetto della domanda risarcitoria dei terzi. Tale fattispecie non s'inquadra ovviamente nell'ambito della responsabilità extracontrattuale della P.A., ma va collegata direttamente alle conseguenze che la pronuncia di illegittimità dell'atto di diniego può provocare nella sfera patrimoniale del titolare dell'interesse. Il quale sarà portatore non più di un interesse legittimo, ma di un diritto soggettivo perfetto che trae causa dall'antigiuridicità dell'azione amministrativa.

Anche l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto per mezzo del giudizio di cognizione e del conseguente obbligo a provvedere dell'Amministrazione, anche allo stato attuale della prassi giurisprudenziale in ordine alla triplice attività giurisdizionale per attuare il giudicato, consente qualche analogia riflessione in tema di risarcibilità del danno conseguente alla pronuncia di illegittimità del silenzio-rifiuto. Escludendo da tale fattispecie tutti gli atti pienamente discrezionali, all'emanazione dei quali la P.A. abbia tenuto un comportamento omissivo e silenzioso, ma rientrando tutti quelli in cui più stretta sia la relazione norma-potere, non può non escludersi che dal comportamento inerte ed omissivo dell'Amministrazione non possano derivare conseguenze pregiudizievoli per il privato, che si è visto defraudato dalla mancata attuazione della volontà concreta di legge.

Se infatti l'Amministrazione nega un provvedimento vantaggioso per l'interessato o tenga un comportamento inerte, idoneo a pregiudicare gli interessi del destinatario per impedirgli, in difetto di evidenti interessi pubblici da tutelare, l'applicazione in suo favore della volontà concreta di legge, e poi tale comportamento sia dichiarato illegittimo e annullato il silenzio-rifiuto o l'atto di diniego esplicito, e se poi, invitata ad adempiere al giudicato, la P.A. non riesca ad emettere legittimamente un diniego espresso, si può a

buon diritto ammettere che l'unica possibilità per l'Amministrazione era quella di emettere fin dall'inizio il provvedimento richiestole.

Questo significa che da un lato è possibile esperire col meccanismo processuale riferito il potere sostitutivo del giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza e dall'altro lato è possibile configurare ipotesi di risarcibilità del danno, perché, sia pure ex post, l'atto risulta dovuto.

In tal modo è possibile sostenere l'insorgere solo ex post di una posizione di diritto soggettivo sulla base dello stesso comportamento antigiusdizionario tenuto dall'Amministrazione.

Varie sono le ipotesi che nella pratica possono essere richiamate. Ma in tal caso è necessario tenere distinti i casi che ricadono nella sfera della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, da quelli che invece ricadono nell'ampia sfera della giurisdizione generale di legittimità in tema di tutela d'interessi pretensivi, ed è ciò che ci proponiamo di esporre in seguito, con altro studio secondo il nostro modesto divisamento.

LA PROPOSTA DI LEGGE N. 788 NEL TESTO APPROVATO
DALLA PRIMA COMMISSIONE

Nuovo testo — approvato dalla prima Commissione Permanente della Camera dei Deputati (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) della proposta di legge n. 788, d'iniziativa dei deputati Martinazzoli ed altri (abbinata alla proposta di legge n. 1726, d'iniziativa del deputato Labriola) concernente: « Delega al Governo per l'emanazione di norme sul processo amministrativo dinanzi a tribunali amministrativi regionali, al consiglio di Stato ed al consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, nonché sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sui ricorsi amministrativi ».

Art. 1

1. Il Governo della Repubblica è delegato ad emanare, con uno o più decreti, norme aventi valore di legge ordinaria:

a) per il riordinamento generale, con le opportune modifiche ed integrazioni, del processo dinanzi ai tribunali amministrativi regionali, al Consiglio di Stato, al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana e al Tribunale regionale amministrativa di Trento.

b) per una nuova disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e degli altri ricorsi amministrativi, in armonia con i criteri ispiratori del riordinamento del processo amministrativo, in quanto applicabili, e nel rispetto dei princip dell'ordinamento regionale.

2. Le norme delegate dovranno essere dirette a realizzare la attuazione integrale, coordinata in ordine alla tutela del cittadino, singolo od associato, nei confronti della pubblica amministrazione, assicurando:

a) che tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, soggettivi, in attuazione dell'articolo 24 della Costituzione e dei principi comunitari, prevedendo altresì la specifica disciplina del risarcimento dei danni derivanti da lesioni di interessi quando sia ammesso dai principi della normativa comunitaria.

b) che, nell'ambito precisato nella lettera a), la tutela venga prestata così al singolo come alle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità del medesimo, riconoscendo pertanto a tali formazioni la legittimazione ad agire in giudizio per la tutela degli interessi, di cui siano portatrici, riferiti ai beni fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico, in attuazione dell'articolo 2 della Costituzione;

c) assicurando, in ogni stato e grado del processo, una posizione di sostanziale eguaglianza tra la parte privata e la pubblica amministrazione, con l'osservanza piena del principio del contraddittorio, tenendo tuttavia conto delle peculiari caratteristiche della parte pubblica, in relazione alle sue responsabilità per la promozione dei cittadini, in attuazione dell'articolo 3 della Costituzione;

d) che sia salvaguardato il ruolo assegnato dalla Costituzione alla pubblica amministrazione, al servizio esclusivo della comunità nazionale, anche con il rispetto delle sfere di competenza e di responsabilità dei funzionari, in attuazione degli articoli 97 e 98 della Costituzione;

e) che, nelle materie di giurisdizione esclusiva e, in particolare, nella materia del pubblico impiego, siano tutelati i diritti del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica, dei suoi funzionari e dei dipendenti, responsabili di ogni eventuale violazione, in attuazione dell'articolo 28 della Costituzione.

3. Le norme delegate dovranno, pertanto, attenersi ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) realizzare una coordinata ed organica riforma del processo amministrativo nei due gradi di giudizio, tenendo anche presenti gli indirizzi della giurisprudenza e, per quanto possibile, le norme del processo civile;

b) procedere alla revisione e alla integrazione delle norme sulla giurisdizione del giudice amministrativo. Nella revisione, in particolare, deve essere:

1) assicurato un completo sistema di strumenti idonei a consentire l'effettiva tutela degli interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi, nei confronti di atti e di comportamenti omissivi della pubblica amministrazione;

2) soppressa la giurisdizione di merito;

3) sistemata organicamente la giurisdizione esclusiva che sarà estesa anche: a materie strettamente connesse o conseguenti a quelle già devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, in particolare, ai diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o comportamento contro cui si ricorre, non esclusi quelli al risarcimento di danni; all'espropriazione per pubblico generale interesse, alle occupazioni temporanee o di urgenza e alle requisizioni, escluse soltanto le questioni concernenti la determinazione di indennità o di risarcimento; alle prestazioni di ogni genere, e relativi oneri di spesa, del servizio sanitario nazionale nonché dell'istruzione e dell'assistenza pubblica; prescrivendo che il giudice amministrativo si pronunci in ogni caso sugli interessi di qualsiasi natura e rivalutazione monetaria conseguenti alla condanna al pagamento di una somma determinata.

4) dettata una disciplina del giudizio concernente le elezioni regionali e amministrative in genere, conforme alle norme vigenti in materia, prevedendo anche provvedimenti specifici d'urgenza.

c) dettare una disciplina che partendo dagli effetti sospensivi del regolamento preventivo di giurisdizione in tutti i casi in cui il giudice *a quo* dichiari la non rilevanza o la manifesta infondatezza della questione;

d) disciplinare organicamente il riparto della competenza fra i tribunali amministrativi regionali, tenendo fermo il carattere derogabile della competenza stessa, salvo che nei giudizi di ottemperanza o che concernono le elezioni regionali e amministrative in genere nonché nei casi in cui la inderogabilità discenda necessariamente da norme aventi valore di legge costituzionale;

e) disciplinare autonomamente il processo di accertamento:

1) prescrivendo che la declaratoria relativa sia idonea a soddisfare l'interesse fatto valere dal ricorrente;

2) che la pronuncia del giudice contenga, ove occorra, l'affermazione degli obblighi della pubblica amministrazione;

f) assicurare la protezione degli interessi di cui sono portatrici collettività e formazioni sociali, nelle quali si svolge la personalità del singolo, riferiti a beni fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico;

g) disciplinare sistematicamente:

1) gli atti di parte nel giudizio, eliminando le cause di preclusione e di decadenza che non abbiano fondamento in ragioni sostanziali di tutela degli interessi pubblici o privati e disciplinando l'onere per la pubblica amministrazione di costituirsi tempestivamente in giudizio, e le conseguenze dell'inadempimento;

2) i provvedimenti del giudice, tenendo anche conto del sistema del codice di procedura civile, prevedendosene altresì forme abbreviate e semplificate, prescrivendo l'obbligo per il giudice amministrativo di esternare motivazione adeguata e non apodittica, per tutte le pronunce a contenuto decisorio, ivi comprese quelle che decidono in primo grado o in appello, o in revocazione sulla richiesta di sospensione del provvedimento e della sentenza impugnati;

b) disciplinare sistematicamente i termini di decadenza e di prescrizione, che condizionano rispettivamente la tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi dinanzi al giudice amministrativo e disciplinando, anche con riferimento ai principi generali, la nozione di effettiva, piena e completa conoscenza del provvedimento amministrativo da impugnare, nonché la possibilità di proporre motivi aggiunti; escludendo in ogni caso l'obbligo della preventiva notifica del ricorso in tutte le fattispecie in cui il ricorrente non abbia conseguito l'effettiva, piena e completa conoscenza del provvedimento da impugnare.

i) realizzare uno svolgimento rapido del processo e assicurare che sia esperibile una completa tutela interinali del ricorrente anche nei confronti degli atti e comportamenti negativi della pubblica amministrazione, prevedendo, in particolare:

1) che il giudice possa adottare ogni provvedimento più idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione ed in vista di essa;

2) che la domanda di tutela interinale non possa essere trattata fino a quando il ricorrente non abbia presentato istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito;

3) che nel caso di accoglimento della domanda stessa, l'istanza di fissazione di udienza non possa essere revocata e l'udienza di merito sia fissata per una data compresa entro il termine massimo di sei mesi;

l) assicurare nel giudizio amministrativo un efficace sistema probatorio nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, dell'onere della prova e del potere di accertamento autonomo da parte del giudice sui fatti oggetto della controversia. A tal fine:

1) deve essere prescritto l'obbligo di ogni pubblica amministrazione di esibire e/o di effettuare su richiesta del ricorrente e delle altre parti del processo, a loro spese, copia del provvedimento impugnato e di tutti gli atti del relativo procedimento; nonché copia degli atti del procedimento presupposti, collegati, connessi e consequenziali e comunque di tutti gli atti e documenti richiesti, salvo l'opposizione, con comunicazione scritta alla parte interessata del segreto d'ufficio, se espressamente previsto e disciplinato dalla legge; sono specificate le sanzioni anche di carattere penale, a carico dei funzionari responsabili dell'omesso ritardo adempimento ai provvedimenti istruttori emessi dal giudice; deve essere disciplinata una possibilità per il giudice amministrativo di decidere allo stato degli atti, in caso di inadempimento della pubblica amministrazione ai provvedimenti istruttori secondo la regola del prudente apprezzamento, salvo in ogni caso il diritto della parte al risarcimento del danno in attuazione dell'articolo 28 della Costituzione.

2) all'ammissione delle prove è delegato un magistrato, salvo che per la prova testimoniale, che è ammessa soltanto dal collegio ed esclusivamente nei casi in cui il collegio medesimo la ritenga assolutamente necessaria in mancanza di qualsiasi altro elemento probatorio;

3) è delegata al magistrato istruttore l'assunzione di tutti i mezzi di prova;

m) disciplinare compiutamente la sospensione, l'interruzione e la estinzione del giudizio, procedendo ad una revisione del sistema vigente, che tenga conto della peculiarità del processo amministrativo;

n) disciplinare organicamente il sistema delle pronunce sul ricorso in relazione al loro contenuto, rispettivamente, di accertamento, costitutivo o di condanna:

1) regolando gli effetti della sentenza di accoglimento, sia nel caso che la pubblica amministrazione abbia illegittimamente omissso di provvedere sia nel caso che l'atto impugnato sia illegittimo;

2) prevedendo, già in sede di cognizione, il potere di sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione, allorché a questa non siano attribuiti poteri discrezionali in ordine alle modalità ed al tempo dell'adozione dell'atto o del comportamento;

3) prevedendo il potere del giudice di fissare un termine per il compimento delle ulteriori attività necessarie e la facoltà di nominare, fin da tale momento, un commissario, per l'eventualità di inadempimento;

4) prevedendo che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice debba pronunciarsi su tutti i capi della domanda, in quanto ciò sia necessario per l'integrale soddisfazione dell'interesse, fatto valere nei giudizi del ricorrente;

5) prescrivendo che, qualora la sentenza pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo essa abbia efficacia *erga omnes* e che della sentenza definitiva debba essere data, a cura dell'amministrazione interessata, nel termine di quindici giorni dalla pronuncia, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati e prescrivendo altresì che gli atti regolamentari perdano efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* della decisione definitiva.

6) prescrivendo che in caso di accoglimento del ricorso nelle materie di giurisdizione esclusiva e, in particolare nella materia del pubblico impiego, il giudice adotti, ove occorra, misure riparatorie idonee ad assicurare la piena tutela dei diritti del ricorrente in conseguenza di eventuali violazioni da parte della Pubblica Amministrazione;

o) ad adeguare la disciplina del giudizio in materia di pubblico impiego a quella del processo del lavoro, in modo da assicurare al pubblico impiegato, in quanto consentito dalla peculiare natura del rapporto, eguaglianza di tutela con il lavoratore privato, e prevedendo, in particolare, l'attribuzione al giudice amministrativo di poteri di ordinanza per disporre il pagamento di somme prima dell'emanazione della sentenza o la cessazione di comportamenti ille-

gittimi diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero;

p) procedere ad una compiuta revisione della normativa in materia di ottemperanza della sentenza, e degli altri provvedimenti del giudice, precisando altresì l'effetto della pronuncia in relazione alla natura discrezionale, dovuta, o vincolata del provvedimento impugnato; il giudice a tal fine, può ordinare:

1) l'adozione in sede amministrativa di altre misure, anche sostitutive, e risarcitorie, occorrenti per il ripristino e per la reintegrazione della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della domanda, esclusa l'ipotesi di accertata impossibilità e con salvezza di ogni altra misura riparatoria;

2) l'esecuzione in via giurisdizionale della sentenza del giudice amministrativo, nei casi in cui l'esecuzione in via amministrativa sia mancata o sia stata incompleta o inadeguata, conferendo al giudice i necessari poteri di intervento ordinario e sostitutivo, da esercitarsi anche in fasi ulteriori fino al completo adempimento da parte dell'amministrazione secondo le norme che regolano il rapporto controverso e l'interpretazione datane dalla sentenza da eseguire;

q) disciplinare il sistema delle impugnazioni, prevedendone l'applicabilità a tutte le decisioni del giudice di primo grado, anche se rese nei giudizi di ottemperanza;

r) procedere alla revisione della disciplina in materia di revocazione in modo da adeguarla a quella prevista dal codice di procedura civile;

s) procedere ad una sistematica disciplina dell'appello al Consiglio di Stato ed al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, in particolare:

1) prevedendo l'impugnabilità delle sentenze definitive e non definitive, nonché delle ordinanze che dispongono misure cautelari, salvo in tal caso l'obbligo di adeguata motivazione del giudice amministrativo sull'appello cautelare medesimo, e introducendo la riserva facoltativa di appello avverso le sentenze non definitive;

2) assicurando la tutela dei soggetti comunque interessati, in armonia con la natura del processo amministrativo;

3) ponendo il divieto di domande nuove in appello, salvo

che non attengano a vizi del procedimento o della sentenza di primo grado;

4) prevedendo la proponibilità di nuovi motivi in appello, che si riferiscano a nuovi fatti ed elementi emersi nel corso del giudizio;

5) disciplinando l'effetto devolutivo dell'appello, in modo che la riemersione dei motivi introdotti in primo grado e respinti o non respinti o non esaminati da quel giudice sia connessa all'onere di iniziativa, rispettivamente, dell'appellante o dell'appellato, già ricorrente;

del codice di procedura civile;

rinvio al giudice di primo grado, sulla base degli articoli 353 e 354

6) prevedendo le ipotesi di annullamento della sentenza non

7) prevedendo che all'ammissione delle prove è delegato un magistrato del collegio, salvo che per la prova testimoniale, che è ammessa soltanto dal collegio ed esclusivamente nei casi in cui esso la ritenga necessaria in mancanza di qualsiasi altro elemento probatorio.

t) introdurre l'opposizione di terzo grado, nei confronti delle sentenze passate in giudicato a tutela:

1) del litisconsorte necessario, titolare di diritti soggettivi o interessi legittimi, non chiamato in giudizio;

2) del terzo titolare di un diritto soggettivo, pregiudicato dalla sentenza;

u) prevedere l'introduzione nei T.A.R. di procedimenti speciali, per la tutela con cognizione sommaria e anticipata, salvo conferma nel successivo giudizio:

1) di chi, avendo fondato motivo di ritenere che, durante il tempo occorrente per farlo valere, il suo interesse legittimo o, nei casi di giurisdizione esclusiva, il suo diritto sia minacciato da un danno grave e irreparabile, chiede al giudice l'adozione del provvedimento più idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione decisiva;

2) del pubblico impiegato che, prima del ricorso, chieda la emanazione dell'ordinanza di pagamento di somme;

v) adeguare la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica prevedendo in particolare:

1) la delega alle regioni, ai sensi dell'articolo 118, secondo comma, della Costituzione, dell'istruttoria dei ricorsi straordinari proposti contro atti delle regioni stesse e degli enti soggetti al loro controllo;

2) la presentazione dei ricorsi straordinari di cui al numero 1), dei documenti e di eventuali ricorsi incidentali alla Presidenza della Giunta regionale competente;

3) l'osservanza del principio del contraddittorio;

4) l'assegnazione del termine di sei mesi all'Amministrazione che ha emanato l'atto impugnato ed all'autorità che riferisce sul ricorso al Consiglio di Stato per gli adempimenti di conseguenza;

5) la eliminazione delle cause di preclusione dell'esame del ricorso, secondo la disciplina dettata per il ricorso giurisdizionale;

6) il riconoscimento del diritto di scelta tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale a favore dell'Ente pubblico diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto o provvedimento impugnato in via straordinaria;

7) l'impugnabilità in sede giurisdizionale del decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso in difformità del parere del Consiglio di Stato;

8) la tutela cautelare del ricorrente;

9) la pubblicità di tutti gli atti del procedimento;

w) adeguare la disciplina degli altri ricorsi amministrativi, prevedendo, in particolare:

1) l'adozione di una disciplina idonea ad agevolare il riesame, da parte dell'Amministrazione, degli atti impugnati;

2) l'osservanza del principio del contraddittorio;

3) la tutela cautelare del ricorrente;

x) dettare disposizioni transitorie e di attuazione, dirette ad assicurare che la nuova normativa sul processo amministrativo sia applicata:

1) conservando la validità dei procedimenti in corso e degli atti di parte e del giudice già compiuti alla data di entrata in vigore delle norme delegate;

2) limitando l'applicabilità della nuova normativa agli atti ancora da compiere per la formazione e l'attuazione delle pronunce;

3) assicurando l'adeguamento organizzativo degli uffici di giustizia amministrativa alle esigenze poste dalla nuova disciplina, prescrivendo gli opportuni provvedimenti per la informatizzazione degli uffici riguardante sia l'archiviazione elettronica dei dati, che la produzione elettronica degli atti dell'ufficio stesso e dei giudici; disciplinando altresì l'archiviazione anche elettronica a disposizione delle parti e di chiunque vi abbia interesse su supporti fissi, o mediante collegamento via cavo, di tutti i provvedimenti del giudice amministrativo, compresi quelli cautelari.

y) dettare disposizioni transitorie e di attuazione per la applicazione della nuova disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e degli altri ricorsi amministrativi, rispondenti ai principi nella lettera precedente;

z) dettare disposizioni integrative e correttive della nuova disciplina del processo amministrativo, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e degli altri ricorsi amministrativi, nella osservanza dei principi e criteri direttivi determinati dalla presente legge o secondo il procedimento previsto dall'articolo 2, entro il termine di tre anni dalla data di entrata in vigore delle norme delegate;

aa) dettare una disposizione finale, che stabilisca un termine massimo di sei mesi dalla data di pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* per l'entrata in vigore delle norme delegate.

Art. 2

1. Gli schemi dei decreti previsti dalla presente legge, redatti a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, sono presentati, singolarmente o insieme, al Consiglio di Stato per il parere in adunanza generale entro il termine massimo di quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.

2. Trascorsi due mesi dall'inoltro al Consiglio di Stato, gli schemi dei decreti sono sottoposti ad una Commissione bicamerale, nominata entro due mesi dalla data di promulgazione della presente legge, composta di 20 deputati e 20 senatori, presieduta da un parlamentare scelto d'intesa dai Presidenti delle Camere, comunque assicurando la presenza di un rappresentante per ciascuna componente politica costituita in gruppo in almeno un ramo del Parla-

mento. La Commissione esprime il proprio parere entro due mesi indicando specificamente le eventuali disposizioni che non ritiene corrispondenti ai criteri ed ai principi direttivi contenuti nella presente legge. Il Governo, nel mese successivo, esaminato il parere di cui al comma precedente, ritrasmette, con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, i testi alla Commissione per il parere definitivo, che deve essere espresso entro il termine di un mese.

3. Il Governo procede all'approvazione definitiva del nuovo testo e delle nuove disposizioni di cui al primo comma dell'articolo 1 entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.

Art. 3

1. Agli oneri conseguenti all'attuazione della presente legge si fa fronte a carico del capitolo 6856 dello stato di previsione del Ministero del Tesoro utilizzando parzialmente l'accantonamento « Riforma del processo amministrativo ».

LUCA PAOLINI

LA TOLLERANZA RELIGIOSA GARANTITA
AI GRECI NELLA LIVORNO GRANDUCALE

SOMMARIO: Introduzione. — 1. La comunità dei Greci e dei Melchiti cattolici. —
2. La comunità Greco-ortodossa.

Introduzione

Con il presente studio, si è voluto stendere una storia delle due chiese greco - orientali presenti a Livorno, e documentarne la convivenza pacifica con le altre confessioni religiose, a partire, là dove era possibile, da alcuni aspetti di vita quotidiana dei singoli individui. In una città nuova e cosmopolita, come fu Livorno dal '600 all'800, la tolleranza religiosa non poteva che essere prerogativa di tutte le persone che avevano interesse ad abitarvi. Anche se le autorità politiche e religiose spesso si dimostreranno contrarie ad aperture radicali verso gli acattolici, cercheranno tuttavia di mantenere la coesistenza e i difficili equilibri tra le parti in questione; innanzitutto si deve alla volontà granducale se Livorno diventò in breve tempo una città variopinta dal punto di vista etnico - religioso, e in secondo luogo questa composizione eterogenea della città impediva una uniformità di idee ed opinioni con il potere politico e religioso, peraltro lontano.

L'insediamento a Livorno di gran parte delle nazioni straniere, coincide quindi con l'emanazione da parte di Ferdinando I, granduca di Toscana, di *lettere patenti* denominate più comunemente con il termine di « Livornine »; con esse si invitavano a risiedere stabilmente nel territorio livornese i « ... mercanti di qualsivoglia Nazione, Levantini, Ponentini, Spagnoli, Portoghesi, Greci, Tedeschi, et Italiani, Hebrei, Turchi, Armeni, Persiani et altri... » (1). Tale proclama rientrava nella politica socio - economica del sovrano toscano, che mirava a rendere Livorno un « ...luogo popoloso, emporio di

(1) L. CANTINI, *Legislazione Toscana*, Firenze 1800-1808, XIV, 10 ss.; *Collezione degli Ordini Municipali di Livorno*, Livorno 1798, 235-236.

commercio... » (2). Questa larghezza di vedute nei confronti dei mercanti stranieri, anche di diversa religione o confessione, si pone su una linea comune con la politica precedente a Ferdinando, dalla quale peraltro egli si differenzia per una più spiccata tolleranza di tipo appunto religioso. Allo stato attuale delle ricerche, sappiamo che i primi stranieri a giungere e rimanere in Livorno (si intenda comunità di acattolici), furono i greci; Cosimo I nel 1561 ebbe in mente di potenziare la sua flotta navale, affidandola all'appena costituito ordine dei Cavalieri di S. Stefano (3) e per questo reclutò quanti più marinai greci poté trovare e trattenere a Livorno (4), ritenendoli esperti e fedeli navigatori, nonché acerrimi nemici dei turchi. In ogni caso però i primi veri insediamenti si hanno dopo l'emanazione delle due « Livorno », la prima del 30 luglio 1591 e la seconda del 10 giugno 1593 (5); pubblicate come si può vedere a distanza di due anni una dall'altra, la prima non aveva dato i risultati sperati per cui il granduca decise di riproporla di nuovo con leggere variazioni da apportare ai privilegi per i mercanti ebrei (6). L'editto era composto da 43 articoli più l'indirizzo, e sebbene l'invito fosse rivolto ai mercanti di qualsivoglia nazione, il contenuto sembra diretto esclusivamente a favorire l'insediamento di una comunità ebraica sia a Livorno che a Pisa (7); lo dimostra anche il fatto

(2) C. TESI, *Livorno dalla sua origine sino ai nostri tempi*, Livorno 1867, II, 537.

(3) L'Ordine dei Cavalieri di S. Stefano prese il nome dal Papa e martire Stefano I, scelto come patrono, perché nel giorno della sua titolare ricorrenza, il 2 agosto, la dinastia medicea registrò due fatti gloriosi: le vittorie di Scannagallo (1554) e Montemurlo (1557) riportate contro le armi di Pietro e Filippo Strozzi. Ai cavalieri di S. Stefano venne affidato un compito arduo e cioè di considerarsi sempre mobilitati e di tenersi sempre in completo assetto di guerra, per combattere senza tregua « qualsiasi nave di infedeli »; il che significava poi, contro qualsiasi nave battente bandiera con mezzaluna. Un ordine severissimo contenuto negli statuti diceva: « ... non si possa conchiudere né pace, né tregua coi Turchi, Mori, né altri Infedeli... » (statuti, articolo VIII). Caratteristica della uniforme era una croce rossa in campo bianco e residenza dei cavalieri fu la città di Pisa, perché unico luogo più vicino al mare (risiedevano anche a Livorno nonostante a quel tempo fosse solo un piccolo scalo) (cfr. G. GUARNIERI, *I Cavalieri di Santo Stefano*, Pisa 1928, 26).

(4) Cfr. G. SCIALHUB, *La Chiesa Greco-Unita di Livorno: memorie storiche*, Livorno 1906, 7.

(5) Cfr. L. CANTINI, *op. cit.*, 10 ss.

(6) Cfr. R. TOAFF, *Il governo della Nazione Ebraica a Pisa e Livorno dalle origini (1591) al Settecento*, in *Rassegna Mensile d'Israele*, L, 1984, 511.

(7) Cfr. *Ibidem*.

che le suddette *lettere patenti* vennero emanate su richiesta e suggerimento dell'ebreo Maggino di Gabriello (nominato ai capitoli 8 e 9 del *motu proprio*) (8), che in rapporti amichevoli con il granduca Ferdinando, venne eletto console generale degli ebrei residenti a Pisa e Livorno (9).

Nonostante quindi si volesse, da parte del granduca, privilegiare una certa parte di mercanti, che operavano nel mediterraneo, a Livorno arrivarono anche altri esperti trafficanti come ad esempio gli armeni, gli inglesi e gli olandesi. Queste comunità straniere si rapportarono poi, con il nome di « nazione » e un proprio *status* giuridico - religioso, alle autorità governative, cercando di affermare i loro interessi economici e religiosi (10). Anche il numero della popolazione subirà un notevole incremento: da 530 individui censiti nel 1591, si arriverà a 3118 abitanti nel 1601 (11); nel 1606 Livorno prenderà poi il titolo di « città » che si era nel tempo guadagnata (12). A questo punto il discorso deve però necessariamente passare nei dettagli, alla storia di due di queste comunità straniere, che costituiscono l'argomento del presente studio: la comunità dei greci cattolici e la comunità dei greci ortodossi*.

(8) Cfr. A.S.F., Pratica Segreta, f. 189 cc. 115v-119v.

(9) Cfr. R. TOAFF, op. cit., 512; Meir figlio di Gabriel (chiamato in ebraico-francese « Meir di Gabriel Zarfati » e in italiano « Maggino di Gabriello »), ebreo veneziano di origine francese, era una persona stravagante ma colta; conoscitore di lingue, nonché inventore, industriale e commerciante. Entrò nelle grazie di Papa Sisto V per certe sue attività e innovazioni nel campo della sericoltura e dell'arte del vetro. Nel 1588, pubblicò a Venezia un libro sopra le invenzioni riguardanti la seta (Cfr. R. TOAFF, op. cit., 511-512; A. MILANO, *Gli antecedenti della « Livornina » del 1593*, in *Rassegna Mensile d'Israel*, XXXVII, 1971, 349).

(10) Cfr. M. BARUCHELLO, *Livorno e il suo porto, origini, caratteristiche e vicende dei traffici livornesi*, Livorno 1932, 203.

(11) Cfr. E. FASANO GUARINI, *La popolazione*, in *Livorno e Pisa: due città e un territorio nella politica dei Medici. Livorno, progetto e storia di una città tra il 1500 e il 1600*, Pisa 1980, 199.

(12) Cfr. E. REPETTI, *Dizionario Storico-Geografico-Fisico della Toscana*, Firenze 1835, 739.

* Questo studio, basato su di una ricerca d'archivio, fa riferimento a documenti spesso inediti.

ABBREVIAZIONI

A.S.F.=Archivio di Stato di Firenze.

A.S.L.=Archivio di Stato di Livorno.

A.V.L.=Archivio della Curia Vescovile di Livorno.

A.A.P.=Archivio della Curia Arcivescovile di Pisa.

B.L.L.=Biblioteca Labronica di Livorno

Mss.=Manoscritto.

Gov. e Aud.=Governatore e Auditore.

1 — La prima di queste comunità che si inserì a Livorno, fu la comunità greca (1). Secondo la tradizione, essa gravitava intorno alle figure di Calogeros di Zante, conoscitore, oltre che del greco, del turco e dell'italiano, e di un valoroso combattente, anch'esso nativo di Zante, Giovanni di Natale di Giovanni Volterra (2). Questi due greci, incaricati dal granduca già dal 1561, riuscirono a portare o a trattenere entro le mura di Livorno numerosi connazionali, alcuni dei quali risiedevano nella città di Ancona (3). Lo scopo di Cosimo I era quello di imbarcare sulle galere, assieme all'Ordine dei Cavalieri di S. Stefano appena costituito, esperti marinai che aiutassero la flotta stefaniana contro i Turchi che infestavano il mar Mediterraneo.

Già dal 1563 troviamo greci imbarcati; nella galera « Lupa », che lasciò Livorno il 3 giugno, 23 persone erano di nazionalità greca (4). La loro presenza a Livorno in questo periodo è ulteriormente documentata da una lettera del 4 febbraio 1606, di Ludovico Niccolini a Lorenzo Usimbardi, dalla quale apprendiamo che dal 1567 era stato nominato Curato della Chiesa dei greci un certo don Partenio Squillizi, il quale riceveva una « provvisione », consistente nella facoltà di poter abitare una « casa franca in Livorno »; successivamente, quando i Greci andarono ad abitare nel borgo di S. Jacopo, venne costruita una torre che serviva anche da abitazione per il suddetto curato (5) (6).

(1) Il primo greco del quale abbiamo notizia certa è Costantino di Giorgio da Rodi, che nel 1551 chiede che gli venga restituita una cassa di attrezzi necessari per esercitare la sua professione di calafato (Cfr. A.S.L., Giov e Aud, f. 2 c. 9).

(2) Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 7; N. ULACACCI, *Cenni storici della Nazionale Chiesa Greco Cattolica di Livorno, sotto il titolo della SS.ma Annunziata*, Livorno 1856, 8; nell'A.S.L., Gov e Aud, f. 12 c. 646 ss., si trova la provanza di nobiltà di questo greco, ma non è scritto da nessuna parte che portasse anche il nome di « Manoli », come invece riportano gli storici livornesi dell'800.

(3) Cfr. *Ibidem*.

(4) Cfr. C. CIANO, *Problemi della Comunità Greco-Unita al tempo dell'occupazione napoleonica*, in *La Canaviglia*, 4, 1978.

(5) Cfr. D. DELL'AGATA POPOVA, *La Nazione e la Chiesa dei Greci «Uniti»*, in *Livorno e Pisa: due città e un territorio...* cit., 251.

(6) È opinione comune dei cronisti livornesi che i greci siano entrati in possesso della chiesetta di S. Jacopo solo nel 1572 e vi abbiano cominciato ad officiare

Nel 1591 il granduca nominò governatore di Livorno proprio il greco Giovanni Volterra; sembra che al suo governo si debba l'usanza di ricevere in Prefettura l'acqua santa nella vigilia dell'Epifania (rito proprio della chiesa orientale). Era il sacerdote greco che andava a impartire la benedizione, e i successori del Volterra vollero continuare a riceverlo ogni anno fino al 1892, quando il prefetto Francesco De Seta interruppe la tradizione che si era creata (7). Il successore di Giovanni Volterra al titolo di governatore, fu Antonio Martelli, che, nutrendo affetto e stima per i nazionali greci, suggerì a Ferdinando I di far costruire un borgo per loro (8).

Nel 1626, ci sono circa ottanta famiglie che abitano in città (9), ma sicuramente già nei primissimi anni del 1600 dovevano essere numerose; tale supposizione sembra confermata dal fatto che i greci decisero di cambiare chiesa, e il granduca Ferdinando anticipò loro, dal suo erario, circa 2171 scudi, stabilendo che tale somma venisse poi rimborsata con la ritenuta di un soldo per lira, sulle paghe di quei greci che stavano al servizio nelle sue galere (10). Iniziò quindi nel 1600 la costruzione della chiesa su terreno concesso dallo stesso sovrano presso il convento dei PP. Minori Osservanti, in pieno centro, trasversalmente alla Via Ferdinanda (11).

nel 1577; la Dell'Agata Popova attribuisce questo ritardo, al fatto che si voleva, da parte dei cronisti, far risalire la nascita della comunità ad un atto di volontà pontificia (Cfr. D. DELL'AGATA POPOVA, *op. cit.*, 252).

(7) Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 9; N. TOMAKADIS, *Chiese e statuti della comunità greca a Livorno*, in *Annali della Società di Studi bizantini*, XVI, Atene 1940, 84 (l'opera è redatta in lingua greca).

(8) Questo avvenne nel 1597, e il luogo dell'edificazione, che si trovava intorno alla chiesetta di S. Jacopo, fu poi chiamato «Borgo dei Greci». In questo modo si assicurava protezione alla città contro un eventuale sbarco dei turchi a sud (appunto nella zona di S. Jacopo), e allo stesso tempo si inducevano i greci a rimanere, nonostante l'aria malsana e malarica che proveniva dalla zona paludosa a nord della città (Cfr. *Ibidem*).

(9) Cfr. F. PERA, *Curiosità Livornesi inedite e rare*, Livorno 1888, 57.

(10) Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 10/30.

(11) Detta chiesa fu messa in opera dall'architetto Alessandro Pieroni e dallo stesso terminata nel 1605; venne quindi inaugurata il 25 marzo 1606, giorno della SS. Annunziata, alla quale la chiesa venne solennemente dedicata, alla presenza del curato d. Partenio Squillizi e dell'arcivescovo di Cipro Atanasio. Ma la chiesa mancava ancora della facciata, degli ornamenti interni, dell'iconostasion e del campanile; a questa mancanza supplirono con oboli gli stessi nazionali greci e nel 1607 cominciarono i lavori della facciata del campanile. Per quanto riguarda la parte interna,

La composizione religiosa di questa comunità orientale era eterogenea, in quanto erano presenti greci di rito bizantino (uniti e non) (12), e greci di rito latino. La convivenza fra questi nuclei religiosi avrà in seguito delle conseguenze che cercheremo di mettere in luce. Già nel 1625 cominciarono a venir fuori problemi in ordine alla figura dell'antistite della chiesa greca. Il Pera, storico livornese, infatti riferisce (13) che l'arcivescovo di Mitilene, Gabriele Mithimnis, allora preposto alla conduzione spirituale della chiesa greca, venne contrastato dalla maggior parte delle famiglie greche presenti a Livorno. Il motivo è apparentemente riposto nel fatto che l'arcivescovo non riusciva a ridurre i greci all'osservanza del culto cattolico; e insieme all'archimandrita venivano coinvolti i

vennero dipinte quattro icone delle quali due sono andate perdute, mentre le altre rimaste, dell'anno 1610, raffigurano un Cristo Pantokrator e una Madonna col bambino, e furono eseguite dallo ieromonaco Anthimos Kolas di Zante (il nome di questo ieromonaco, dipinto sulla manica del Cristo, era sconosciuto ai primi storici dell'800-900 perché le icone erano in parte ricoperte da lamine di argento). Nel 1641 vengono eseguite le dodici icone festive (dodekaortòn) da un ignoto schiavo del Bagno delle galere, esperto in pittura di stile bizantino; nel 1643 torna a Livorno Costantino Argiropulo incaricato dagli amministratori della Chiesa della SS. Annunziata di far intagliare una croce, quattro delfini e quattro nicchie di icone, a Creta, e di trovare anche un pittore disposto a dipingere la croce in Livorno (Cfr. D. DELL'AGATA POPOVA, *op. cit.*, 252/259, G. SCIALHUB, *op. cit.*, 11; N. ULACACCI, *op. cit.*, 22).

(12) I greci uniti, nativi di Cipro, di Candia, delle isole minori e della costa greca, sono quelli che accettarono le decisioni del concilio di Firenze del 1439 e tornarono a far parte della chiesa cattolica, pur mantenendo il loro rito particolare. I greci latini, delle isole ionie controllate dalla repubblica veneta, avevano nomi italiani e rito appunto latino per influenza del mondo cattolico-romano con il quale si erano amalgamati. I melchiti che troveremo in seguito, provenivano dalle colonie greche della Siria, dell'Asia minore e dell'Egitto, presero questo nome per il fatto che si opposero, insieme al concilio di Calcedonia e all'imperatore Marciano (il termine melchiti deriva infatti da « Malko » che in siriano significa « imperatore »), all'eresiarca Eutiche. A causa della dominazione araba passarono poi nel rito, dal greco all'arabo, mantenendo però sempre il rito bizantino. I greci cosiddetti « scismatici » (da qui in avanti useremo la dizione di « ortodossi »), nativi della Grecia continentale e delle colonie greche sul Mar Nero (assoggettate ormai all'impero turco), sono infine quelli rimasti fedeli all'antico scisma tra la chiesa d'oriente e quelle d'occidente (scisma del 1054) (Cfr. AA.VV., *Enciclopedia delle Religioni*, Vallecchi Editore, 1970, *Cattolici Orientali, Chiesa Greca, Cristianesimi Orientali, Chiese Ortodosse*).

(13) Cfr. F. PERA, *op. cit.*, 56-57 e 86-87.

suoi fedeli sostenitori, tra i quali un certo Dimitri Kailla, accusato da alcuni, di adibire a luogo di meretricio la sua casa ubicata dietro la chiesa greca (14). Il dissidio veniva portato a termine con l'allontanamento del suddetto arcivescovo; molto probabilmente la questione del culto era solo una copertura dell'antistite, che voleva rimanere alla cura spirituale della Chiesa ma che venne riconosciuto non in buona fede e perciò allontanato.

Già nella prima metà del seicento, i greci si costituirono in confraternità (15) per meglio provvedere al culto, e in essa furono accolti anche i greci di rito latino; ognuno pagava una annua tassa di due pezze, e venne steso un regolamento del quale l'arcivescovo Pannocchieschi approvò il contenuto nel 1653 (16). All'inizio dell'insediamento greco a Livorno, non abbiamo di fatto nessun tipo di differenza fra i greci uniti e non, anche questi ultimi sembrano sottostare all'autorità ecclesiastica cattolica, forse per motivi di convenienza e tranquillità. La vigilanza dell'arcivescovo era evidente, e confermata dalle ripetute visite pastorali; in quella del 1666, controllato che tutto fosse in ordine, l'arcivescovo fece numerose domande al curato sulla sua professione di fede, sull'ortodossia di certe regole liturgiche e pastorali messe in atto dal detto curato, e l'estensore della relazione sulla visita annota che l'arcivescovo non proibì cosa alcuna per fuggire i tumulti di quella nazione, « assai contraria e cattiva contro i Latini » (17).

Qualche anno dopo cominciano però delle vere e proprie ingerenze di Roma nella nomina del curato; nel 1692, infatti, il padre Paolo Segneri scrive numerose lettere al granduca di Toscana per « raccomandare » un sacerdote formatosi al Collegio greco di Roma retto dai Gesuiti, come possibile nuovo curato della chiesa greca (18).

(14) Cfr. P. CASTIGNOLI, *La Comunità Livornese dei Greci non uniti*, in *La Canaviglia*, 1, 1979.

(15) L'Ulacacci parla per la prima volta di confraternita nell'anno 1640, specificandone il ruolo di governo a fianco del governatore, operai della nazione e popolo greco (Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 17-18).

(16) Cfr. P. CASTIGNOLI, *op. cit.*; N. ULACACCI, *op. cit.*, 17; G. SCIALHUB, *op. cit.*, 12-13; N. KUTUFÀ, *Discorso storico-critico intorno all'origine e al possesso della Venerabile Chiesa Nazionale della SS. Annunziata dei Greci della città di Livorno*, Livorno 1856, 11; N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 86.

(17) Cfr. A.A.P., b. V (Livorno).

(18) Cfr. F. PERA, *op. cit.*, 191/193.

Per quanto riguarda i rapporti con la chiesa cattolica livornese, Nicola Ulacacci fa menzione di una « persecuzione » a cui furono soggetti i greci da parte del proposto di Livorno, che nel 1708 pretendeva il battesimo dei bambini nella cattedrale da prete latino; per i matrimoni misti si doveva rinnovare la professione di fede, e la cremina ai bambini non doveva più essere conferita nel rito battesimale, come prescrive il rito greco (19). È chiaro che tutto questo era fatto per mantenere il controllo su una comunità in cui cominciavano ad aumentare gli elementi provenienti dall'Ortodossia e che rischiava quindi di allontanarsi dalle direttive cattoliche; ma i greci reagirono subito, appellandosi al granduca e all'arcivescovo di Pisa, che comandarono al proposto di desistere dai suoi intenti (20). Il timore più evidente della gerarchia ecclesiastica cattolica era che i greci uniti deviassero dall'ortodossia, sotto la pressione di elementi che non si riusciva a ridurre all'obbedienza; ad esempio, già dal 1656 i russi che approdavano a Livorno prendevano messa nella chiesa greca (21); inoltre era stata istituita una cassetta cosiddetta « dei Capitani », perché ogni volta che approdava a Livorno un bastimento greco (e l'Ulacacci afferma che generalmente si trattava di greci ortodossi), il curato della nazione saliva a bordo per benedire l'equipaggio, che la domenica seguente si recava con il suo capitano alla liturgia greca, e faceva offerte in cera e denaro (22) nella menzionata cassetta (23). A questo si aggiunga il fatto che la chiesa dei greci godeva del diritto di immunità, per il quale i malfattori potevano per tre giorni scampare alla legge, e che generalmente riuscivano a farla franca.

Gli arcivescovi di Pisa che si susseguono alla cura spirituale della città, sono quindi preoccupati per l'andamento di questa comu-

(19) Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 26-27.

(20) Cfr. *Ibidem*.

(21) Cfr. F. PERA, *op. cit.*, 535; N. KUTUEA, *op. cit.*, 36; sappiamo inoltre dal Risaliti (Cfr. R. RISALITI, *Rapporti commerciali tra la Russia e il Porto di Livorno*, in *Atti del convegno « Livorno e il Mediterraneo nell'età Medicea »*, Livorno 1978) che già dal 1611 arrivavano navi russe in Livorno, ma non possiamo provare la loro frequenza alla chiesa greca.

(22) Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 21.

(23) Era stata istituita anche la « cassetta del servo » cioè una questua settimanale che da esso veniva fatta sia fra i componenti della nazione, sia, in seguito, anche fra cattolici e non cattolici (ad esempio tra gli ebrei), allo scopo di beneficiare la propria chiesa (Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 22).

nità e nel 1738, il 2 maggio, il primate pisano visita ancora una volta la chiesa greca con cerimonia solenne per verificare personalmente che tutto sia in regola; dopo aver visitato il santissimo, l'altare e le reliquie si reca agli arredi sacri trovando tutto in ordine (24). Comunque, per arginare ogni pericolo di deviazione, la stessa confraternita chiederà all'arcivescovo di Pisa, nel 1742, di aggiungere due articoli a quelli approvati nel 1653. Essi stabilivano che per entrare a far parte dei fratelli della confraternita bisognava dimostrare la propria discendenza nazionale greca dal lato mascolino (25) (escludendo quindi i greci di rito latino ed altri), ed essere riconosciuti cattolici dal parroco (questo valeva solamente per i greci che arrivavano a Livorno ed erano quindi forestieri) (26). Il padre Ulacacci, però, sostiene che, nonostante l'approvazione del granduca e dell'arcivescovo, i greci latini, spalleggiati da una persona potente, ottennero dalla Segreteria di Stato la sospensione temporanea dei capitoli (27), che pochi mesi dopo vennero però resi esecutivi (28).

Solo un anno dopo, nel 1743, venne pubblicato un proclama dell'arcivescovo di Pisa Francesco de' Conti Guidi, con il quale egli ribadiva la obbligatorietà della professione di fede, sia per i sacerdoti greci e armeni, sia per tutti gli orientali che risiedevano in Livorno, e che non volessero essere considerati come « scismatici » (29). Intorno al 1700 i greci ortodossi aumentarono ulteriormente e nonostante non fossero ammessi alla partecipazione eucaristica, qualche volta prendevano parte all'amministrazione temporale della chiesa (30), tanto da cominciare a pretendere loro sacerdoti e cercando di convincere i cattolici ad abbracciare lo scisma (31). A questo punto due sono i risvolti di questa situazione: da una parte abbiamo i greci melchiti, arrivati da poco a Livorno, che, non ben inte-

(24) Cfr. A.V.L., Notizie Capitolari, A, 2 maggio 1738.

(25) Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 34.

(26) Cfr. A.A.P., Acta Extraordinaria 1752-1753, c. 25 *Libro dei Capitoli della Venerabile Confraternita dei Greci in Livorno*.

(27) Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 37.

(28) Cfr. *Ibidem*.

(29) Cfr. A.V.L., Filza di correzioni di partite dell'anno 1747 al 1770 e di editti, e bolle diverse, serie 3, f. 8.

(30) Non dobbiamo dimenticarci che gli ortodossi erano sostanzialmente in maggioranza e inoltre dotati di notevoli mezzi finanziari.

(31) Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 38.

grati nella comunità, a causa della diversità del loro rito, cercano di ottenere un loro sacerdote; non riuscendo nel loro intento, chiedono alla S. Sede di poter abbracciare il rito Latino, temendo anche che la chiesa passi in mano agli ortodossi. Dall'altra abbiamo i greci uniti, che, sopraffatti numericamente, conducono da soli la battaglia contro gli ortodossi. È a questo punto che interviene nuovamente l'arcivescovo di Pisa, che chiede ed ottiene dal granduca l'estromissione degli ortodossi dalla chiesa della SS. Annunziata, con l'editto del 14 luglio 1757, mediante il quale si autorizzano questi ultimi a svolgere il loro rito con propri curati ma in una loro nuova chiesa da costruirsi (32). L'editto, del quale parleremo in seguito (33), sanciva il totale distacco tra i greci uniti e gli ortodossi, stabilendo che le due chiese dovessero tenere un registro con i nomi dei fratelli iscritti, onde evitare commistioni fra le due fazioni (34). Dopo la divisione, la stragrande maggioranza dei greci passò nella chiesa ortodossa, tanto che gli uniti rimasero in soli diciannove individui (35); e proprio per rimediare a questa carenza che essi supplicarono il papa Benedetto XIV di accordare alla loro chiesa, indulgenza plenaria e remissione dei peccati (36), che venne loro concessa con un indulto del 20 febbraio 1758 (37). Nello stesso anno, questi nazionali chiedevano parere all'arcivescovo perché indicasse loro in quale luogo i latini potessero officiare le loro messe (visto che nella chiesa greca è proibito dire più di una messa al giorno nel medesimo luogo) (38). Il primate pisano suggerì che si svolgesse la funzione nell'atrio della

(32) Cfr. *Memorie diverse appartenenti: I alla Chiesa Insigne Collegiata di Livorno II alla Chiesa degli armeni di Livorno e dei Trinitari III alla Chiesa Greco-Scismatica di Livorno IV agli Ebrei*, manoscritto autografo di Mons. Angiolo Franceschi, presso la B.L.L., 91.

(33) Per il momento abbandoniamo la storia dei greci ortodossi che verrà ripresa più avanti.

(34) Cfr. *Ibidem*.

(35) L'andamento demografico della comunità greco-unita è il seguente: si contano 63 greci nel 1740, 78 nel 1753, 87 nel 1756, 59 nel 1787, 55 nel 1800, 82 nel 1852 (Cfr. A.V.L., serie 13, b. 16 *Stati d'anime della Chiesa della SS.ma Annunziata*; A.A.P., b. III *Armeni e stati d'anime di Livorno*; il numero è sicuramente comprensivo dei melchiti).

(36) Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 40.

(37) Cfr. *Ibidem*, 43; G. SCIALHUB, *op. cit.*, 20.

(38) Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 47-48.

chiesa (39); venne così allestita una cappella dedicata a S. Atanasio, che in seguito fu ornata e decorata convenientemente (40).

Restava comunque il fatto che gli osservanti di rito greco unito fossero ancora pochi, e il parroco Atanasio De Mori nel 1763 supplicava il sommo pontefice Clemente VIII, perché concedesse ai melchiti, passati al rito Latino, di poter tornare al greco, e tornare quindi a far parte della confraternita della SS. Annunziata (41). Con queste nuove iniziative da parte dei greci - uniti, aumentò di nuovo la consistenza numerica delle comunità, tanto che questa poté permettersi nel 1765, in occasione della morte di Francesco III, di erigere un grandioso catafalco, per la costruzione del quale incaricò un valente scultore (42). Vennero fatte solenni esequie durante tutta la settimana, con il concorso di molta nobiltà e di buona parte del popolo livornese (43); il sovrano era infatti caro alla comunità greca per le concessioni che aveva loro fatto e per la protezione che aveva loro accordato, ed essi, associandosi agli ebrei e agli armeni della città (i quali pure innalzarono un catafalco), vollero far memoria di questo loro benefattore. La comunità greca era quindi, come abbiamo avuto modo di constatare, nelle simpatie dei granduchi, che l'anno dopo, nel 1766, li onorarono della loro presenza, come già avevano fatto nel 1739 (44); alla divina Liturgia svolta con il rito bizantino, il padre Atanasio si mise a fianco dei sovrani spiegando loro opportunamente, di volta in volta, i vari significati che quel rito presenta (45).

(39) Nella sua lettera l'arcivescovo si mostrava più propenso per un oratorio interno, per rispetto a quei greci levantini che giunti in Livorno potevano credere che i loro connazionali avessero adottato gli usi latini dimenticando i propri.

(40) Cfr. *Ibidem*.

(41) Cfr. N. KUTUFÀ, *op. cit.*, 22-23; G. SCIALHUB, *op. cit.*, 21.

(42) Cfr. A.V.L., Notizie Capitolari, A, 26 novembre 1765.

(43) Cfr. *Ibidem*, 3 dicembre 1765; N. ULACACCI, *op. cit.*, 50-51.

(44) In questo anno infatti il granduca Francesco III e la sua consorte Maria Teresa, si recano alla chiesa greca, « nobilmente apparata e vagamente illuminata », accolti all'ingresso dall'arcivescovo di Pisa (Cfr. *Relazione della festa fatta in Livorno per la Venuta, e Permanenza nella medesima città delle Altezze Reali (...)*, foglio stampato in Livorno nel 1739).

(45) Cfr. G. VISNA, *Memorie delle dimostrazioni d'ossequioso Giubbilo fatte in Livorno a nome dello stesso Pubblico, come pure a nome del Corpo delle Nazioni ivi Abitanti, nella prima volta che fu onorato dalla presenza delle A.A.R.R. i SS. Pietro Leopoldo Arciduca d'Austria, Principe R. d'Ungheria, Granduca di Toscana ecc... e Maria Luisa, Infanta di Spagna Granduchessa ecc... nuovi sovrani della*

Nel corso della nostra esposizione abbiamo accennato ai buoni rapporti che intercorrevano fra livornesi e greci, specialmente quando si trattava di unirsi contro il nemico comune a entrambi, e cioè l'« infedele » turco. I greci nutrivano fin dai tempi antichi tale aversità verso il popolo ottomano, peraltro di religione mussulmana. Ora, tutto questo avrebbe dovuto causare una serie di problemi di convivenza tra le due comunità, ma ciò non risulta, almeno apparentemente, dalle cronache del tempo: abbiamo avuto notizia dai documenti, solo di una lite tra un ufficiale turco e un giovane greco (46), finita solo con leggere ferite e con l'arresto di entrambi i duellanti. Teniamo a sottolineare che la comunità mussulmana era molto numerosa già dal 1600 per la presenza di circa tremila schiavi mori e turchi, relegati nel bagno delle galere (47); molto probabilmente a Livorno le diffidenze e i rancori fra queste due comunità covavano sotto la cenere, altrimenti non potrebbe essere, visto che ne avremmo avuto sentore dai cronisti dell'epoca.

La comunità greca era quindi perfettamente integrata nella città anche perché ad essa si univa in occasioni di particolare gioia o dolore; ricordiamo le ripetute visite dei sovrani (di alcune delle quali abbiamo già parlato), specialmente della regina Maria Luisa, che nel 1807 ottenne dal pontefice il titolo di abate mitrato e il privilegio di una croce pettorale per il curato d. Giovanni Doxarà (48). E i greci rimanevano uniti alla città, anche quando si trattava di rendere onore agli stessi sovrani anche alla loro morte, con solenni esequie, come quella che venne fatta per il granduca Francesco III,

Toscana, nel mese di Maggio 1766. Raccolte minutamente dal Dott. Grisonio Visna Livornese, con un Sommario d'altre Memorie precedenti alla venuta delle LL.AA.RR. in Toscana, che servirà come di Prefazione, manoscritto presso la B.L.L., 158-159; questo avvenimento rientra nell'ambito della visita che il granduca Pietro Leopoldo fece a Livorno nel maggio 1766.

(46) Cfr. P.B. PRATO, *Giornale della città, e porto di Livorno*, serie di volumi manoscritti presso la B.L.L., 14 settembre 1772; i due personaggi, seduti ad un caffè si erano presi per diversità di opinioni sulla guerra in corso e sui rispettivi sovrani, quindi un caso isolato, mentre notiamo che il turco e il greco sedevano insieme nella stessa bottega e come loro tanti altri sicuramente.

(47) Cfr. V. SALVADORINI, *Traffici con i paesi islamici e schiavi a Livorno nel XVII secolo: problemi e suggestioni*, in *Atti del convegno « Livorno e il mediterraneo... » cit.*, 222.

(48) Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 23; il p. Giovanni Doxarà sarà al centro di numerose critiche da parte dei cattolici, delle quali parleremo più avanti.

ripetuta nel 1781 per l'imperatrice Maria Teresa e nel 1803 per Lodovico I (49). La processione della SS. Annunziata solevano farla nel giorno a lei dedicato (50), e si verificava un gran concorso di popolo; mentre quella cittadina del *Corpus Domini* includeva fra le sue tappe proprio la sosta nella chiesa greca (51).

Per dare notizia di quanto l'unione tra il popolo livornese e la comunità greca fosse addirittura proverbiale, riportiamo una esclamazione molto comune a Livorno, anche se meno fra i più giovani, e cioè: « vai a farti benedire dai greci! ». Usata come « consiglio » da dare ad una persona che sta sempre male, ha preso con il passare del tempo anche quella nota di scherno che si addice al carattere faceto del popolo livornese. Questo detto affonda sicuramente le sue radici nell'usanza dei greci di andare a benedire il palazzo reale, quello del governatore, la fortezza, nonché moltissime case di cattolici (52) (53).

La chiesa greca venne eretta parrocchia al momento in cui Livorno diventò diocesi, nel 1806, ma già dal 1785 il proposto di Livorno, Antonino Baldovinetti, presentò e fece approvare un piano di riforma della propositura, che presentava innumerevoli cambiamenti e soppressioni, di dichiarato stampo giansenista; per quanto riguarda la chiesa greco-unita si prevedeva la nomina dei due curati su una lista di tre nominativi proposti dalla nazione, eleggibile dal sovrano previa informazione all'arcivescovo (54). La comunità greca di rito unito era già quindi inglobata perfettamente nel corpo della chiesa (che però ne rispettava l'identità religiosa), e lo arcivescovo prima e il vescovo poi, sanzioneranno questa appartenenza totale con varie visite (per certo negli anni 1758, 1796, 1810)

(49) Cfr. P.B. PRATO, *op. cit.*, 23 febbraio 1781 e 31 luglio 1803.

(50) Cfr. *Ibidem*, 15 agosto 1799.

(51) Cfr. *Carte Scarpellini*, b. 7, 1756, presso la B.L.L.

(52) Cfr. A.V.L., Carteggio relativo al Sacerdote D. Gio. Doxarà, 1805-1806, serie 13, b. 16, *Chiesa dei Greci uniti*.

(53) Certo è che i Greci si facevano benvolere dal popolo, invitando alle proprie feste molta gente di diverso rango; ad esempio, nel 1786, il conte Casis Faraon fece un grande rinfresco nella sua villa vicino alla chiesa dei PP. Cappuccini, in occasione del battesimo della sua bambina, e in molti vi presero parte (Cfr. P.B. PRATO, *op. cit.*, 15 gennaio 1786).

(54) Cfr. P.B. PRATO, *op. cit.*, 16 ottobre 1785.

(55). L'elemento fondamentale dal quale i greci non dovevano deviare assolutamente era la fede cattolica e la comunione con la Santa Sede.

Intorno al 1800 si ha sentore di alcune persone che lasciano la chiesa greco-unita per abbracciare quella ortodossa (56); a questo punto l'arcivescovo, mons. Angiolo Franceschi, comincia a prendere provvedimenti investendo anche il curato d. Giovanni Doxarà dell'accusa di essere troppo coinvolto con gli ortodossi, tanto da dare lezioni di greco ai loro figli, di andare a benedire le loro case, di frequentare le due famiglie Mospignotti (entrambe ortodosse) e di dire messa nella loro cappella a Crespina (vicino a Livorno); il padre Doxarà replica sostenendo quanto segue (57):

— di aver dato lezioni di lingua greca ai figli dei disuniti, come tanti ecclesiastici latini insegnano lingue e scienze agli stessi fanciulli e ad altri figli di protestanti ed ebrei;

— di aver frequentato la casa in campagna dei Mospignotti per amicizia con le due mogli dei detti signori, di fede cattolica (attestando che anche molti ecclesiastici secolari e regolari si recano a far visita alle due signore);

— di aver infine celebrato alcune volte la messa nella loro cappella, previe le debite licenze; essa è stata peraltro benedetta dal vescovo di San Miniato ed è tenuta da un cappellano di rito latino (essendo aperta al pubblico) (58).

Con queste giustificazioni, verificate dal canonico Luigi Chelli, il curato continuò a svolgere il suo ufficio, ricevendo poco tempo dopo il titolo di abate mitrato (come abbiamo visto in precedenza) che lo portò a nuovi dissidi; questa volta con il Capitolo di Livorno, per il fatto che aveva mutato la medaglia con la croce impressa, datagli dalla regina Maria Luisa, in una croce vescovile latina (59). Con l'approvazione incondizionata della sovrana reggente, il Doxarà con-

(55) Per la visita dell'anno 1758, cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 46; per quella dell'anno 1796, cfr. P.B. PRATO, *op. cit.*, 9 giugno; infine per la visita del 1810, fatta dal vescovo della appena nata diocesi di Livorno, cfr. P.B. PRATO, *op. cit.*, 7 luglio. Ricordiamo che anche il papa Pio IX si recò a far visita ai greci uniti, nel 1857 (Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 22-23).

(56) Cfr. A.V.L., Carteggio relativo a D. Gio. Doxarà..., cit.

(57) Cfr. *Ibidem*.

(58) Cfr. *Ibidem*.

(59) Cfr. A.V.L., Notizie Capitolari, A, 346-347.

tinuò a portare tale emblema, e così rimase anche durante l'occupazione francese (60).

Una controversia non irrilevante veniva anche dall'interno della comunità greca stessa ed era costituita dai melchiti di rito bizantino in lingua araba. Abbiamo scritto precedentemente che essi vollero passare al rito latino e che poi tornarono al rito bizantino, ma, pur essendo ritornati in seno alla chiesa greco-unita, continuarono a rimanere fuori dall'amministrazione e dal governo della chiesa, mentre speravano che, assicurandosi ruoli importanti, sarebbero riusciti a far venire a Livorno un sacerdote melchita per la loro cura spirituale (61). Questo lo deduciamo anche dalle vie alternative che presero alcuni di loro, istituendo tre cappellanie a favore di Greci melchiti, due all'interno della chiesa greca stessa, l'altra all'interno del duomo. La prima in ordine di tempo è quella prevista dal testamento di Giorgio Frangi, che nel 1784 dispose che si istituisse una cappellania in favore di un sacerdote orientale greco-cattolico melchita della congregazione di San Salvatore nella provincia di Sidone, con l'obbligo di celebrare una messa al giorno in perpetuo (62). Tale cappellania venne eretta però nel 1827 da mons. Gilardoni, che la istituì nella cattedrale, all'altare di Maria SS. Assunta in cielo, lo stesso vescovo temporeggiò però sulla nomina del rettore, che avvenne nel 1829 sul monaco basiliano Giorgio Maddad (63).

Delle altre due cappellanie, una della signora Teresa di David del 1792 e l'altra del signor Antonio Kair del 1800, solo la seconda fu istituita nella chiesa greco-unita e il sacerdote che venne nominato, il monaco melchita Michele Bahus, aveva l'obbligo di celebrare tre messe alla settimana (64). La cappellania (65) Kair fu eretta molto tempo dopo il testamento, e contemporaneamente arri-

(60) Cfr. *Ibidem*.

(61) Cfr. A.V.L., Osservazioni sulla causa dei Greci Uniti, serie 13, b. 16. Già nel 1779 era stato proposto dai melchiti, nella adunanza generale della nazione, di far venire in Livorno un religioso basiliano dal Convento di San Salvatore posto sul Monte Libano; la cosa rimase inattuata per molti anni (Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 56; N. KUTUFÀ, *op. cit.*, 25).

(62) Cfr. A.V.L., b. Uffiziature 7, cartella 5.

(63) Cfr. A.V.L., b. Uffiziature 5, cartella 13.

(64) Cfr. N. ULACACCI, *op. cit.*, 65.

(65) La cappellania è un ufficio giuridico, al quale è legato inseparabilmente l'adempimento di un obbligo, detto «uffiziatura» (ad esempio la recita dell'ufficio divino o della messa).

vò il padre Bahus, intorno al 1826 (66); quindi nei primi anni del 1800 i melchiti sono ancora senza una propria identità religiosa, tanto che nel 1815, non riuscendo a sopraffare i greci, decidono di tornare al rito latino e il papa accorda loro quanto chiesto, con rescritto dell'11 luglio 1816 (67). Nonostante questo, però, i melchiti non si allontanarono totalmente dalla chiesa greca, ma continuarono i tentativi di elezione di un proprio sacerdote a curato o vicecurato. Nominato il padre Bahus direttore della cappellania Kair, i melchiti chiesero di nuovo ed ottennero dal S. Padre, il 27 agosto 1826, di poter tornare al loro primo rito (68); finalmente nel 1830 d. Michele Bahus venne nominato vicecurato, cosicché i melchiti vennero ad avere due cappellanie (Kair, Frangi), un confessore degli orientali, e appunto un vicecurato (69).

Dal padre Giovanni Scialhub (70) apprendiamo che nel 1892 subentrarono i latini all'amministrazione economica della chiesa greca, i quali cessarono di soddisfare gli obblighi del culto; ripristinato dopo lungo tempo il rito bizantino, la chiesa passò in mano ai sacerdoti melchiti, nella figura del padre Scialhub (71), che la continuarono ad officiare in lingua greca fino all'ultimo conflitto mondiale (72) (73).

(66) Cfr. N. KUTUFÀ, *op. cit.*, 26/30.

(67) Cfr. *Ibidem*.

(68) Cfr. *Ibidem*.

(69) Cfr. A.V.L., Osservazioni sulla causa..., cit.

(70) Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 26-27.

(71) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 87.

(72) Nel 1895 in occasione del I Congresso Mariano Nazionale, il giorno 21 agosto venne celebrata una solenne liturgia in rito bizantino nella chiesa della SS. Annunziata, alla quale parteciparono molti congressisti e molti fedeli; il padre Scialhub allora vice-curato della chiesa greca tenne un discorso, nella adunanza del giorno 22 agosto, sulla chiesa orientale e su quella latina, riferendosi in particolar modo alla figura di Maria; alla fine del discorso vi fu un lungo applauso (Cfr. *Atti del I Congresso Mariano Nazionale, tenuto in Livorno nei giorni 18, 19, 20 e 21 agosto 1895*, Livorno, 90/138).

(73) Le ultime notizie sulla chiesa greca le abbiamo dal Tomadakis che nel 1940 scrive che a Livorno non ci sono più greci uniti e il sacerdote è un melchita di rito latino che celebra la messa con il rito bizantino. La chiesa semidistrutta durante l'ultima guerra, fu acquistata dalla Venerabile Arciconfraternita della Purificazione, nel 1953; ristrutturata a più riprese è oggi aperta al culto con l'officiatura di una messa vespertina, da parte di un sacerdote secolare della diocesi (Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 87).

2 — Con il *motu proprio* di Francesco Stefano di Lorena del 14 luglio 1757 (1), viene ratificata la avvenuta scissione tra i greci-cattolici e greci-ortodossi, che ormai da anni non riuscivano a trovare un punto di equilibrio per poter convivere pacificamente in un'unica confraternita (2). Non si può certo dire che il citato *motu proprio* sia un esempio di illuminata tolleranza da parte delle autorità religiose e civili, in quanto, pur permettendo ai greci ortodossi la costruzione di una propria chiesa nazionale, « ... a forma di privilegi del Granduca Ferdinando I del 10 giugno 1593... » (3), ne regolava anche l'esercizio mediante capitoli, che imponevano però molte limitazioni di carattere religioso (4). Il *motu proprio* era

(1) Cfr. A.S.L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 6.

(2) Cfr. G. SCIALHUB, *op. cit.*, 19.

(3) Cfr. A.S.L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 6.

(4) Cfr. *Ibidem*; « Sua maestà imperiale a forma dei Privilegi del Gran Duca Ferdinando I del dì 10 Giugno 1593: accorda in Livorno ai Greci di comunione diversa dalla Greco-Cattolica la libertà di esercitarla con queste condizioni:

— che fabbrichino una chiesa dove congregarsi, a loro spese;

— che questa abbia due Porte, una sulla strada Pubblica, senza verun segno sagro, né Iscrizione ed uniforme in tutto, e per tutto a quella delle altre case; e l'altra interna sulla quale sarà loro permesso di apporvi ciò che distingue le altre chiese;

— che non abbia campane al pubblico, né altri Istrumenti equivalenti per convocare il Popolo;

— che non goda veruna immunità, né Locale, né Personale, né reale;

— che sia uffiziata da un cappellano di questo Rito da nominarsi da Loro con l'obbligo tutte le volte di esibire le sue dimissorie al segretario della Giurisdizione;

— che queste dimissorie, previo il Regio Exequatur, debbano registrarsi nella cancelleria di Livorno;

— che in questa chiesa sia in tutto indipendente dall'altra Greco-Cattolica, che già esiste in Livorno, sia rispetto alle Persone, che ai Beni, che potesse legittimamente acquistare, di sorte che i Greci di una comunione siano incapaci di tutti i Legati, sussidi caritativi dell'altra;

— che tutti i Greci che vogliono vivere nella comunione di questa chiesa siano tenuti di farsi descrivere per tali dal cappellano, e che se ne debba sempre conservare il Registro, perché in qualunque tempo consti della Religione che hanno professata in Livorno;

stato emanato su richiesta della comunità stessa, che già dal 1754 aveva raccolto 4.000 Lire toscane e aveva fatto richiesta all'imperatore tramite la « Regia Giurisdizione » (5).

Gli articoli del decreto seguirono un *iter* ormai consueto, e cioè furono concordati con l'arcivescovo di Pisa e poi leggermente cambiati, nella forma, ma non nel contenuto. Circa due mesi dopo, con lettera del 20 settembre 1757, trentuno greci si impegnano ad autotassarsi per far fronte alle spese necessarie alla chiesa, agli arredi, corredi e suppellettili (6); il denaro raccolto viene amministrato da tre connazionali, Christos Bonis, Theodoros Xenos e Stefano Skaramangàs (7). Ottenuto quindi il permesso di erigere una loro chiesa, trovati i fondi per realizzare tale opera, i greci scelgono uno stanzone adibito al gioco della pallacorda vecchia all'italiana (8), in prossimità del porto; di proprietà granducale, tale edificio era allivellato alla suora domenicana Maria Costanza Lauro e i proventi dell'affitto costituivano la sua dote monacale (9). Venne ricavata un'unica navata orientale a ponente, « preceduta da un vestibolo con un matroneo ad esso sovrastante, ad ovest, e alcuni ambienti attigui di attrezzatura » (10). L'ingresso principale stava in via della Rosa bianca, mentre quello secondario era su via del Giardino, al numero 32 (11); naturalmente, nessun segno o scritta indicavano

— che i Greci descritti nella chiesa Greco-cattolica non possano ammettersi sotto qualunque pretesto, o titolo alle Funzioni di Religione, ammenoché non portino la fede di essere erroneamente stati iscritti nell'altra, e che non si facciano descrivere nel Registro sopra indicato.

— che tutti i Greci di questa comunione col consenso dell'arcivescovo di Pisa, abbiano la piena libertà di passare nella chiesa Greco-Cattolica, sempre che si facciano cancellare dal Registro dell'altra.

— che né l'una, né l'altra chiesa abbia la potestà di inquisire veruna Persona di qualunque grado per fatti di Religione eseguiti fuori delli stati di sua Maestà Imperiale. Dato: questo dì 14: Luglio 1757 » (*Memorie diverse...*, mss. cit., 90-91).

(5) Cfr. P. CASTIGNOLI, *op. cit.*, 4.

(6) Cfr. A. S. L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 163, *Memorie del 20 settembre 1757*.

(7) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 87.

(8) Il gioco « sociale » in questo periodo è molto importante, e diventa luogo di scambio e amicizia, come i « caffè », i « bagni comuni » e gli altri locali pubblici.

(9) Cfr. P. CASTIGNOLI, *op. cit.*, 4.

(10) D. DELL'AGATA POPOVA, *Icone Greche e Russe del Museo Civico di Livorno*, Pisa 1978, 18.

(11) Cfr. *Ibidem*.

che in quel palazzo ci fosse una chiesa, e questo, come abbiamo visto, per suggerimento dell'arcivescovo e ordine del sovrano di Toscana.

Finiti i lavori di ristrutturazione, la chiesa venne inaugurata l'8 gennaio 1760 con una cerimonia che troviamo descritta nel modo seguente: « Oggi sabato, è stata fatta l'inaugurazione e letto il vesprio con tutti i fratelli costruttori e commissari e presto la domenica alle ore nove è stata celebrata la prima funzione distribuendo ceri in comune a tutti i fratelli. E in quanto S.A.I. mi ordina nel privilegio, tramite il quale regala la chiesa dei Romani dell'Est in Livorno nel millesettecentocinquantesette 1757, luglio 14, che il parroco di detta chiesa abbia il dovere di tenere un libro separato, nel quale segnare tutti quelli che desiderano partecipare al rito di questa stessa chiesa, e perciò, esaudendo con precisione l'ordine di S.A.I. Francesco I, scrivo il presente libro personalmente il che io attesto: io Michail Sacerdote Giannakopoulos da Korfu, primo parroco e fondatore della presente chiesa della SS. Trinità » (12). Nello scritto che abbiamo appena riportato troviamo il nome del primo parroco della chiesa ortodossa, e cioè Michail Ghiannakhopoulos da Corfù, che venne scelto dai nazionali greci nel 1758 come loro curato (13), e le cui lettere dimissionarie furono registrate presso la segreteria della giurisdizione, pochi giorni prima della solenne inaugurazione (14).

Quasi contemporaneamente all'inaugurazione della chiesa, arrivarono nuove disposizioni da parte dell'imperatore che, sentito lo arcivescovo di Pisa, emanò quattordici articoli, ancora una volta lontani da quello spirito libertario che aveva illuminato alcuni granduchi suoi predecessori. Il *motu proprio* del 7 agosto 1760, fra le altre cose, obbligava il sacerdote ortodosso a usare le vesti sacerdotali tutta la pompa ecclesiastica prescritta nella liturgia ma « ... nel tempo che esercita il ministero di parroco nelle case private. È proibito di farlo per le vie pubbliche sotto qualsivoglia pretesto o tito-

(12) N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 90; in una memoria del governatore di Livorno, non datata ma collocabile tra il 1760 e il 1782, si legge che al buon ordine della chiesa greco-ortodossa doveva provvedere il governatore stesso, onde non si venissero a creare confusioni tra le due chiese greche della medesima città (Cfr. A. S. L., Governo di Livorno, f. 959).

(13) Cfr. *Ibidem*, 88.

(14) Cfr. P. CASTIGNOLI, *op. cit.*, 5.

lo » (15). Per la sepoltura dei morti, si stabiliva che « .. i cadaveri di quelli che muoiono nella loro comunione si trasportino di notte senza alcuna Pompa né civile, né Ecclesiastica, sia però permesso al cappellano di accompagnarli senza l'abito sacerdotale, e senza la stola, qualora voglia farlo. Resta concordato, ma non sarebbe eseguibile il trasporto dei cadaveri di notte tempo in una Piazza d'arme, se in futuro venisse accordato il cimitero fuori di città » (16); inoltre, si permetteva l'uso di segni esteriori durante il funerale « ... solamente però dentro il recinto della chiesa » (17). Comunque, seppur tra tante restrizioni e umiliazioni, gli Ortodossi sono liberi di professare la propria fede e viene permesso ai Greci da poco giunti a Livorno di scegliere per quale chiesa optare (o la unita o la ortodossa) (18), anche se vedere questa differenza di trattamento non portava certo ad una risoluzione positiva verso i non-uniti.

I matrimoni misti erano invece regolamentati dall'articolo VI del decreto imperiale, che ne permetteva l'amministrazione solo con licenza del governatore di Livorno e dell'arcivescovo di Pisa (19); come si intuisce da due cause di matrimonio misto rimesse nelle mani del governatore (20), lungo doveva essere l'*iter* per ottenere il permesso del governatore o la dispensa papale (21).

(15) *Memorie diverse...*, mss. cit., 94, articolo XI.

(16) *Ibidem*, 95, articolo XII.

(17) *Ibidem*, articolo XIII.

(18) Cfr. *Ibidem*, 92-93, articolo III.

(19) Cfr. *Ibidem*, 9.

(20) Cfr. A.S.L., Governo di Livorno, f. 964, lettera del 23 maggio 1768; A.S.L., Governo di Livorno, f. 964, lettera del 1 giugno 1768; A.S.L., Governo di Livorno, f. 967, lettera del 19 ottobre 1774.

(21) La chiesa ormai terminata venne però abbellita nel corso degli anni, con pareti rifinite a stucco dorato, arredi, stalli, iconostasi, candelabri, lampadari ecc. (Cfr. D. DELL'AGATA POPOVA, *op. cit.* *Icone Greche e Russe...*, 19). L'iconostasi venne eseguita in parte dal pittore Spiridion Romas da Corfù; altre icone vennero invece donate dai nazionali greci (Cfr. *Ibidem*, 19 ss.); altre ancora infine erano parte della donazione fatta dall'imperatrice russa Caterina II alla chiesa della SS. Trinità di Livorno, e provenivano dalla disciolta chiesa greco-ortodossa di Porto Mahon, a Minorca (Cfr. *Ibidem*, 28-29; N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 91. Una prima donazione venne fatta nel 1764, la seconda, quella di cui abbiamo parlato, nel 1782, come risulta da un inventario conservato nell'archivio di stato di Livorno — Cfr. A.S.L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 170 c. 30 e 31 —). In conseguenza di queste donazioni, e di tutti gli arrivi delle navi russe nel porto di Livorno, il sacerdote della chiesa ortodossa officiava secondo il rito russo; dopo una serie di

Con gli articoli XI e XII del decreto imperiale sui greci ortodossi, come abbiamo visto, si ordinava che i cadaveri venissero sepolti in chiesa fino a che non fosse predisposto un cimitero fuori città. Nel giugno 1769, il governo sollecita i greci perché trovino un terreno da adibire a tale scopo, e nel maggio 1770 l'intimazione viene rinnovata perché non ancora attuata (22). Il 12 maggio 1773 viene ancora rinnovato l'invito, esteso a tutti gli eterodossi, ma precisato nei confronti dei greci non-uniti: « ... che gli Eterodossi, specialmente i Greci di Rito non Unito, debbono provvedersi per loro sepoltura di un luogo fuori di città » (23). E infatti questi si misero subito in cerca di un terreno, e trovarlo fuori di porta ai cappuccini (24), fecero supplica al sovrano il 9 settembre 1773 (25), perché concedesse loro di associare i cadaveri al cimitero, di giorno e non di notte perché « ... il dover portare i cadaveri alla campagna rende impraticabile il trasporto senza lumi di notte, specialmente in tempo d'inverno... » (26). A questa richiesta ne aggiungono altre supplicando « ... che gli venga concesso di trasportare di giorno i loro morti al detto Cimitero senz'altra Pompa, che del loro Cappellano coll'insegna della Croce con due lumi in reverenza alla General Marca del Cristianesimo, e che il Sacerdote possa avervi indosso una stola secondo il loro Rito, come è praticato in molti altri stati Cattolici e singolarmente in quelli dell'Augusta Sovrana Madre di Vostra Altezza Reale... come anche supplicano di poter fabbricare an-

reclami, si chiese il parere del patriarca ecumenico, che dovette essere negativo, perché da allora in poi venne sempre seguito il rito greco (Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 91).

(22) Cfr. A.S.L., Governo di Livorno, f. 967, lettera del 12 maggio 1773

(23) *Ibidem.*

(24) Il terreno ai proprietà dei PP. di S. Giovanni Battista venne prima tenuto a livello (Cfr. A.S.L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 1, lettera del 24 febbraio 1776) e poi acquistato nel 1776.

(25) Cfr. A.S.L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 163, *Supplica presentata a Sua Altezza Reale al Palazzo Pitti in Firenze, unitamente alla inserta memoria ed alla copia dei Privilegi de' Greci in Trieste ed informato a voce il Sovrano dai signori Nicola della Mar Panagiotti Mospignotti e Leonardo Capitanachi di Venezia coll'assistenza dell'Eccellentissimo Signor Dottor Giuseppe Braccini di Pisa*; i privilegi dei serbi-ortodossi di Trieste vennero concessi con lettere patenti del 20 febbraio 1751, dall'imperatrice Maria Teresa (Cfr. P. CASTIGNOLI, *op. cit.*, 5), ed erano molto più liberali di quelli concessi ai greci livornesi.

(26) *Ibidem.*

nesso al Cimitero un luogo, per in esso fare le loro preghiere al coperto... » (27). Anche se accadeva di rado che morisse un greco-ortodosso e quindi la comunità ne facesse il trasporto, vengono avanzate queste richieste a motivo anche delle differenze di trattamento che ai greci viene riservata, rispetto agli altri acattolici (protestanti, ebrei, mussulmani). Non c'è dubbio che gran parte della responsabilità ricadesse sull'arcivescovo di Pisa, che veniva puntualmente consultato dal sovrano, e che non si dimostrava tollerante verso queste persone, considerate come « traditori » dell'ortodossia cattolica (28). Sapendo quindi quanta influenza potesse avere l'arcivescovo sulle decisioni del granduca, i greci prepararono una memoria che a lui verrà consegnata il 12 ottobre 1773 (29); circa due mesi dopo ebbero quindi risposta dal sovrano, che concesse loro di avere un piccolo luogo coperto nel cimitero, la possibilità di accompagnare il feretro con una croce inalberata, due lumi e il curato con la stola (30), ma tutto con la minore pubblicità possibile (31). Sull'ora del trasporto dei cadaveri al detto cimitero rimasero in vigore le disposizioni del 1760 che abbiamo già visto.

Ritenendo però transeunti i capitoli del 1760, i greci nell'aprile del 1774 trasportarono il cadavere di un loro connazionale al cimitero, in pieno giorno (32); il granduca notificò subito al governo di Livorno la sua disapprovazione e ordinò di informare i greci perché non si ripetessero in seguito tali inconvenienti (33). È però interessante ascoltare ciò che dice lo stesso governatore a proposito dell'esistenza di certe limitazioni: « Se non si dovessero temere i discorsi degl'Ecclesiastici, e dei più Zelanti del Popolo nulla veramente concluderebbe che questi cadaveri fossero trasportati più tosto di giorno, che di notte, essendo in sostanza molto più indifferente l'ora dell'accompagnamento che la maniera di farlo » (34). Con questa

(27) *Ibidem.*

(28) Non dimentichiamo che ancora era vivo il ricordo della separazione di questi greci dalla chiesa greco-unita.

(29) Cfr. A.S.L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 163.

(30) Cfr. A.S.L., Governo di Livorno, f. 967, lettera del 15 dicembre 1773.

(31) Cfr. A.S.L., Governo di Livorno, f. 939, lettera del 27 luglio 1774.

(32) Cfr. *Ibidem.*

(33) Cfr. *Ibidem.*

(34) *Ibidem.*

stessa lettera, il governatore suggerisce quindi che l'associazione venga fatta la mattina « ... all'aprire delle Porte quando ben puoca gente è fuori di casa, e da puochi può essere osservata la maniera che si pratica per l'accompagnamento » (35). Ulteriori sviluppi della questione si hanno nel mese di agosto del 1774, con una fitta corrispondenza fra governo, arcivescovo di Pisa e proposto di Livorno (che allora era mons. Angiolo Franceschi). Quest'ultimo, con lettera del 12 agosto 1774, proponeva al primate pisano di accondiscendere al trasporto diurno dei cadaveri, purché però i greci si unifomassero agli altri acattolici, nel non apporre nessun segno esteriore alla bara (36). L'arcivescovo farà proprie queste risoluzioni e le invierà al senatore Rucellai con lettera del 17 agosto (37); nello stesso giorno viene data comunicazione ai greci che, in attesa delle sovrane determinazioni, possono portarsi al cimitero la mattina allo aprire delle porte (38). A questo punto, non abbiamo altre notizie, ma dal'lo svolgersi degli avvenimenti possiamo intuire che i greci ebbero il permesso di trasportare i loro morti di giorno, come da tempo avevano chiesto.

La comunità greco-ortodossa si organizzò nel momento ecclesiale, riunendosi in una confraternita e stabilendo i relativi statuti (39). Tale istituzione venne presentata a Pietro Leopoldo I con memoria del 10 agosto 1774 (40); dopo molte contrattazioni con il sovrano e con l'arcivescovo, i greci ottengono, un anno dopo, l'approvazione dei capitoli della confraternita (41), che dedicheranno, come la chiesa, alla Santissima Trinità. Con il primo capitolo si regolamentava l'iscrizione dei fratelli alla confraternita, stabilendo che dovessero aver compiuto i diciotto anni e risiedere in Livorno da

(35) *Ibidem*.

(36) Cfr. *Memorie diverse...*, mss. cit., 99. Nello scritto non viene menzionata la parola "scismatici", come era consuetudine chiamare gli ortodossi, ma al contrario "greci di rito orientale non unito" o "greci eterodossi"; ciò è degno di rilievo, perché l'estensore della lettera è Angiolo Franceschi, futuro arcivescovo di Pisa, uomo tollerante e aperto verso i non cattolici.

(37) Cfr. *Memorie diverse...*, mss. cit., 98.

(38) Cfr. A.S.L., Governo di Livorno, f. 939, lettera del 17 agosto 1774.

(39) Cfr. P. CASTIGNOLI, *op. cit.*, 5.

(40) Cfr. A.S.L., Chiesa greca orientale della SS. Trinità, f. 163.

(41) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 97; *Costituzioni e Capitoli della nostra Chiesa eretta in Livorno sotto l'invocazione della Santissima Trinità*, Livorno 1775, 23.

più di un anno (42); contemporaneamente, veniva inserita anche una clausola che impediva ai greci sposati con donne di comunione diversa, di prendere parte attiva nell'amministrazione della comunità, togliendo loro il diritto al voto e all'assunzione di cariche in seno alla confraternita stessa (43). Con quest'ultima limitazione, i greci si mettevano al riparo dal pericolo di italianizzazione e di mutamenti religiosi, e nello stesso tempo ribaltavano a proprio favore gli ordinamenti del 1760 (44). Per la direzione della confraternita, al capitolo II, si stabilisce l'elezione di sedici individui, quattro dei quali con funzione di rappresentanti (45) (governatore, primo, secondo e terzo consigliere) (46), da « mandarsi a partito » nella congregazione generale (così veniva chiamata l'assemblea dei sedici). Per quanto riguarda il sacerdote-curato, questi veniva nominato e in seguito confermato dal corpo della confraternita che abbiamo ora descritto; nel capitolo V, sono definiti i modi per la elezione e i compiti del sacerdote in osservanza alle disposizioni sovrane del 1757 e del 1760 (47). In particolare, viene stabilito che non possa « procurare che i moribondi facciano disposizione a favore suo proprio, o di quel Convento, o Luogo Pio di Levante, del quale esso Curato sarà venuto in Livorno, col pretesto di giovare alle loro anime; e saranno a beneficio di questa Chiesa Greca di Livorno tutti i Legati, o altre disposizioni di ultime volontà di tal natura che venissero fatte » (48).

Importante era per la confraternita procurarsi una forte base economica e a questa, come si è visto, i greci avevano cominciato a provvedere già dal 1754; nel 1757, si erano imposti una tassa

(42) Cfr. *Costituzioni e Capitoli...* cit., 5.

(43) Cfr. *Ibidem*, 6.

(44) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 99.

(45) Cfr. *Costituzioni e Capitoli...*, cit., 6-7.

(46) Cfr. *Ibidem*, 9.

(47) Cfr. *Ibidem*, 11-14.

(48) Cfr. *Ibidem*, 13-14; con lo stesso capitolo quinto si tiene lontano il curato da qualsiasi ingerenza nella confraternita, e insieme si subordina la sua eventuale corrispondenza con i superiori all'autorizzazione dei « sedici ». Secondo il Tomadakis, agendo in questo modo, la comunità tendeva a salvaguardarsi dalla sottomissione ad un potere ecclesiastico estraneo ad essa, che avesse scopi diversi o fosse a sua volta sottomesso a poteri politici o ecclesiastici non desiderati (Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 99).

volontaria per la costruzione della chiesa; nel 1760 avevano rinnovato l'impegno pagando un quarto per cento sulle mercanzie provenienti dal levante (49); infine nel 1764 avevano determinato un aggravio di un ottavo per cento sulle merci in partenza per l'oriente (50), rimanendo quindi sulla linea delle decisioni precedenti, atte a fare della comunità un'istituzione ricca e potente. Il capitolo VII dei capitoli della confraternita, ratifica ulteriormente quanto deciso nel 1760 e nel 1764, ed aggiunge la tassa sulle merci in transito, stabilendo la quota di mezza pezza per collo, per generi di minor valore (51). Per le mercanzie in arrivo, si poteva determinare l'ammontare delle tasse in base ai registri della dogana; per quelle in partenza o in transito ci si affidava alla coscienza dell'individuo. Inoltre, tutti i capitani di rito greco-orientale iscritti alla confraternita, dovevano versare al cassiere uno zecchino per il bastimento greco da essi capitanato (52).

Sulla consistenza numerica della comunità greco-ortodossa, non abbiamo molte notizie: il Vivoli (53) riporta, per il 1762, la cifra di 152 « greci-scismatici », mentre il Tomadakis (54), da un documento del 1810, rileva la presenza di 154 di questi nazionali, 110 uomini e 44 donne. In ogni caso possiamo affermare che i greci-ortodossi presenti a Livorno superavano le cento unità a differenza invece dei greci-uniti che sempre si mantennero al di sotto di tale entità numerica.

Una comunità così numerosa e ricca quindi, che poté permettersi la realizzazione di un proprio ospedale, costituito da un edificio, e in più una stanza, all'interno del già presente ospedale di S. Antonio (55). Tale struttura era necessaria ai molti connazionali greci che trovandosi a Livorno per motivi di lavoro e non avendo quindi in appoggio la propria famiglia, cadevano ammalati e avevano bisogno di aiuto. Con una deliberazione del 16-28 gennaio 1808 la confraternita decise poi di abbattere l'edificio adibito ad ospedale, potendo usufruire dietro pagamento di un contributo

(49) Cfr. *Ibidem*, 15.

(50) Cfr. *Ibidem*, 16.

(51) Cfr. *Ibidem*, 16-18.

(52) Cfr. *Ibidem*, 18.

(53) Cfr. G. VIVOLI, *Annali di Livorno*, V, mss. presso B.L.L.

(54) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 101.

annuo, di quante stanze volesse, all'interno dello stesso ospedale di S. Antonio (56). Le stanze erano comunque separate da quelle dei cattolici, onde evitare che gli ammalati greci potessero venire influenzati religiosamente dai sacerdoti cattolici presenti nell'ospedale.

Oltre a risolvere il problema dell'assistenza medica, la comunità greca si organizzò anche per dare una educazione scolastica ai propri figli. Già dal 1775 si erano infatti accordati con un certo Thomas Panaghiotis, perché restasse ad abitare nelle stanze attigue alla chiesa, senza pagare l'affitto, per fare scuola ai figli dei nazionali greci, ricevendo inoltre un compenso annuo di 62 zecchini del granduca (57). A sostituire questo maestro arrivò il monaco di Zante Akakios Anastasios Peiropoulos, che dopo alterne vicende diventò cattolico e si fece frate (58). Per molti anni, non sappiamo poi se qualcuno venne ad insegnare a Livorno; nel 1803 troviamo di nuovo richieste di maestri, ma solo nel 1804, il 22 ottobre sbarca a Messina il monaco Grigorios Paliuritis (così chiamato perché apparteneva al monastero di Paliuri), fatto venire dai greci di Livorno come insegnante per la scuola (59). Nel febbraio 1805, lo troviamo a Livorno per il contratto stipulato con la comunità greca, contratto nel quale veniva stabilito, tra le altre cose, che detto Grigorios ricevesse una somma di 12 fiorini al mese, e, quando richiesto, facesse anche le veci del curato nella celebrazione della Liturgia e nei servizi religiosi (60). Il contratto regolamentava anche la durata delle lezioni, stabilendo che la scuola rimanesse aperta le tre ore prima di pranzo e le due dopo pranzo (61); la scuola venne poi chiusa per mancanza di allievi, nel

(55) Cfr. *Ibidem*.

(56) Cfr. *Ibidem*, 102.

(57) Cfr. *Ibidem*, 105.

(58) Cfr. *Ibidem*, 106.

(59) Cfr. P. ZERLENTIS, *La Scuola Greca di Livorno (1805-1837)*, in *Parnassos*, 9, 1885, 323-340 (articolo redatto in greco; ringrazio vivamente il Dott. Giangiacomo Panessa dell'Università di Pisa, per avermi fornito la traduzione in italiano).

(60) Cfr. *Ibidem*.

(61) Detta scuola prese il nome di «Ellenomuseion», e fu istituita grazie alla generosità dei signori Patrinos, Panaghiotis Palli, Mospignotti, Rodocanacchi e Spaniolaki. Per la direzione della scuola, a partire dal 1806, fu eletto un sovrintendente, che rimaneva in carica un anno (Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 106). Il monaco Gri-

1837 (62). Oltre all'educazione scolastica della propria prole, i greci di Livorno pensarono però anche all'istruzione dei loro connazionali lontani, facendo venire a proprie spese dei giovani studenti, per addottorarsi nell'Università di Pisa (63).

Nel maggio-giugno 1790, i greci-ortodossi furono, insieme alla comunità ebraica, al centro del tumulto di S. Giulia, per aver comprato marmi pregiati dalla soppressa compagnia di S. Barbara (64). Un gruppo di livornesi, la mattina del primo giugno, si recò alla chiesa greca, cominciò a svenellare l'architrave della porta e altri marmi (65). Con l'arrivo dei nazionali greci e di altri cittadini livornesi, i rivoltosi accettarono di lasciare la chiesa come stava, dietro pagamento, però, di una somma di denaro da parte dei maltrattati greci (66). La presenza dei francesi in questo periodo a Livorno, se da una parte comportò un disagio economico per la comunità, dall'altra instaurò un regime liberale e tollerante nei loro confronti (67).

Nelle nostre ricerche, non abbiamo trovato visite di persone illustri alla chiesa e comunità greca-ortodossa, ma il 17 marzo 1807 questi nazionali greci fecero gli onori (insieme a greci-uniti, armeni, ebrei e consoli di tutte le nazioni) al primo vescovo di Livorno, Filippo Ganucci (che poi si rivelò d'insolita apertura verso i non-cattolici), nel giorno del suo solenne ingresso in cattedrale (68).

gorios insegnò per undici anni e quindi morì, nel 1816. Alla sua morte si avvicendarono nella scuola altri maestri (come abbiamo visto nella parte dedicata alla comunità greco-unita, anche sacerdoti greco-cattolici e latini insegnavano ai figli dei nazionali greco-ortodossi).

(62) Cfr. P. ZERLENTIS, *op. cit.*

(63) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 108 ss.; proprio in questi anni, venne costruito anche un nuovo cimitero: dopo il primo che abbiamo visto, situato in prossimità della città, ne venne attrezzato un altro nel 1838, in via Erbosa fuori di porta S. Marco (circondato dallo stesso muro del cimitero dei luterani e calvinisti olandesi-alemanni). (Cfr. P. CASTIGNOLI, *op. cit.*, 6; G. PIOMBANTI, *Guida storica ed artistica della città e dei contorni di Livorno*, Livorno 1873, 506).

(64) Cfr. P. VIGO, *Livorno e gli avvenimenti del 1790-1791 con notizie di Firenze. Storia generale, poesia contemporanea e altri documenti. Diario anonimo pubblicato per cura di Pietro Vigo*, Livorno 1907, 46; P.B. PRATO, *op. cit.*, 1 giugno 1790.

(65) Cfr. *Ibidem.*

(66) Cfr. *Ibidem.*

(67) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 95 e 102; P. CASTIGNOLI, *op. cit.*, 6.

(68) Cfr. P.B. PRATO, *op. cit.*, 17 marzo 1807.

Nel 1839, durante il ministero apostolico di mons. De Ghantuz Cubbe, il console della nazione greco-ortodossa (69), Panaghiotis Palli, fece domanda a Leopoldo II che si sostituisse l'aggiunta qualificativa di « scismatica » alla chiesa medesima con quella di « orientale » nei documenti ufficiali; dopo aver sentito il vescovo di Livorno, tramite la segreteria del regio diritto, il sovrano deliberò, il 22 ottobre 1839, che la chiesa greco-cattolica si chiamasse da allora in poi « greco-unita », e quella non cattolica prendesse l'appellativo di « greca non unita » (70). Qualche anno dopo, la nazione greco-ortodossa, si distinse in generosità, donando al governo lire 500, da erogarsi in elemosine ai poveri della città, e lire 1800 sia per questo scopo, sia a sostegno degli asili infantili di carità (71).

Con l'unità d'Italia, e la conseguente abolizione del porto franco a Livorno, la comunità greca cominciò a decadere, fino a che, nei primi decenni del 1900, non rimasero che pochi ortodossi in Livorno e alcuni studenti greci a Pisa (72). Con il regime fascista e il risanamento della vecchia Livorno, la chiesa venne abbattuta, perché « ... spogliata così dei suoi arredi e delle poche parti su menzionate (*iconostation*, pulpito, portale del matroneo, stucchi, lampade ecc. - n.d.r. -), facilmente asportabili, la navata si riduce ad un vecchio ed umido salone, ove nulla di quanto vi rimane, forma, struttura, parti ornamentali, ecc. ne riveli la sua origine di carattere ecclesiastico, come privo di ogni valore artistico è quanto rimane » (73).

(69) Come riconoscimento del decisivo contributo che la comunità greca di Livorno diede alla lotta per l'indipendenza della Grecia, venne nominato nel 1833 il primo console di detta nazione, nella persona di Panaiotti Palli, padre della scrittrice e patriotta Angelica Palli Bartolomei (Cfr. P. CASTAGNOLI, *op. cit.*, 6).

(70) Cfr. A.C.L., serie 13, b. 16, (Chiesa dei Greci Uniti), carteggio relativo.

(71) Cfr. A.S.L., Comunità di Livorno, f. 364 c. 210, lettera del 26 febbraio 1848.

(72) Cfr. N. TOMADAKIS, *op. cit.*, 82

(73) E. DE PAZ, *Documentazione storico-urbanistica sulla Comunità Greca e sulla Chiesa della SS. Trinità*, Pisa 1978, 42 (l'autrice riporta il testo di una stima catastale redatta dall'ufficio tecnico comunale nel 1942, per la demolizione della chiesa della SS. Trinità).

VANNI PEDANI

LIBERTA' RELIGIOSA DELL'EBREO
E INSEGNAMENTO DELLA RELIGIONE
NELLE SCUOLE PUBBLICHE

SOMMARIO: 1. L'art. 10 dell'Intesa con gli ebrei. — 2. L'esclusione di ogni ingerenza nell'educazione e formazione religiosa degli alunni ebrei. — 3. La « facoltatività privilegiata » dell'insegnamento religioso cattolico e l'ora alternativa. — 4. La possibilità di presentare nelle scuole pubbliche le tematiche dell'ebraismo.

1. — Il tema dell'insegnamento religioso nelle scuole presenta un'ampia problematica legata al dibattito sorto nell'opinione pubblica ed in dottrina per le differenti ideologie e le opposte prospettive di soluzione delle questioni concrete (1).

(1) Per la dottrina cfr. a titolo indicativo G. DALLA TORRE, *L'insegnamento della religione nel concordato revisionato*, in *Il dir eccl.*, 1984, I, 145 ss.; C. CARDIA, *Progetto educativo e fattore religioso*, in *Concordato e Costituzione*, a cura di S. Ferrari, Bologna, 1985, 170 ss.; G. CIMBALO, *Garanzie della libertà religiosa e insegnamento della religione nella scuola pubblica tra Concordato e Intesa con la Tavola valdese*, ivi, 179-186; L. ZANNOTTI, *Riforma della legislazione scolastica e nuovo Concordato*, ivi, 1971-2; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 1986, 265 ss.; P. BELLINI, *Note poco liete per un dibattito*, in *Tetto*, 1986, 4-11; N. COLAIANNI, *L'insegnamento della religione cattolica nelle scuole elementari: La Corte Costituzionale prende tempo*, in *Il foro it.*, 1986, 11; G. CIMBALO, *Profili di legittimità della normativa sull'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1986, 511-75; G. DALLA TORRE, *La nuova disciplina giuridica dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*, in *Studi di diritto ecclesiastico in tema di insegnamento*, Padova, 1987, 30; N. COLAIANNI, *Religione cattolica e attività « alternative » a scuola: l'ora della discriminazione*, in *Foro it.*, 1987, 249 ss.; G. CATALANO, *L'insegnamento della religione*, in *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, a cura di R. Coppola, Milano, 1987, 335-337; P. CAVANA, *Considerazioni in tema di insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche (Spunti da una sentenza)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1988, 974 ss.; R. BERTOLINO, *Diritto di scelta dell'insegnamento della religione cattolica, divieto di discriminazioni e ora alternativa nel sistema scolastico italiano dopo gli accordi con le Chiese*, in *Il dir. eccl.*, 1988, I, 12-37. A. FUCCILLO, *Brevi considerazioni sull'insegnamento della religione cattolica nella scuola italiana*, in *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, a cura di Valerio Tozzi, Salerno, 1990, 575 ss.

Ne segue che l'analisi dell'art. 10 dell'Intesa con gli ebrei non può non tener conto dei problemi di carattere generale che per più di un aspetto si intersecano con la disciplina specifica della normativa pattizia, anche in considerazione dell'importanza fondamentale, che, per le confessioni di minoranza, continua ad assumere il concreto atteggiamento statale nei confronti dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole, tanto che da parte israelita si è avuta più di una contestazione e, addirittura, una sospensione delle trattative per la stipula dell'Intesa tra la Repubblica italiana e l'Unione delle Comunità (2).

Il punto fondamentale, da cui muoversi, nell'analisi della materia, è rappresentato, per i suoi riflessi di carattere generale, dalla disposizione contenuta nell'art. 9, II comma degli Accordi di Villa Madama, la quale recita: « La Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado ».

A conferma dello scontro ideologico, sopra accennato, questa norma può essere inquadrata sotto prospettive completamente diverse. Per alcuni essa può sicuramente presentare un aspetto di marca confessionista, unico nel quadro normativo offerto dalla disciplina concordataria, ma questo solo se per confessionalità si intenda l'ispirazione che uno stato, nell'emanazione di proprie norme, trae da principi appartenenti ad una determinata religione (3).

Appare chiaro da questo punto di vista che « assicurare » l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica e considerare tale insegnamento consono alle finalità della stessa, significa che lo stato italiano reputa i principi del cattolicesimo (si pensi, an-

(2) D. TEDESCHI, *Dieci anni di trattative*, in *Shalom*, n. 3, 1987, 5. Il presidente dell'Unione delle comunità israelitiche, al momento della firma dell'Intesa, ha anche rilevato che tutti gli insegnamenti religiosi dovrebbero essere collocati in ore aggiuntive rispetto all'orario delle lezioni. Cfr. F. GIOLLI, *La repubblica e le minoranze religiose*, in *Nuova antologia*, 1987, 334; cfr. anche R. BOTTA, *L'intesa con gli israeliti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1987, 105.

(3) V. PARLATO, *Legislazione statuale in materia religiosa e normazione pattizia*, in *Il dir. eccl.*, 1983, I, 591.

che, all'equivocità del riferimento al patrimonio storico del popolo italiano (di cui all'art. 9, II comma del nuovo concordato) *fondamentali*, anche se non necessari per tutti, nell'educazione e formazione dei futuri cittadini (4).

Si assiste a quella che può essere definita una « facoltatività privilegiata » per coloro che si avvalgono dell'insegnamento della religione cattolica, dato che lo stato italiano si impegna a fornire tale insegnamento in una propria struttura, con fondi pubblici e con alcuni obblighi d'intesa con gli organi rappresentativi della chiesa cattolica (in specie la CEI) (5), in alcune materie che dovrebbero invece rientrare nella propria esclusiva competenza (6).

Dall'altro punto di vista la norma può essere altrettanto agevolmente inquadrata in un'ottica « laica »; essa, allora, è la risultante di una mutata concezione dello stato nei confronti della religione cattolica, per cui l'insegnamento di essa è « espressione di una parte (seppure importante) di un pluralismo sempre più diffuso nel paese, e dovrà pertanto realizzarsi in forme rispettose delle altre e differenti espressioni religiose, nonché di tutti i soggetti che non si riconoscono in nessuna religione » (7).

Agli stessi risultati giungono coloro che accentuano il carattere eminentemente culturale di un insegnamento specifico della religione cattolica mediante il riferimento al patrimonio storico del popolo italiano — contenuto nell'art. 9, II comma degli Accordi di Villa Madama — di cui i valori religiosi cattolici fanno parte, e alla libera

(4) Per qualche considerazione in proposito cfr. R. BACCARI, *La religione cattolica da religione dello Stato a patrimonio del popolo*, in *Il dir. eccl.*, 1987, 19-21.

(5) Cfr. n. 5, lettera b, t. *Protocollo Addizionale* dove tra le materie da regolarsi mediante successiva intesa con la CEI sono previsti: i programmi di insegnamento della religione cattolica, le modalità di organizzazione dei corsi, i criteri di scelta dei testi scolastici, i profili di qualificazione professionale degli insegnanti.

(6) G. CIMBALO, *Profili*, cit., 55, sostiene che lo Stato italiano e la Santa Sede « nulla hanno pattuito in relazione all'organizzazione della didattica nelle scuole pubbliche e soprattutto non hanno pattuito di fare della collocazione dell'insegnamento della religione cattolica, nel quadro degli orari delle lezioni, materia bilaterale ».

(7) E. ROSSI, *Sull'obbligatorietà dell'insegnamento della religione cattolica in provincia di Trento*, in *L'insegnamento della religione nel Trentino-Alto Adige*, Trento, 1989, 131.

scelta su cui si fonda la facoltà di usufruire di un tale insegnamento (8).

2. — Nessun dubbio, invece, sussiste in ordine alla coerenza tra formulazione dell'art. 9 dei nuovi accordi e la scomparsa del cosiddetto insegnamento diffuso della religione cattolica, considerato come « fondamento e coronamento » dell'istruzione pubblica (art. 36 del concordato lateranense).

Il nuovo patto impegna lo stato a fornire solamente l'insegnamento della religione cattolica, fondato sulla libera scelta, ai soggetti interessati, ma lascia lo stato stesso libero di predisporre autonomamente gli altri programmi scolastici per i quali deve unicamente tener conto del valore della cultura religiosa, espressione che ha « un contenuto più ampio e pluralista rispetto ad una determinata cultura confessionale » (9).

In tale direzione sembra orientato l'art. 10 dell'Intesa con gli ebrei, secondo cui mille « scuole pubbliche di ogni ordine e grado l'insegnamento è impartito nel rispetto della libertà di coscienza e di religione e alla pari dignità dei cittadini senza distinzione di religione, come pure è esclusa ogni ingerenza sull'educazione e formazione religiosa degli alunni ebrei » (I comma).

Questo articolo, oltre ad essere volto alla tutela della libertà religiosa, intesa come libertà di coscienza, sembra avere, inoltre, un contenuto più immediatamente precettivo dovendosi ritenere che l'insegnamento diffuso di una determinata religione, nella specie quella cattolica, costituisca un'indebita ingerenza da parte dello stato nell'educazione e formazione religiosa degli alunni ebrei.

Un rafforzamento di tale tutela si ha nel III comma, sempre dell'art. 10, laddove si prevede specificatamente che la Repubblica italiana è tenuta a fare in modo che « non siano previste forme di insegnamento religioso diffuso nello svolgimento dei programmi di altre discipline ».

Si impongono, a questo punto, due considerazioni.

Da un lato si deve rilevare la parziale inattuazione, da parte

(8) C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose, Il regime pattizio*, Bologna, 1988, 302.

(9) C. CARDIA, *Stato*, cit., 300.

statale, della scomparsa dell'insegnamento diffuso della religione cattolica: i nuovi programmi didattici, approvati con D.P.R. n. 104 del 12.2.1985, sono destinati solo alle scuole primarie — quando il processo avrebbe dovuto riguardare tutte le scuole non universitarie di ogni ordine e grado — e con un rinnovamento destinato a concludersi solo nel 1991 (10).

Dall'altro è interessante notare la specifica formulazione dell'art. 10, I comma, il quale parla di *educazione e formazione religiosa*; credo di poter affermare che, mentre il termine *formazione* attiene esclusivamente agli aspetti fideistici, quello di *educazione* sembra indicare un *quid pluris*, identificabile nella natura composta dell'ebraismo comprensivo di aspetti religiosi, etnici, sociali, culturali e tradizionali che rendono il termine religione inadeguato a descriverne la reale portata (11).

Questa norma, di difficile applicazione, può forse indicare l'impegno dello stato, nell'elaborazione dei programmi scolastici e del progetto educativo in genere, ad astenersi dal presentare opinioni e considerazioni sui vari e complessi contenuti dell'ebraismo.

3. — Il II e III comma dell'art. 10 dell'Intesa ricalcano, nelle linee fondamentali, lo schema offerto dall'art. 9, II comma degli Accordi di Villa Madama. In ambedue i testi si riconosce il diritto di ciascuno di non avvalersi di un insegnamento della religione,

(10) N. COLAIANNI, *L'insegnamento*, cit., 11; cfr. anche L. SCALERA, *L'istruzione religiosa nell'intesa con le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Il nuovo accordo*, cit., 838 ss.; in senso critico cfr. G. CATALANO, *L'insegnamento*, cit., 335-337.

(11) L'ebraismo si presenta, infatti, come un insieme « di cultura e di religione, di tradizione e di norme di comportamento, di popolo e di storia » (G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, Torino, 1983, 81). Non si può comprendere, pertanto, l'intesa con gli israeliti se non si tiene presente che « l'ebraismo rivendica a se stesso una specialissima natura in cui l'aspetto strettamente religioso costituisce una parte di un tutto assai più complesso » (D. TEDESCHI, *Presentazione dell'Intesa con lo Stato al Congresso straordinario delle Comunità israelitiche*, in *Rassegna mensile di Israel*, 1987, XVII); l'ebraismo è caratterizzato, insomma, da un'intima connessione tra aspetti diversi che ne fanno, ad un tempo, una confessione religiosa e un'entità etnico-culturale, espressione di uno specifico gruppo sociale con proprie tradizioni, diritto e cultura. Cfr. anche M.F. MATERNINI ZOTTA, *L'ente comunitario ebraico. Le legislazioni degli ultimi due secoli*, Milano, 1983, 200 ss.

prevedendosi che la scelta negativa non dia luogo ad alcuna forma di discriminazione.

A questo proposito l'art. 10, III comma, dell'Intesa, analogamente a quanto previsto nelle intese fin qui stipulate con le altre confessioni acattoliche, contiene una disciplina sicuramente più specifica.

In tale articolo, infatti, si afferma che l'ordinamento scolastico provvede a che l'insegnamento religioso cattolico non abbia luogo secondo orari e modalità che abbiano per gli alunni effetti comunque discriminanti e tutto ciò per rendere effettivo il diritto di non avvalersi di tale insegnamento.

La norma investe uno dei problemi maggiormente dibattuti in questi ultimi dieci anni, quello della cosiddetta ora alternativa all'ora di religione, problema che ha suscitato un ampio dibattito, legato alle diverse ideologie, una successione di testi normativi e di pronunce giurisprudenziali.

Il dibattito si è incentrato soprattutto sulla previsione, contenuta nella circolare ministeriale n. 302 del 29.10.1986, relativa alla *obbligatorietà* dell'ora alternativa per i soggetti che avessero scelto di non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica offerto dalla scuola pubblica.

Delle due tesi contrapposte l'una ritiene il sistema così delineato sostanzialmente consoni al quadro normativo derivato dalle norme contenute nelle varie intese; l'altra, sostenuta anche dagli ebrei, considera il sistema siffatto confliggente con il diritto di libertà religiosa assicurato nelle intese, perché fonte di una palese discriminazione nei confronti degli appartenenti alle confessioni diverse dalla cattolica, che non si avvalgono dell'insegnamento di quella religione.

Il punto cruciale del dissenso è rappresentato dalla collocazione dell'ora di religione nell'ambito delle attività scolastiche generali.

Si è sostenuto che l'insegnamento specifico della religione cattolica, inserito « nel quadro delle finalità della scuola » (art. 9, II comma del nuovo concordato), sarebbe da considerare *curriculare*, tenuto conto che lo stato italiano si è impegnato ad assicurare tale insegnamento. L'obbligatorietà dell'ora alternativa, quindi, non darebbe luogo ad alcuna discriminazione, se si tiene presente che l'esigenza fondamentale alla base dell'emanazione della circo-

lare ministeriale succitata è quella di far usufruire a tutti gli alunni, che si avvalgano o meno dell'insegnamento della religione cattolica, di un uguale tempo-scuola (12).

Si è però sostenuto, al contrario, il carattere aggiuntivo della ora di religione (13), che altrimenti trasformerebbe la facoltatività in « opzionalità obbligatoria » (14), sicché l'« alternatività ad una facoltà verrebbe, in effetti, a convertirsi in obbligo; e poiché questo investirebbe solo i non avvalenti, sarebbe manifesta la discriminazione da essi patita » (15).

Da parte ebraica si era ribadito, ad esempio, nella mozione di approvazione dell'Intesa, da parte del Congresso straordinario dell'unione delle Comunità israelitiche italiane, al punto 4, che l'affermazione contenuta nell'art. 10 dell'Intesa stessa, reativa al diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi, « acquista particolare significato in quanto, nell'esercizio del diritto di scelta, non prevede obblighi per coloro che non intendono avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica » e che « alla luce della presente intesa, modalità che prevedano obblighi sono, quindi, da ritenersi comunque discriminanti » (16).

La successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 203 del 12.4.1989, proprio basandosi sul dato normativo, sancito nelle singole intese oltre che negli Accordi di Villa Madama, ha stabilito che per coloro i quali decidono di non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica « l'alternativa è uno stato di non obbligo ».

La previsione di un altro insegnamento obbligatorio verrebbe a ledere la libertà di coscienza e di libero esercizio della religione. La Corte ha, in sostanza, affermato che l'insegnamento della religione cattolica, in quanto facoltativa, non può che presentarsi come insegnamento aggiuntivo, nel senso che l'offerta di insegnamenti

(12) Cfr. P. CAVANNA, *Considerazioni*, cit., 974 ss.

(13) Cfr. E. ROSSI, *Sull'obbligatorietà*, cit. 123.

(14) N. COLAIANNI, *L'insegnamento*, cit. 11.

(15) TAR del Lazio, sentenza n. 1274 del 17.7.1987; il ricorso contro la circolare ministeriale era stato presentato, tra gli altri, dai rappresentanti della Tavola valdese; la sentenza era stata poi annullata dalla decisione del Consiglio di Stato n. 1006 del 17.8.1988 che aveva ritenuto pienamente legittima la succitata circolare e aveva reso così obbligatoria l'ora alternativa, ricomprendendo l'insegnamento della religione cattolica nel normale orario scolastico.

(16) La *Mozione* è pubblicata in *Rassegna mensile di Israel*, 1987, XXII.

alternativi per chi non volesse avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica può anche non interessare lo studente che rimane libero di avvalersi o meno di altri possibili insegnamenti (17).

L'obbligatorietà o la facoltatività dell'ora alternativa non è certamente l'unico problema cui un insegnamento specifico della religione cattolica possa dar luogo. A lungo si è discusso intorno alla collocazione oraria di un insegnamento siffatto: se, a seguito di indirizzi conformi da parte delle forze politiche e di parte della dottrina, l'orientamento parlamentare prevalente è stato quello di collocare l'ora di religione all'inizio o alla fine dell'orario scolastico, non sono mancate autorevoli voci contrarie (18).

Una questione particolare è rappresentata dalla valutazione del profitto, da parte dell'insegnante di religione, per coloro che hanno usufruito dell'insegnamento della religione cattolica. Tale valutazione, anche se espressa senza voto, è stata ritenuta discriminante nei confronti dei non avvalenti: una volta stabilita la facoltatività dell'ora di religione, sembra incongruo immetterne le risultanze nella pagella finale, al pari delle altre discipline che al contrario sono obbligatoriamente seguite da tutti gli alunni. La soluzione proposta è stata quella di inserire la valutazione in questione in un apposito modulo, distinto dalla pagella (19).

Un tale rimedio non sembra sufficiente alla eliminazione del punto nodale della questione: la presenza dell'insegnante di religione nel consiglio degli insegnanti, in sede di valutazione per la promozione degli alunni alle classi successive.

(17) A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico, Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, 1989, 161-162. Con sentenza pubblicata il 14 Gennaio 1991, n. 13, la Corte Costituzionale ha stabilito che gli studenti i quali non intendano avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica, ne dei corsi alternativi, potranno « allontanarsi o assentarsi dall'edificio scolastico » durante l'ora di religione.

Peraltro la Corte non ha portato alle estreme conseguenze questa impostazione e ha affermato che l'insegnamento della religione cattolica deve essere « impartito con modalità compatibili con le altre discipline scolastiche »; essa ha ribadito la legittimità della collocazione di questo insegnamento nell'ambito dell'ordinario orario scolastico, negando in tal modo, il carattere aggiuntivo dell'ora di religione.

(18) F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., 265 ss., il quale afferma che le ore di religione previste per i vari ordini di scuole « dovrebbero essere collocate nell'orario secondo i normali criteri e non meccanicamente, all'inizio o alla fine dell'orario scolastico giornaliero ».

(19) C. CARDIA, *op. cit.*, 39.

L'art. 2.7 dell'Intesa tra Autorità scolastica e CEI per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche del 13.5.90 prevede che gli insegnanti di religione cattolica partecipino alle valutazioni periodiche e finali solo per gli alunni che si sono avvalsi dell'insegnamento della religione cattolica e precisa che per lo scrutinio finale nel caso in cui la normativa statale richieda una deliberazione da adottarsi a maggioranza, il voto espresso dall'insegnante di religione cattolica, se determinante, divenga un giudizio motivato iscritto a verbale (20). Quest'ultima innovazione inserita nella recentissima intesa mantiene la discriminazione che di fatto si realizza tra studenti iscritti e non al corso di religione. Per i primi il collegio giudicante la loro promozione alla classe successiva è composto da un docente in più rispetto a quelli che non seguono il corso stesso, docente che non solo con il voto, ma anche con il giudizio può determinare la valutazione finale dell'allievo. Il far partecipare, poi, per gli studenti che seguono il corso alternativo, il docente di quel corso ai consigli, determina ulteriori discriminazioni per chi non frequenta corsi alternativi del tutto facoltativi.

4. — Il IV comma dell'art. 10 si preoccupa di assicurare ai rappresentanti dell'Unione o delle singole Comunità una forma di presenza all'interno della scuola pubblica (21). Vale la pena di sottolineare che tale forma di presenza è assai diversa da quella assicurata alla chiesa cattolica. In questo caso non è lo stato che si assume

(20) Art. 27 « Gli insegnanti incaricati di religione cattolica fanno parte della componente negli organi scolastici con gli stessi diritti e doveri degli altri insegnanti ma partecipano alle valutazioni periodiche e finali solo per gli alunni che si sono avvalsi dell'insegnamento della religione cattolica, fermo restando quanto previsto dalla normativa statale in ordine al profitto e alla valutazione per tale argomento.

Nello scrutinio finale, nel caso in cui la normativa statale richieda una deliberazione da adottarsi a maggioranza, il voto espresso dall'insegnante di religione cattolica, se determinante, diviene un giudizio motivato iscritto a verbale ».

Questo secondo capoverso è stato inserito nel testo dell'ultima intesa.

(21) « Le Repubblica italiana, nel garantire il carattere pluralista della scuola, assicura agli incaricati designati dall'Unione o dalle Comunità il diritto di rispondere ad eventuali richieste provenienti dagli alunni, dalle loro famiglie o dagli organi scolastici, in ordine allo studio dell'ebraismo. Tali attività si inseriscono nell'ambito delle attività culturali previste dall'ordinamento scolastico. Gli oneri finanziari sono comunque a carico dell'Unione o delle Comunità ».

il compito di predisporre un corso specifico, ma la presenza degli organi rappresentativi ebraici all'interno della scuola pubblica dovrà essere sollecitata mediante una richiesta in tal senso da parte degli alunni, delle loro famiglie, degli organi scolastici, e si precisa che gli oneri finanziari resteranno a carico esclusivo della confessione e che le eventuali attività di studio non sono predisposte nel quadro delle finalità della scuola, ma sono ricomprese tra quelle attività culturali che ogni scuola decide di organizzare.

Una considerazione sulla particolarità dell'oggetto sul quale potranno vertere le eventuali attività culturali che si presentano come « studio dell'ebraismo ».

La particolarità, mi sembra, consti di due punti: il primo è rappresentato dalla diversità di formulazione dell'art. 10, IV comma, (*studio dell'ebraismo*) rispetto alle altre intese, in cui, negli articoli analoghi, relativi alla informazione religiosa nelle scuole, si parla di *studio del fatto religioso e delle sue implicazioni*; solo nella intesa con gli ebrei si fa riferimento « allo studio di una specifica religione » (22).

Vorrei anche notare, e ciò costituisce il secondo aspetto, che l'eventuale presenza israelita nella scuola pubblica non si concreterà solo nello specifico insegnamento confessionale, ma anche nella presentazione e studio degli aspetti sociali, etnici, culturali e comportamentali, summenzionati (23), in cui oggi si sostanzia l'ebraismo.

(22) C. CARDIA, *op. cit.*, 303.

(23) Cfr. nota 10, R. BERTOLINO, *Diritto di scelta*, cit., 15, scrive che « le comunità israelitiche, portatrici di un credo religioso che è anche storia di un popolo, vogliono assicurato il diritto di poter rispondere nella scuola a richieste inerenti specificamente il fatto ebraico ».

FRANCESCO BOSCHI

ASPETTI DELL'ASSISTENZA SCOLASTICA
NELLA REGIONE MARCHE

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari — Scuola pubblica e privata. — 2. Polivalenza del concetto di assistenza scolastica. — 3. Decentramento regionale e assistenza scolastica. — 4. La Regione Marche e la disciplina dell'assistenza scolastica.

1) — Nel recente passato interventi di esponenti politici, i nuovi movimenti studenteschi ed i rinnovati patti concordatari, hanno riproposto alla attenzione della pubblica opinione e della dottrina la complessa problematica scaturente dal mondo della scuola con particolare riferimento alla coesistenza, in concorrenza tra loro, della scuola pubblica e privata.

Il dibattito apertosi tra gli studiosi e l'analisi delle tematiche inerenti la scuola si è rinvigorito, dopo una stasi, e, come nel passato, la dottrina si è schierata, generalmente su due posizioni nettamente distinte e non facilmente conciliabili.

La materia, indubbiamente è complessa, composita, piena di sfaccettature e ricca di argomenti interessanti che meritano l'attenzione e l'approfondimento. Un'aspetto appare, comunque, tralasciato generalmente dal dibattito; l'aspetto della vita scolastica che se non è direttamente connesso con la stessa « istituzione scuola » ne costituisce il substrato fondamentale oggi ancor più necessario ed indispensabile: l'assistenza scolastica.

Molto probabilmente questa scarsa attenzione è, forse, determinata dalla corollarietà del problema rispetto al nodo centrale dibattuto in dottrina che viene ravvisato nei rapporti e nel finanziamento tra scuola pubblica e scuola privata; altresì è opportuno rilevare che il legislatore è intervenuto negli anni settanta, in prima fase di decentramento amministrativo, disciplinando la materia e delegando compiti e competenze agli enti territoriali minori. Comunque, il problema relativo alla assistenza scolastica merita un approfondimento anche alla luce dell'applicazione concreta delle previsioni legislative; approfondimento che verrà svolto nel prosieguo del presente studio.

Appare necessario, per ben comprendere le tematiche inerenti l'assistenza scolastica, tratteggiare brevemente i principi cardine del nostro sistema scolastico ed analizzare i principi costituzionali che

sono a fondamento della scuola nel nostro sistema giuridico. Come è stato giustamente fatto rilevare (1) non è possibile delineare un principio costituzionale cardine relativamente alla materia scolastica, ma l'intero sistema scaturisce dalla combinata lettura degli artt. 30 I comma, 31 II comma, e 33 della Carta Costituzionale. In primo luogo, dopo aver premesso che l'intera dottrina è unanimamente concorde sulla possibilità che possano esistere scuole pubbliche e scuole private è opportuno sottolineare che due tipi di scuole private possono esistere nel nostro ordinamento giuridico; infatti dalla lettura ed analisi dell'art. 33 Cost. risulta chiaro che la scuola privata italiana è divisa, dallo stesso legislatore costituzionale, in due tronconi: parificata e meramente privata. In particolare la scuola privata parificata, proprio per le sue peculiarità e cioè l'aver richiesto allo Stato la parificazione alle scuole pubbliche, rilascia titoli di studio equipollenti ed è quindi sottoposta ad un severo regime di controlli da parte degli organi statali a ciò preposti (2); la scuola meramente privata non avendo richiesto questa parificazione, anche perché in molti casi non rilascia specifici titoli di studio (in tale senso si pensi alla scuola del grado preparatorio) non ha uno stretto controllo da parte dello Stato. La dottrina, si trova schierata su due distinte posizioni, in parte determinate dalle diverse ideologie ed è chiaro che è la lettura del III comma dello art. 33 Costituzione a suscitare i maggiori dissensi, l'affermazione che « enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato » comporta, necessariamente, discussioni e diverse valutazioni proprie di contrastanti e differenziate visioni ideologiche dei compiti primari dello Stato democratico moderno (3).

(1) In tale senso cfr. U. DE SIERVO, *Scuola pubblica e scuola privata*, in *Concordato 1984: premesse e prospettive*, Urbino, 1985, pag. 131.

(2) Per un approfondimento analitico si veda: G. COIRO-F. MAUTINO, *La pubblica istruzione in Italia*, Milano, 1969. In particolare gli autori tracciano un quadro analitico della composita situazione italiana. Per quanto concerne le scuole private esse vengono prese in esame dal grado preparatorio all'Università con tutti i riferimenti normativi previsti dalla legislazione. Altresì si veda per quanto concerne i controlli statali sulle scuole private anche: G. CIMBALO, *La normativa regionale in materia di diritto allo studio: il caso della Toscana*, in *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, 1981, pp. 727-735.

3) Una approfondita disamina sul concetto di « onere » è svolta da M. BERTOLJSSI, *Scuola privata e finanziamento pubblico: un sistema da riconsiderare in*

Necessita un approfondimento del dettato costituzionale che obbligatoriamente non potrà fermarsi alla sola comprensione letterale ma dovrà spingersi alla ricerca dell'effettiva volontà del legislatore stesso. Chi sostiene che allo Stato non compete nessun onere nei confronti delle scuole private basa la sua opinione sulla lettura restrittiva del III comma dell'art. 33 cost. e ritiene che da quanto affermato derivi un dovere negativo a provvedere sia verso il legislatore ordinario che verso gli organi amministrativi (4).

L'ipotesi, sostenuta dalla dottrina contraria, di finanziamenti alle scuole private è anche interpretata dalla dottrina più radicale come un aggirio all'art. 33 cost., non accettabile e tollerabile. Altri, invece, in dottrina hanno affermato la legittimità dei contributi alle scuole private purché inerenti la « gestione » e non riguardanti il finanziamento per l'istituzione in particolare (5) si ritiene che è « del tutto ingiustificata l'interpretazione di tale norma nel senso d'intenderla come se essa escluda che vi possano essere contributi statali a scuole gestite da enti o privati. Infatti tali scuole, oltre ad esercitare evidentemente un compito, che altrimenti costituirebbe un onere per lo Stato, e potendo avere, pertanto l'utile funzione di sgravio per esso, offrono all'autorità statali la possibilità di constatare come esse svolgono l'insegnamento e quindi di controllare se esse meritino o meno il contributo statale ».

Altresì sembra opportuno aggiungere, a completamento di questa ipotesi dottrinale (6), che la loro esistenza comunque debba essere salvaguardata per garantire il sistema pluralista previsto dalla Carta

Società e Borsa, 1986, pp. 533-539. Inoltre l'autore traccia un interessante comparazione a livello europeo circa la soluzione adottata nei vari ordinamenti giuridici per la coesistenza tra scuola privata e pubblica.

(4) Tra la dottrina in tale senso cfr. A. MURGIA *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1976.

(5) Tra la molteplice dottrina in tale senso vedi O. FUMAGALLI-CARULLI, *Società civile e società religiosa di fronte al concordato*, Milano, 1980, pag. 272.

(6) Per un organico approfondimento sulla materia vedi: S. DE SIMONE, *Il sistema del diritto scolastico italiano - principi costituzionale*, vol. I, Milano, 1973, pp. 279-392. L'autore favorevole ad un vero pluralismo scolastico che vede in concorrenza scuola pubblica e scuola privata, in particolare evidenzia che il diritto di istituire scuole da parte di soggetti diversi dallo Stato ha radici profonde nel nostro sistema giuridico e la nostra Costituzione ha solo ribadito detto diritto. L'autore individua « la novità dell'istituto... nel fatto che esso si pone oggi in clima di regime di libertà si

Costituzionale. Entrambe le teorie precedentemente esposte prendono spunto da una diversa lettura del III comma dell'art. 33 cost.; comma che tecnicamente non è ben riuscito al legislatore costituzionale sia in considerazione delle difficoltà di elaborazione in sede di Costituente che dalle vistose ed inconciliabili interpretazioni date dalla dottrina.

Le regole generali relative all'interpretazione (7) non sono sufficienti a sciogliere il nodo e appare quindi opportuno riferirsi anche ai lavori preparatori della Costituente. Dall'analisi dei lavori preparatori emerge che detta formulazione rappresenta la sintesi di un faticoso compromesso tra i vari gruppi politici ed è chiara la intenzione di evitare il diritto alle scuole private di pretendere finanziamenti obbligatori da parte dello Stato. È quindi possibile rilevare che la frase « senza oneri per lo Stato » proposta dall'onorevole Corbino debba essere interpretata e spiegata in senso non restrittivo, infatti l'onorevole affermò (8) « noi non diciamo che lo Stato non potrà mai intervenire a favore degli istituti privati; diciamo solo che nessun istituto privato potrà sorgere con il diritto di chiedere aiuti da parte dello Stato » ed a rafforzare questa tesi l'On. Codignola affermò « con questa aggiunta non è vero che si venga ad impedire qualsiasi aiuto dello Stato alla scuola professionale; si stabilisce solo che non esiste un diritto costituzionale a chiedere tale aiuto ».

Da quanto ora esposto non possono più esistere incertezze: da un lato non c'è un diritto costituzionalmente garantito a ricevere aiuti da parte di enti o scuole private ma questo non vieta allo Stato di intervenire finanziariamente a favore di queste istituzioni educa-

da condurre ad un sistema autentico... di pluralismo scolastico ». Altresì si evidenziano due fondamentali problemi che, di fatto, limitano questo pluralismo scolastico: il primo risiede nella impossibilità di chiedere contributi per la istituzione di scuole private per cui non c'è parità e la seconda nel fatto che per raggiungere una certa rilevanza giuridica/sociale, i gestori delle scuole private, anche in presenza di ottimi supporti finanziari, necessariamente debbono chiedere allo Stato la parità e questo, di fatto, li condiziona negativamente.

(7) Tra gli altri vedi: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1977; L. MOSSINI, *Il significato proprio delle parole e le intenzioni del legislatore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1972, I, pag. 330 e ss.

(8) Vedi: F. FALZONE-F. PALERMO-F. COSENTINO, *La costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976.

tive (9) quanto meno nella « gestione » delle medesime. Appare, alla luce di quanto sopra brevemente tratteggiato, pretestuoso non condividere la legittimità di contributi a favore dell'istituzione scolastiche non pubbliche e, stante la particolare situazione italiana, in cui la maggior parte di queste scuole hanno carattere confessionale, appare questa posizione come preconstituita e pseudo laica ma riconducibile più facilmente a canoni laicisti ottocenteschi completamente inidonei, oggi, per la efficace soluzione dei problemi giuridici odierni.

Un altro aspetto che merita un breve cenno di approfondimento è quello relativo al rinnovato patto concordatario tra Stato e Chiesa con riferimento alle scuole confessionali; in modo particolare necessita soffermare la propria attenzione sulla formulazione dell'art. 9, I comma, del Concordato. Quest'articolo, ha subito durante le trattative e nelle varie « bozze » di Concordato mutamenti fondamentali (10); rispetto alla disciplina tracciata nel 1929 amplia notevolmente l'intervento della Chiesa in materia d'istruzione; ed anzi è uno dei pochi esempi (11) in cui la materia concordataria non ha subito ridimensionamenti di sorta.

Alla luce della storia questo fatto appare ovvio; infatti lo Stato fascista « etico » per definizione non si poteva permettere di delegare la funzione dell'insegnamento e dell'educazione ma necessariamente doveva creare un « monopolio » al fine di garantirsi, anche per le future generazioni, la continuità (12). Lo Stato democratico pluralista, al contrario, non essendo portatore diretto di ideologie ricerca, grazie anche all'insostituibile funzione dei « ceti intermedi », soluzioni che possano soddisfare tutti, o almeno la

(9) Altresì G. OSPITALI, *Libertà della scuola e nella scuola*, Bologna, 1976, pp. 94-96. L'autore identifica e sottolinea l'interpretazione di vari autori relativamente al III comma dell'art. 33 Cost.; evidenzia interpretazioni nate al di fuori degli schieramenti ideologici già identificati, ma queste diverse interpretazioni risultano essere troppo rigide e non appagano adeguatamente la ricerca iniziata.

(10) U. DE SIERVO, *Op. cit.*, pag. 124, è utile e possibile verificare più in profondità l'intera tematica delle modifiche apportate al testo del nuovo concordato vedendo R. LA VALLE, *Di bozza in bozza*, in *Bozze* 79, Bari, pag. 95 e ss.

(11) U. DE SIERVO, *Op. cit.*, pag. 124.

(12) Comunque il « monopolio » scolastico e culturale in genere lo stato fascista non riuscì a crearlo completamente; una analisi di questa situazione è tratteggiata in parte da C. GHISALBERTI, *Storia Costituzionale d'Italia*, Bari, 1977. A tale testo si rimanda per i dovuti approfondimenti storici.

stragrande maggioranza dei cittadini ed anche in materia scolastica o più in generale di educazione.

La dottrina ritiene che la novità apportata dal nuovo concordato in materia scolastica è che c'è una presa d'atto da parte dello Stato del notevole interesse della Chiesa verso il pluralismo scolastico e che questo interesse deve essere inquadrato nell'ottica (sia confessionale che laica) di una vera « *Libertas Ecclesiae* ». Giustamente osserva De Siervo: « la Chiesa cattolica non ha quindi ottenuto alcuna situazione di privilegio nel settore scolastico... ma viene riconosciuta come soggetto sociale particolarmente qualificato a chiedere una piena ed effettiva attuazione dell'art. 33 della Costituzione ». Questo interesse qualificato della Chiesa cattolica per un pluralismo scolastico è riscontrabile anche dalla combinata lettura dell'art. 9 del Concordato e dal canone 803 par. 1 del nuovo C.I.C. (13).

Quindi (14) « la Chiesa interviene come tutelatrice di una esigenza di pluralismo culturale espressa da soggetti di quel pluralismo sociale che è posto come valore caratterizzante la nostra democrazia repubblicana ».

Prima di passare alla disamina dell'argomento centrale del presente studio sembra molto importante ricordare anche il progetto di legge Casati (15), presentato nel 1984; progetto che cercava di superare la frammentarietà (16) degli interventi e la discrezionalità

(13) L'art. 9, I comma, dispone: « La Repubblica Italiana, in conformità al principio della libertà della scuola e dell'insegnamento e nei termini previsti dalla propria Costituzione, garantisce alla Chiesa cattolica il diritto di istituire liberamente scuole di ogni ordine e grado e istituti di educazione ». Il par. 1 del canone 803 dispone: « Per la scuola cattolica s'intende quella che l'autorità ecclesiastica competente o una persona giuridica ecclesiastica pubblica dirige, oppure quella che l'autorità ecclesiastica riconosce come tale con un documento scritto ».

(14) U. DE SIERVO, *Op. cit.*, pag. 126.

(15) L'on. Casati aveva presentato un simile progetto di legge fin dal 1979 esattamente in data 28.6.79. Questo nuovo progetto è stato presentato alla Camera dei deputati dall'on. Casati ed altri nel 1984 (progetto nr. 1839). Al Senato un analogo progetto di riordino delle scuole private è stato presentato dall'on. Saporito ed altri nello stesso anno (progetto nr. 832).

(16) Gli interventi statali per la gestione sono sempre risultati disarticolati; certamente questa situazione nasce anche dalla grande difformità delle problematiche scaturenti dai diversi ordini di studi (materne, scuole obbligo, superiori, ed Università). Per fare solo un esempio vicino ai nostri interessi dato il tipo di ordine della

spesso implicita in determinate erogazioni finanziarie mediante la disciplina organica della scuola non statale. Il progetto di legge aveva per oggetto: « Ordinamento della scuola non statale ».

Questa iniziativa (17) si era prefissata lo scopo di attuare concretamente gli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 33 e 34 della Costituzione; dall'analisi dello schema di proposta di legge emerge (18) che non tutti i problemi presenti sul tappeto per quanto riguarda il finanziamento per la gestione delle scuole non statali sarebbero stati risolti ma certamente, il sistema normativo creato avrebbe affrontato in termini positivi molti aspetti del problema. Infatti, grazie a questa ipotesi, si sarebbe potuto creare un sistema integrato del servizio scolastico presente nel nostro paese. Servizio integrato che a parere unanime di tutta la dottrina deve essere finalmente previsto nel nostro ordinamento giuridico per dare pratica attuazione ai principi costituzionali summenzionati (19).

scuola, per quanto concerne le scuole materne non statali la legislazione è basata su due norme. La prima è l'art. 31 della legge 1073/62 che afferma: « ... alle scuole materne non statali che accolgono gratuitamente alunni di disagiate condizioni economiche o che somministrano ad essi la refezione scolastica gratuita, il Ministero della Pubblica Istruzione, tenuto conto del numero degli alunni accolti e delle condizioni economiche e sociali della zona può corrispondere assegni, premi, sussidi e contributi... ». La seconda è l'art. 32 della legge 444/68 che afferma: « Lo stanziamento annuo stabilito al II comma dell'art. 31 della legge 24.7.1962 n. 1073 per assegno, premi, sussidi e contributi a favore delle scuole materne non statali che, alle condizioni ivi previste, accolgano alunni di disagiate condizioni economiche è aumentato... ». Non tutta la dottrina è concorde nel ritenere questi contributi statali come contributi di gestione. Sicuramente, almeno in parte, si tratta di assistenza scolastica ma è anche presente una componente riconducibile espressamente al concetto gestionale delle scuole.

(17) M. BERTOLISSI, *Op. cit.*, pag. 535. Lugimirante e precursore di quest'esigenza è anche S. BERLINGÒ, *Promozione culturale e pluralismo scolastico: il diritto allo studio e le scuole confessionali*, Milano, 1983.

(18) M. BERTOLISSI, *Op. cit.*, pag. 535 e ss. dove l'autore compie una disamina approfondita dello schema di legge Casati analizzandola sotto molti profili e riscontrandovi anche alcune concezioni elaborate da: U. POTOSCHING, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giust. Cost.*, 1961, pag. 361 e ss. ed anche nella voce dello stesso autore: *Istruzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pag. 96 e ss.

(19) In questo senso i riferimenti dottrinali sono vastissimi e sembra opportuno non citare alcun autore in particolare ma occorrendo un approfondimento è utile utilizzare S. LARICCIA, *Diritto Ecclesiastico italiano, Bibliografia*, 1973-1980, Milano, 1981.

2) — Il concetto di assistenza scolastica non può essere facilmente identificato proprio per la polivalenza e l'eterogeneità insita nelle parole « assistenza scolastica »; i riferimenti normativi che qui di seguito saranno riportati evidenziano in modo notevole questa difficoltà concettuale. All'apice dei riferimenti normativi (20) troviamo gli artt. 117 e 118 della Costituzione ed una serie di leggi e di d.P.R. anteriori agli anni '70, anni decisivi per la pratica attuazione delle autonomie locali (21). Con la nascita delle regioni a statuto ordinario anche le funzioni inerenti l'assistenza scolastica sono state trasferite; i primi trasferimenti avvengono proprio in questa materia; infatti il d.P.R. nr. 3 del 14.1.72 avente per oggetto: « Trasferimento alle regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative in materia di assistenza scolastica... » afferma agli artt. 1 e 2: « Sono trasferite alle Regioni a statuto ordinario, per il rispettivo territorio, le funzioni amministrative esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato in materia di assistenza scolastica in favore degli alunni delle scuole ed istituti di istruzione di ogni ordine e grado, statali o autorizzati a rilasciare titoli di studio riconosciuti dallo Stato ».

Il trasferimento predetto riguarda tutte le funzioni amministrative tra le quali sono comprese quelle concernenti:

- a) l'assistenza agli alunni bisognosi anche a mezzo di patronati scolastici;
- b) il trasporto gratuito, e relativi oneri assicurativi degli alunni della scuola materna della scuola dell'obbligo e degli istituti professionali;

(20) L'art. 117 Cost. afferma: « La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale o con quello di altre Regioni... istruzione artigiana e professionale e assistenza scolastica... ». L'art. 118 Cost. afferma: « Spettano alle Regioni le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo, salvo quelle d'interesse esclusivamente locale che possono essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali... La Regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali, o avvalendosi dei loro uffici ».

(21) Devono essere ricordati in ordine cronologico le leggi 261 del 4.3.58, 1073 del 27.7.62, 719 del 10.8.64 ed i d.P.R. 1388 del 23.11.55, 1003 del 19.10.59, 264 dell'11.2.61, 636 del 16.5.61 e 1518 del 22.12.67.

c) le facilitazioni anche sotto la forma di buoni libro per l'acquisto di libri di testo da parte degli alunni delle scuole medie e delle scuole secondarie superiori ed artistiche;

d) la concessione di sussidi, incoraggiamenti e borse di tirocinio e di studio, anche sotto la forma di assegnazione di posti gratuiti o semigratuiti in convitti annessi agli istituti tecnici e professionali statali, allo scopo di facilitare gli alunni meritevoli, appartenenti a famiglie di disagiate condizioni economiche, la prosecuzione degli studi nelle scuole secondarie superiori ed artistiche;

e) la concessione di sussidi per l'assistenza dei subnormali;

f) gli interventi assistenziali a favore degli alunni delle scuole materne anche non statali;

g) ogni altra forma di assistenza diretta a facilitare agli alunni meritevoli la prosecuzione degli studi nelle scuole ed istituti di cui al precedente primo comma ». « Sono trasferite alle Regioni a statuto ordinario tutte le attribuzioni degli organi centrali e periferici dello Stato in ordine ai patronati scolastici ed ai consorzi provinciali di patronati scolastici di cui alla legge 4 marzo 1958, nr. 261 ». Di fatto questo d.P.R. lascia ancora in vita la vecchia struttura statale dei patronati scolastici e solo con la legislazione successiva verranno soppressi con l'effettiva attribuzione ai Comuni di tutte le funzioni in materia. Deve essere ricordato che il nucleo centrale dei trasferimenti avvenne in epoca poco successiva a questo decreto. L'iter fu complesso, pieno di ripensamenti e non senza contrasti. Per l'effettiva attuazione dell'ordinamento regionale (tenuto conto degli artt. 117 e 118 cost.) la procedura fu particolarmente complicata (22): « ... l'art. 6 della legge 382 — del 1975 — prevedeva che lo schema di d.P.R. passasse attraverso le seguenti procedure avanti della sua definitiva approvazione: a) comunicazione alle Regioni per le eventuali osservazioni — entro 60 giorni —; b) successivo inoltro alla commissione parlamentare per le questioni regionali presieduta dall'on. Fanti per un primo parere — entro 30 giorni dall'inoltro —; c) nuova approvazione provvisoria dello schema da parte del Consiglio dei Ministri sulla base del parere della Commissione medesima —; d) definitivo parere

(22) C. LINDA, *Appunti sulla procedura legislativa per l'attuazione del decentramento regionale in materia di assistenza scolastica*, in *Rivista di Diritto Scolastico*, nr. 3-4, 1977, Roma, pag. 3 e ss.

— entro 30 giorni — della commissione parlamentare —; e) definitiva approvazione da parte del Consiglio dei Ministri ». Infine, in questo lungo iter, non deve essere tralasciato anche il parere della « commissione Giannini » anche se detto parere è più incidentale che sostanziale. Vero è che le problematiche erano ben più ampie dell'oggetto del presente studio e le conseguenze negative di un affrettato passaggio avrebbero potuto minare definitivamente lo ordinamento regionale nascente (23) (24).

(23) Non è questa la sede per un giudizio di merito sui risultati ottenuti dal decentramento amministrativo così come è stato impostato negli anni '70 nel nostro ordinamento giuridico; pertanto si rimanda alla più recente dottrina Costituzionale e amministrativa in merito.

(24) È opportuno, per capire cosa possa intendersi per assistenza scolastica, escludendo a priori il problema universitario, vedere l'iter seguito per la delega. Nello schema preliminare di d.P.R. in attuazione della delega di cui all'art. 1 legge 382/75 all'art. 28 si afferma: « Le funzioni amministrative relative alla materia « assistenza scolastica » concernono tutte le strutture, i servizi e le attività destinate a facilitare, mediante prestazioni, erogazioni e provvidenze in denaro od in natura a favore degli alunni di istituzioni scolastiche pubbliche o private, che siano bisognosi per qualsiasi causa, l'assolvimento dell'obbligo scolastico, nonché per gli studenti bisognosi e meritevoli la prosecuzione degli studi; il trasporto gratuito e le assicurazioni degli alunni nei casi previsti dalla legge ». E all'art. 30 « Le funzioni amministrative indicate nell'art. 28, il cui esercizio è limitato all'ambito delle rispettive circoscrizioni, sono attribuite alle Province e ai Comuni, secondo le attuali competenze in ordine alle spese funzionali che sono a loro carico in relazione ai vari tipi di scuola ». Nel parere della Commissione parlamentare recante lo schema di decreto di cui all'art. 1 legge 382/75 e testo modificato approvato dal Consiglio dei Ministri in data 8 e 9 luglio 1977 l'art. 42 afferma: « Le funzioni amministrative relative alla materia « assistenza scolastica » concernono tutte le strutture, i servizi e le attività destinate a facilitare mediante erogazioni e provvidenze in denaro o mediante servizi individuali o collettivi, a favore degli alunni di istituzioni scolastiche pubbliche o private, anche se adulti, l'assolvimento dell'obbligo scolastico, nonché per gli studenti capaci e meritevoli ancorché privi di mezzi, la prosecuzione degli studi. Le funzioni suddette concernono tra l'altro: gli interventi di assistenza medico-psicopedagogica; la assistenza ai minorati psicofisici; l'erogazione gratuita dei libri di testo agli alunni delle scuole elementari. (All'ultimo comma eliminare « gli interventi di assistenza medico-psico-pedagogica »). E l'art. 45. « Sono attribuite ai Comuni le funzioni amministrative indicate nell'art. 42 che le svolgono secondo le modalità previste dalla legge regionale anche al fine di integrare i servizi con quelli svolti dall'Amministrazione Provinciale per l'assistenza psico-pedagogica fino a quando tali servizi non siano diversamente regolati dalla nuova legge sulle autonomie. Le funzioni, i servizi, e i beni dei patronati scolastici sono attribuiti ai Comuni. Le funzioni, i servizi dei consorzi di patronati

Come è stato fatto osservare (25), il trasferimento delle funzioni amministrative non è avvenuto tra Stato e Regioni a statuto ordinario (salvo l'eccezione dell'assistenza universitaria), ma tra Stato e Comuni; sicuramente il legislatore riteneva che quest'importante settore poteva essere meglio tutelato da realtà territoriali più ridotte e più vicine agli utenti; fermo, comunque, restando la piena potestà legislativa in materia da parte della Regione. Secondo l'opinione di parte della dottrina così facendo il legislatore ha ulte-

scolastici sono attribuiti ai Comuni; la legge regionale provvede alla liquidazione dei beni ed al trasferimento del personale ripartendolo tra i Comuni interessati. La Regione promuove le opportune forme di collaborazione tra i comuni interessati. (Al primo comma eliminare da « anche al fine » fino alla fine del comma. Al secondo comma, aggiungere dopo « patronati scolastici: in quanto si riferiscono ad attività concernenti l'assistenza scolastica ». Al terzo comma, aggiungere dopo « patronati scolastici » « in quanto si riferiscono ad attività concernenti l'assistenza scolastica »). Ed il testo definitivo del d.P.R. 616 del 24.7.77 agli articoli 42 e 45 afferma: « Le funzioni amministrative relative alla materia « assistenza scolastica » concernono tutte le strutture, i servizi e le attività destinate a facilitare mediante erogazioni e provvidenze in denaro o mediante servizi individuali o collettivi a favore degli alunni di istituzioni scolastiche pubbliche o private, anche se adulti, l'assolvimento dell'obbligo scolastico nonché, per gli studenti capaci e meritevoli ancorché privi di mezzi, la prosecuzione degli studi. Le funzioni suddette concernono tra l'altro: gli interventi di assistenza medico-psichica; l'assistenza ai minorati psico-fisici; l'erogazione gratuita dei libri di testo agli alunni delle scuole elementari ». « Le funzioni amministrative indicate dall'art. 42 sono attribuite ai Comuni che le svolgono secondo le modalità previste dalla legge regionale. I patronati scolastici sono soppressi e le funzioni di assistenza scolastica, i servizi ed i beni sono attribuiti ai Comuni. Entro il 30 giugno 1978 le Regioni con proprie leggi stabiliscono le modalità e i criteri per i passaggi dei beni e del personale. I consorzi di patronati scolastici sono soppressi e le funzioni di assistenza scolastica, i servizi ed i beni sono attribuiti ai Comuni. Nel termine di cui al comma precedente, la legge regionale provvede alla liquidazione dei relativi beni ed al trasferimento del personale ripartendolo tra i Comuni interessati. La Regione promuove le opportune forme di collaborazione tra i Comuni interessati ». Quindi si evince in modo espresso la soppressione dei patronati scolastici ed il passaggio delle funzioni, servizi e beni ai Comuni. È stato fatto giustamente notare che solo i beni afferenti l'assistenza scolastica sono stati trasferiti e non quelli destinati ad altre attività.

C. LINDA, *Op. cit.*, pagg. 4 e ss.; altresì l'autore mette in evidenza anche il fatto che l'art. 45 del D.P.R. 616/77 abroga implicitamente anche anche « le norme dei decreti delegati sugli organi collegiali in cui era prevista la partecipazione degli organi medesimi alle funzioni di assistenza scolastica ». Cfr. d.P.R. nr. 416 del 31.5.74 art. 6.

(25) E. CAPACCIOLI-F. SATTA, *Commento al decreto 616*, Milano, 1980, pag. 703.

riormente rafforzato la tendenza di evitare un nuovo centralismo burocratico su base regionale.

Dalla visualizzazione dell'iter del decreto emerge che il lavoro è risultato lungo, non facile e terreno di scontro ideologico tra le forze politiche. Altresì nell'iter stesso è possibile riscontrare una evoluzione del concetto stesso di « assistenza scolastica » da livelli « paternalistici » a livelli che contemperano anche le ultime e più progressive idee in campo socio-pedagogico (26) « scendendo poi nell'esame dei particolari, vi è da osservare ancora: a) l'indirizzarsi dell'assistenza scolastica, nel d.P.R. 616, verso ogni tipo d'istituzione scolastica sia pubblica, sia legalmente riconosciuta, sia privata (mentre quest'ultima era esclusa dall'ambito del d.P.R. nr. 3... tranne che per le scuole materne)... ».

È interessante analizzare se la Regione, non avendo funzioni amministrative specifiche mantiene, comunque, poteri amministrativi d'indirizzo, coordinamento e controllo. La dottrina, per quanto attiene i controlli, non ha dubbi infatti questo potere è espressamente sancito dall'art. 130 cost. e dalle leggi in seguito emanate. Anche per quanto attiene il coordinamento e l'indirizzo delle funzioni amministrative appare logico attribuirle alla Regione avendo sempre come riferimento la normativa attuale ed in particolare il IV comma dell'art. 45 del d.P.R. 616 e l'art. 121 della Costituzione. Forti dubbi, invece, nutre la dottrina per eventuali ulteriori competenze da parte della regione; quindi non sarà possibile l'emanazione di atti a contenuto individuale o particolare fuori dalle previsioni sopra menzionate.

L'assistenza scolastica può essere definita come (27) « la messa in atto di tutte quelle provvidenze a favore dei discenti e/o delle loro famiglie, necessarie a rendere possibile la fruizione del servizio stesso » (servizio scolastico). È stato fatto acutamente notare che il legislatore del d.P.R. 616 ha virgolettato il termine assistenza scolastica (28) « ciò è spiegabile se si tiene conto del fatto che il legislatore, cogliendo nella situazione odierna l'inadeguatezza di questa nozione a definire e comprendere quell'insieme di servizi e di attività che vanno sotto il nome, concettualmente diverso, di

(26) E. CAPACCIOLI-T. SATTA, *Op. cit.* pag. 731

(27) S. BERLINGÒ, *Op. cit.*, pag. 39-40.

(28) G. CIMBALO, *Op. cit.*, pag. 747.

diritto allo studio, si faceva interprete di possibili dubbi e perplessità dei destinatari della norma, che avrebbero visto ristretti gli ambiti di intervento della regione da una interpretazione letterale e restrittiva della materia oggetto di delega ». Quindi diritto allo studio, nozione sicuramente più ampia e complessa rispetto alle concise definizioni costituzionali; nozione che la dottrina ha elaborato tenendo nel dovuto conto il divenire della società civile italiana. Il diritto allo studio non può essere richiamato solo in base all'art. 34 della Costituzione ma scaturisce dalla combinata lettura degli artt. 3 secondo comma, 34 e 117 della Costituzione. È indubbiamente, la nuova prospettiva del concetto di assistenza scolastica ed in questa ottica deve essere letta la definizione sopra esposta. Assistenza scolastica, dunque, intesa come insieme di mezzi, certamente esterni al momento educativo inteso in senso stretto (29), che possono rendere effettivo il dettato costituzionale ponendo sullo stesso piano tutti i cittadini evitando l'ulteriore discriminazione tra quanti frequentano la scuola pubblica e quanti, invece, frequentano la scuola privata. Ormai, e questo è un dato oggettivo da valutare con molta attenzione, l'assistenza scolastica tende ad essere estesa « erga omnes » e non rimanere confinata solo ed esclusivamente nei limiti ristretti dell'art. 34 cost. (30) ed i problemi connessi con questa estensione dei servizi sia in qualità che in quantità sono notevoli. Uno in particolare si presenta pressante ed è quello inerente gli oneri finanziari da sostenere. Già nel 1983 Berlingò nell'esaminare la normativa del diritto allo studio con riferimento alle scuole private e confessionali affermava (31): « La emergenza economica, che preme nel senso di drastici tagli alla spesa pubblica, mette a nudo la propensione delle forze di maggioranza a fortemente ridurre la portata e gli spazi per l'intervento promozionale dello Stato, proprio mentre l'emergenza sociale acuisce la sensibilità dei più avvertiti per quei nuovi interessi (in materia di

(29) Indubbiamente anche alcuni momenti dell'assistenza scolastica risultano essere formativi e pedagogicamente fondamentali come ad es. si pensi alla vita comunitaria nel servizio mensa e nel rapporto, valido particolarmente per le età giovanili, tra discente ed insegnante che si instaura in quel particolare momento della giornata scolastica.

(30) A favore di questa tesi si veda proprio la costruzione dell'art. 42 del d.P.R. 616/77.

(31) S. BERLINGÒ, *Op. cit.*, pag. 21-22.

sicurezza, sanità, coscienza critica del soggetto sociale, etc.) così innati e radicati da ritenere tendenzialmente sottratti al controllo del principio maggioritario, anche perché già formalmente assicurati dalla tutela costituzionale, sebbene scarsamente asseverati nella pratica ».

3. — Quanto Berlingò paventava è ancor più peggiorato in questi ultimi anni; sembra, quindi, opportuno, un breve approfondimento del problema. Analizzando la situazione si deve affermare che è in crisi il modello di Stato sociale fino ad oggi proposto; modello di Stato che ha trovato, forse la sua più alta espressione giuridica proprio nella legislazione del decentramento amministrativo, nell'attuazione pratica delle autonomie regionali e la sua più alta espressione politica nel c.d. « governo di solidarietà nazionale ». Proprio in funzione finanziaria dalla seconda metà degli anni '70 e fino ai primi anni '80 sono state fatte delle scelte, non è ovviamente questa la sede idonea per esprimere un giudizio politico, che hanno creato un « volano » di spesa (ci si riferisce in particolare alle spese inerenti le autonomie, sanità, previdenza etc.) non facilmente controllabile, meglio dire arginabile, da parte dello Stato. Sembra, altresì che la tendenza alla dilatazione della spesa e quindi al mancato controllo possa trovare anche origine in una sorta di rallentamento della solidarietà tra i consociati che tendono, invece, a curare i propri interessi particolari tralasciando lo interesse generale. Giustamente Berlingò riprendendo il pensiero di Gozzi (32) riteneva che la crescente integrazione tra Stato e società civile poteva essere esaminata tramite lo strumento « privilegiato » della spesa pubblica. Intuizione questa, felice e carica di significati anche politici. Sicuramente è stata travisata la portata ed il significato della combinata lettura degli artt. 3 secondo comma, 34 e 117 della Costituzione, anche se parte della dottrina continua a ritenere valide queste scelte; certo l'assistenza scolastica deve essere inquadrata in questa ottica ma da parte di alcuni si è perso il significato più intimo di questa combinata lettura. L'assistenza scolastica « erga omnes », anche se solo in parte attuata, non è compatibile con le risorse finanziarie a disposizione della collettività e

(32) S. BERLINGÒ, *Op. cit.*, pag. 23; G. GOZZI, *Per una analisi critica dello Stato contemporaneo*, in *Il Mulino*, 1980, pag. 432.

lo sarà sempre meno nel futuro stante l'assoluta necessità di « tagliare » la spesa; allora bisogna richiamare i principi costituzionali per avere un uso corretto delle risorse medesime. La constatazione della realtà oggettiva ed i costanti richiami ad un corretto uso del dettato costituzionale non sono strumentali alla creazione di nuove barriere o peggio « nuovi ghetti ».

Come vedremo nel prosieguo del presente studio, spesso, molto spesso, le autonomie locali hanno discriminato tra quanti frequentano una scuola pubblica e quanti frequentano una scuola privata. Ai primi servizi assistenziali, resi almeno in forma collettiva se non individuale (33), offerti « erga omnes » ai secondi nulla o poco più di nulla (34). Si potrebbe obiettare che determinati servizi inerenti l'assistenza scolastica hanno anche valenze pedagogiche ineludibili (35), ma questo fatto nulla toglie alla rinnovata filosofia che deve sovrintendere il concetto di assistenza scolastica o meglio ancora il più ampio ed articolato concetto di « diritto allo studio ».

Deve essere sottolineato che proprio quanto è stato fatto fino ad oggi, nella concretezza del quotidiano, discrimina gli alunni creando situazioni di disuguaglianza non condivisibili. Una analisi completa del fenomeno è difficile e comporta approfondimenti legati ad ogni singola realtà. La delega al legislatore regionale e la subdelega ai comuni quali soggetti primari per l'intervento in materia di assistenza scolastica ha come conseguenza l'emanazione di normative differenti tra loro, anche se tutte, necessariamente (36) rispettano il « quadro » tracciato dal legislatore statale.

(33) Per gli ambiti dei servizi di assistenza scolastica vedi G. CIMBALO, *Op. cit.*, pag. 474 e ss.

(34) Il problema del finanziamento in percentuale da parte dei cittadini di alcuni dei servizi resi come assistenza scolastica è stato introdotto negli anni '80 dalle varie « leggi finanziarie » che si sono succedute. Certo è che se si analizzano determinati comportamenti di qualche realtà locale nascono forti dubbi sul corretto funzionamento delle autonomie. Necessitano sicuramente riforme istituzionali di ampia portata che modifichino in profondità il concetto stesso di autonomia locale oggi, troppo spesso, asservita a meri scopi propagandistici o elettorali.

(35) In tale senso anche S. BERLINGÒ, *Op. cit.*

(36) Non si giustificerebbe quindi una legislazione regionale che non preveda provvidenze specifiche per gli alunni frequentanti le scuole private. Per quanto attiene al problema generale dei limiti imposti alle legislazioni regionali vedi: C. D'ATENA, *Legge regionale (e provinciale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1973, pag. 969 e ss.; L. PALADIN, *Sulle competenze connesse dello stato e*

Purtroppo, spesso i T.A.R. delle varie regioni a statuto ordinario sono dovuti intervenire per correggere discriminazioni attuate dai singoli comuni.

Non tragga in inganno il numero non eccessivo delle sentenze, sia perché la ricerca effettuata ai fini del presente lavoro è stata volutamente parziale per non appesantirlo oltre modo, sia perché è sufficiente verificare l'esistenza di questo indice che dimostra la presenza delle discriminazioni e nella realtà, sicuramente, queste sono in numero molto maggiore.

Infatti, l'esperienza insegna che non tutte le situazioni discriminanti vengano condotte dinnanzi alla giurisdizione. Comunque, la casistica relativa agli interventi giurisdizionali, in prima analisi, pare diffusa in tutte le regioni ed è ipotizzabile che tenderà a crescere nel tempo. Illuminanti sono le motivazioni (37), che qui di seguito sono riportate (nella loro massima sintesi); già nel 1975 (38) il T.A.R. Molise affermava che «nella materia dell'assistenza scolastica, come del resto per le altre materie previste dall'art. 117 Cost. spetta alla regione stabilire la disciplina concreta dei rapporti, degli oggetti, degli istituti e dei soggetti inerenti alla materia medesima, nel rispetto dei principi desumibili dalla legislazione statale, oltre che di quelli eventualmente posti dalle c.d. leggi cornice». Nel 1978 il Consiglio di Stato (39) riferendosi alla legge regionale ligure del 2.9.1974 nr. 31 affermava che: «... nel prevedere interventi a carico della Regione a favore di scuole materne non distingue in relazione al soggetto gestore della scuola avendo lo

delle Regioni, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, pag. 431 ss.; C. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1960; e più in generale vedi i testi istituzionali di Diritto Costituzionale o Diritto Amministrativo con particolare riferimento a A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1974, pag. 30 ss.

(37) Per ulteriori approfondimenti vedi anche le sentenze TAR edite ed in particolare TAR Piemonte, 23.3.83, nr. 159 in T.A.R., 1983, I, pag. 1388; TAR Lombardia, 28.4.78, nr. 156, in *Rivista Giuridica della Scuola*, 1981, pag. 84; TAR Lombardia, 20.1.1983, nr. 31, in T.A.R. 1983, I, pag. 891; TAR Emilia Romagna, 6.4.83, nr. 160, in T.A.R. 1983, I, pag. 1547; TAR Basilicata, 28.10.82, nr. 101 in T.A.R. 1982, I, pag. 3420.

(38) TAR Molise, 1.7.75, n. 547 in T.A.R. 1975, I, pag. 2746.

(39) Ricorso Straordinario al Capo dello Stato scuole materne non statali della Spezia contro Comune della Spezia, parere del Consiglio di Stato nr. 547 dell'1.3.78, in *Cons. Stato* 1978, II, pag. 1753.

scopo di garantire agli utenti del servizio determinate forme di assistenza... »; nel 1982 il T.A.R. Piemonte (40) « È illegittima la deliberazione comunale che nella ripartizione dei fondi destinati all'assistenza scolastica, operi una discriminazione fra alunni delle scuole pubbliche ed alunni delle scuole private, escludendo dal contributo le scuole non statali che svolgano una funzione di supplenza delle carenti istituzioni scolastiche » sentenza questa che comunque ponendo l'accento sulle « funzioni di supplenza svolta dalla scuola privata » non è, almeno per questa parte, pienamente condivisibile anche se questo fatto, nel caso specifico aggrava la discriminazione. Nel 1984 il T.A.R. Toscana (41) « La legge regionale Toscana 18.6.81 n. 53, non contiene alcuna norma che consenta una discriminazione tra studenti a seconda che frequentino una scuola pubblica o privata; pertanto è illegittima la deliberazione comunale che, nell'erogare i servizi scolastici, limita le provvidenze in favore degli alunni delle scuole private all'erogazione gratuita dei libri di testo nelle classi elementari ed aiuti per i ragazzi in disagiate condizioni economiche nella scuola media inferiore, escludendo la fruizione dei servizi di trasporto ». Nel 1985 (42) il T.A.R. Lombardia afferma: « ... È illegittima, per violazione del principio di uguaglianza e dei criteri dettati dall'art. 42 D.P.R. 616/77, la deliberazione comunale che nel ripartire tra le scuole del territorio i fondi per il diritto allo studio esclude gli alunni frequentanti le scuole private ». Nel 1987 sempre il T.A.R. Lombardia (43) afferma « ... i gestori delle scuole private... hanno un interesse qualificato ad impugnare il provvedimento amministrativo che attua la ripartizione dei fondi... per assicurare un trattamento paritario in materia di assistenza scolastica tra alunni iscritti presso scuole private e quelli delle scuole pubbliche... È illegittima la deliberazione comunale, che in sede di ripartizione delle contribuzioni dirette all'assistenza scolastica, esclude dai benefici, per limitatezza dei finanziamenti, la scuola materna e destina le relative somme alla scuola dell'obbligo ed a quella professionale ».

(40) TAR Piemonte, 10.2.82, nr. 92, in *Rivista Giuridica della scuola*, V, 1984, pag. 765.

(41) TAR Toscana, 2.5.84, nr. 232, in *T.A.R.*, I, 1984, pag. 2168.

(42) TAR Lombardia, 13.12.84, nr. 368, in *T.A.R.*, I, 1985, pag. 610.

(43) TAR Lombardia, 18.12.87, nr. 601, in *T.A.R.*, I, 1988, pag. 428.

4. — Una considerazione particolare per le Marche, che possono rappresentare, fermo restando le peculiarità di tutte le altre regioni, la regione « media » italiana (44). D'altronde, la regione citata ha problematiche molto composite, specialmente in alcune tipiche manifestazioni dell'assistenza scolastica; basterà, ad esempio, citare le problematiche del trasporto alunni nel territorio essendo presenti nelle Marche sia la fascia montana, collinare e marina. La Regione ha provveduto ad emanare norme legislative (45) in materia di diritto allo studio che ricomprende anche la tematica dell'assistenza scolastica. La legge regionale nr. 4/75 deve intendersi quale normativa base; la Regione in attuazione dell'art. 5 dello Statuto (46) « dispone... interventi finanziari diretti ad assicurare alle comunità locali i mezzi necessari per rimuovere gli ostacoli di di carattere economico e sociale all'effettivo esercizio del diritto allo studio. Gli interventi finanziari della regione sono rivolti in particolare all'attuazione e al potenziamento dei servizi sociali atti a favorire la piena scolarizzazione gratuita delle scuole materne e dell'obbligo, la necessaria disponibilità di strumenti educativi, la concreta parità di accesso e di prosecuzione nelle diverse vie della istruzione ». In queste finalità viene posto particolare accento alla rimozione degli ostacoli di carattere economico/sociale che limitano, di fatto, l'esercizio del diritto allo studio. Altresì il legislatore regionale favorisce l'accesso ad una scolarizzazione primaria mettendo in rilievo la priorità d'intervento per l'accesso alle scuole della prima infanzia. Non è fatta alcuna discriminazione tra scuola pubblica e scuola privata non essendo la scuola destinataria finale delle provvidenze ma gli alunni. Per raggiungere le finalità la Regione utilizza,

(44) Questo concetto di « regione media » sempre più spesso viene utilizzato per la Regione Marche; in particolare negli studi sociologici, politici, territoriali ed economici.

(45) Le principali leggi regionali in materia sono: L.R. nr. 4 del 23.1.75 avente per oggetto « Provvedimenti di delega in materia di diritto allo studio »; L.R. nr. 8 del 26.4.78 avente per oggetto « Disciplina per la soppressione dei patronati scolastici e dei consorzi dei patronati scolastici »; L.R. nr. 3 del 3.1.79 avente per oggetto « Istituzione di un fondo unico da assegnare agli enti locali per lo svolgimento delle funzioni già esercitate dalla regione e attribuite ai Comuni dal d.P.R. 616/77 nr. 616 »; L.R. nr. 43 del 5.11.88 avente per oggetto « Norme per il riordino delle funzioni di assistenza sociale di competenza dei Comuni, per l'organizzazione del servizio sociale e per la gestione dei relativi interventi nella Regione ».

(46) L.R. 4/75 art. 1.

razionalizzando congruamente gli interventi, enti locali minori (province e Comuni singoli o associati) (47). Non pienamente appagante, ma nella logica già evidenziata all'inizio del paragrafo precedente appare la formulazione dell'art. 3 (48); articolo in cui si evidenziano gli interventi degli enti delegati. In particolare sembra una dicotomia affermare che « ... gli interventi consistono in servizi resi alla generalità degli interessati », quando nell'art. 1 si evidenziava la necessità di superare gli ostacoli che limitano di fatto l'esercizio del diritto allo studio.

Infatti pare logico affermare che quest'ultima costruzione legislativa debba condurre come ovvia conseguenza all'erogazione di servizi mirati e non generalizzati. La legge esorta anche alla gestione collegiale per il raggiungimento degli scopi prefissati (49), ge-

(47) L'art. 2 della L.R. 4/75 afferma: « Per il raggiungimento delle finalità indicate nel precedente art. 1, in attuazione anche dell'art. 118 della Costituzione e dell'art. 59 dello Statuto regionale, l'esercizio delle funzioni amministrative regionali di cui al d.P.R. 14.1.72 nr. 3, in materia di assistenza scolastica è delegato: a) alle amministrazioni provinciali, che le esercitano normalmente attraverso consorzi con i Comuni, per il trasporto degli alunni delle scuole e degli istituti di istruzione secondaria superiore ed artistica, statali o autorizzati a rilasciare titoli di studio riconosciuti dallo Stato compresi gli istituti professionali di Stato, i conservatori musicali e i centri di istruzione professionale gestiti o autorizzati dalla Regione; b) ai Comuni singoli o associati per il trasporto degli alunni della scuola materna statale e non statale e della scuola dell'obbligo statale o autorizzata a rilasciare titoli di studio riconosciuti dallo Stato; e per ogni altro intervento, previsto dalla presente legge a favore degli allievi delle scuole suindicate; c) ai Comuni singoli o associati per ogni altro intervento, previsto dalla presente legge a favore delle scuole di cui al punto a) del presente articolo... ».

(48) L'art. 3 della L.R. nr. 4/75 afferma: « Nell'esercizio delle funzioni delegate gli enti destinatari devono attenersi alle finalità indicate nel precedente art. 1. I relativi interventi consistono in servizi offerti alla generalità degli interessati.

Gli interventi dovranno tendere in particolare alla organizzazione di servizi mensa e di trasporto gratuiti, alla fornitura di libri agli allievi anche in uso individuale e collettivo nonché al mantenimento e all'organizzazione di collegi scuola, convitti e case dello studente... ». Si richiama qui quanto affermato sul modello di Stato sociale propugnato negli anni '70 dal nostro ordinamento giuridico.

(49) L'art. 6 della L.R. cit. afferma: « Le funzioni delegate debbono essere esercitate in modo da garantire la gestione sociale della scuola. A tal fine gli enti locali destinatari sono tenuti ad assicurare la più ampia partecipazione alle scelte e all'attuazione dei programmi degli organi collegiali della scuola, con particolare riferimento al consiglio scolastico distrettuale e agli organismi locali nei quali siano rappresentate le organizzazioni sindacali, le componenti della scuola e delle famiglie... ».

stione collegiale che ha, comunque, trovato scarsa applicazione nella realtà (50) e stabilisce criteri oggettivi per la ripartizione dei fondi (51). Già pochi anni dopo la Regione Marche ha sentito il bisogno di emanare direttive di coordinamento e di indirizzo (52) rivolte agli enti locali per una corretta gestione della legge medesima. Il Presidente della Giunta Regionale richiamava l'attenzione sulla grave situazione economico-congiunturale del paese; situazione che aveva riflessi negativi nei compiti che Regione ed autonomie locali dovevano assolvere in materia di diritto allo studio. Nella direttiva si affermava a tale proposito (53): « ... Ciò pone ulteriori limiti all'obiettivo della generalizzazione e alla gratuità dei servizi di assistenza scolastica; in particolare, non sarà possibile, almeno nel breve periodo, configurare un incremento dei contributi regionali destinati a concorrere alle spese degli enti locali in materia di diritto allo studio. In considerazione della loro grave crisi finanziaria, gli enti delegati non potranno che impostare una politica del diritto allo studio tesa:

a) a realizzare il massimo di produttività della spesa attraverso il più ampio coordinamento e la razionalizzazione delle varie iniziative, a livello di scuola, di Comuni, di comprensori e di comunità montana;

b) e a chiamare necessariamente le famiglie interessate, proprio per il mantenimento e il miglioramento dei servizi, ad una partecipazione finanziaria nei modi e nelle forme ritenute opportune... ».

(50) Si veda anche l'imponente dottrina in materia di gestione collegiale della scuola scaturita dal «Decreto delegati» del 1974.

(51) L'art. 9 della L.R. cit. afferma: « ... I fondi necessari per l'esercizio delle funzioni delegate con la presente legge sono ripartiti fra gli enti destinatari in base ai seguenti criteri: a) 60% in rapporto alla popolazione complessiva residente; b) 15% in rapporto alla popolazione addetta all'agricoltura per i comuni in relazione alla popolazione residente; c) 15% in rapporto alla popolazione montana effettivamente residente nel territorio di ciascun comune classificato montano ai sensi delle leggi 25.7.52 nr. 991 e 30.7.57 nr. 657; d) 10% in rapporto alla superficie del territorio ».

(52) Regione Marche, Direttive generali agli enti delegati per l'applicazione della legge regionale 23.1.75 nr. 4 anno 77/78.

(53) Regione Marche, *Direttive...*, pag. 1.

Altresì veniva richiamata anche l'attenzione su una corretta gestione delle risorse (54): « ... La passata gestione ha poi fatto registrare il fenomeno dell'impiego dei fondi da parte degli enti delegati senza il rigoroso rispetto delle competenze rispettive o esorbitando in vario modo per eccesso o per difetto, nell'impiego delle somme destinate ai vari servizi... ».

Ma in modo specifico il Presidente della Giunta Regionale poneva particolarmente l'accento sulle discriminazioni attuate nei confronti delle scuole legalmente riconosciute e delle scuole materne non statali: infatti affermava (55): « ... nel permanere di erronee interpretazioni e di conflittualità, si ribadiscono i principi contenuti nella legge... Si riafferma l'esigenza di garantire servizi e pari trattamento alla generalità degli interessati e, di fronte alla insufficienza dei fondi regionali, si consiglia un'assegnazione equilibrata dei contributi che sorregga adeguatamente le strutture pubbliche esistenti, ma riconosca anche ad iniziative non pubbliche ed in particolare alla scuola materna privata un ruolo di interesse pubblico commisurato all'effettiva funzione sociale svolta, intervenendo a sostenere l'esercizio. A tale proposito si ritiene opportuno ribadire i criteri che debbono presiedere all'erogazione dei contributi alle scuole materne:

a) nei comuni ove esiste un solo tipo di scuola materna, sia essa pubblica o privata, evidentemente i contributi assegnati per l'anno scolastico dovranno essere spesi interamente per il funzionamento della scuola esistente;

b) nei comuni dove esistono più scuole materne di diversa gestione (pubblica o privata) gli interventi saranno commisurati al tipo di servizio assolto, alla sua funzione sociale nell'ambito comunale, al numero delle frequenze, alla rilevanza della spesa che dovrà gravare sulle famiglie per il servizio reso e all'adeguatezza dello orario di servizio rispetto alle esigenze delle famiglie;

c) gli interventi nei confronti delle scuole materne non statali debbono assicurare finalità e orientamenti dell'attività educativa corrispondenti allo spirito ed ai principi delle vigenti leggi (lex 444/68 e d.P.R. 647/69). In ogni caso anche nelle scuole

(54) Regione Marche, *Direttive...*, pag. 2.

(55) Regione Marche, *Direttive...*, pag. 3.

materne non statali dovranno essere in funzione organismi di gestione sociale di cui all'art. 6 della legge regionale nr. 4;

d) le scuole materne private che abbiano beneficiato del finanziamento regionale dovranno presentare ai Comuni, alla fine dell'anno, una relazione sull'attività assistenziale svolta e il rendiconto delle spese sostenute. Gli enti locali delegati, ricorrendo le condizioni di cui alle precedenti lettere *a*, *b*, *c*, possono stipulare apposite convenzioni con le scuole materne private al fine di concordare modalità e termini dell'intervento finanziario pubblico... ».

Si deve sottolineare che i criteri di ripartizione dei fondi è stato profondamente modificato dalla L.R. nr. 3/79 (56) che ha creato, in attuazione del disposto dell'art. 7 del D.L. 29.12.77 nr. 946 convertito in legge con modificazioni, nella legge 2.2.1978 nr. 43, un fondo unico regionale da assegnare agli enti locali per lo svolgimento delle funzioni già esercitate dalla Regione ed attribuite ai comuni dal d.P.R. 616/77. Degno di particolare nota è il criterio che sovrintende alla legge; infatti, all'art. 2 si afferma che « ... Le somme... sono utilizzate dai Comuni senza vincolo di destinazione nell'ambito delle materie... attribuite ai Comuni dal d.D.P. 616/77 ».

Questo è stato, per molti anni, il quadro di riferimento normativo della Regione Marche; un quadro che a livello di principi garantisce la piena equiparazione tra gli alunni delle scuole pubbliche e private ma ad una lettura più approfondita, appare molto negativa la scelta, comunque imposta, di non vincolare almeno una parte di fondi per l'esercizio delle funzioni di cui al d.P.R. 616/77 al problema specifico del diritto allo studio.

Questo quadro di riferimento, si è riaffermato in precedenza, non garantisce gli alunni delle scuole non statali, la riprova è che anche nella Regione Marche il T.A.R. è dovuto intervenire in materia. Il caso in questione (57) oltre a proporre la casistica tipica in materia delle sentenze amministrative già viste in precedenza, è

(56) L'art. 3 della L.R. 3/79 afferma: « Il fondo da assegnare ai Comuni ai sensi del precedente art. 1 è ripartito secondo i seguenti criteri: a) 75% in base alla popolazione residente in ciascun Comune all'inizio dell'anno precedente quello cui il fondo si riferisce, desunta dal bollettino mensile di statistica dell'ISTAT; b) 25% in base alla superficie di ciascun Comune... ».

(57) TAR Marche, sentenza nr. 396/87 dell'1.10.87.

interessante anche, dal punto di vista del diritto sostanziale e processuale amministrativo: infatti, il ricorso del presidente pro-tempore di una scuola materna privata è stato rivolto all'annullamento del diniego (silenzio-rifiuto) (58) di concessione di servizi assistenziali previsti dalle leggi regionali dal e dal d.P.R. 616/77 agli alunni frequentanti una scuola privata. Nella motivazione della decisione il T.A.R. Marche afferma che le richieste d'intervento da parte dell'ente pubblico a favore degli alunni frequentanti la scuola privata in materia assistenziale è pienamente legittima perché (59): « ... La legislazione regionale... non pone alcuna distinzione tra scuole pubbliche e private, così nel rispetto della legislazione statale... secondo cui è previsto che tali interventi debbano essere indirizzati indifferentemente sia agli alunni delle scuole pubbliche che a quelli delle scuole private... e che, non avendo la legge — statale e regionale — disposto disparità di trattamento, non spetta ai Comuni crearne, specie quando si tratta di disparità non motivate ed effettuate per pura discriminazione fine a se stessa... Ed invero, tutti gli alunni della scuola materna e dell'obbligo, statale e non statale..., hanno diritto ad usufruire degli interventi sociali ed assistenziali predisposti dagli enti a ciò deputati, ed il comportamento

(58) Per quanto riguarda il tema del silenzio della P.A., oltre ai classici manuali istituzionali quali A.M. SANDULLI, *Op. cit.*, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981; vedi anche G. ROGHRSSEN, *Notazioni sulla impugnabilità del silenzio della P.A.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1974; e E. FURNO, *Considerazioni in tema di silenzio della P.A.*, in *T.A.R.*, 1982, pag. 697 e ss.

Per quanto riguarda il silenzio rifiuto, in particolare gli altri, vedi F. LUBRANO, *I presupposti processuali del Silenzio-Rifiuto*, in *T.A.R.*, 1982, pag. 98 e ss. In questo studio l'A. afferma: «La nozione di silenzio-rifiuto è stata nell'ambito della scienza del diritto amministrativo elaborata fondamentalmente sulla base della disciplina dettata dalla legge con riferimento all'istituto del silenzio-rigetto nel ricorso gerarchico (art. 5 T.U. 3.3.34 nr. 383) e con riguardo alle altre fattispecie legislative previste in modo puntuale relativamente ad ipotesi particolari nelle quali lo stesso legislatore era intervenuto a qualificare in modo esplicito (accoglimento o rigetto di una istanza) il comportamento inerte serbato dalla pubblica amministrazione in presenza di determinate circostanze. Sulla base di questa pluridecennale elaborazione dottrinale e delle molteplici decisioni giurisprudenziali su tale argomento si è ormai formata una nozione generale del silenzio-rifiuto i cui presupposti processuali vengono comunemente individuati nell'inerzia della pubblica amministrazione in fattispecie nelle quali abbia l'obbligo giuridico di provvedere...».

(59) TAR Marche, *sent. cit.*

omissivo del Comune che ostacoli in concreto tale fruizione — o che ne consenta un modo non paritario di fruizione — va ritenuto illegittimo, dovendo l'ente locale provvedere ad erogare i previsti servizi — od i sostitutivi sussidi — anche in favore delle istituzioni private e comunque con assoluta parità di trattamento rispetto a quelle pubbliche. Il ricorso va, pertanto, accolto e conseguentemente va, non solo, dichiarata l'illegittimità del comportamento omissivo e silenzioso dell'amministrazione comunale..., ma va, altresì dichiarato l'obbligo di quest'ultima di assicurare all'asilo... ed ai suoi alunni gli stessi servizi sociali ed assistenziali apprestati nei confronti degli alunni degli asili pubblici oppure di corrispondere alla detta istituzione scolastica privata un sussidio sostitutivo, nella misura paritaria rispetto alle altre istituzioni... ». In data 30.10.86 è stata proposta dalla Giunta Regionale una nuova legge che avrebbe dovuto dettare norme di riordino generale delle funzioni di assistenza sociale (60) che, ancora una volta, ridefiniva anche i compiti delle autonomie locali in materia di assistenza scolastica, nella più larga ottica di una completa sistemazione delle problematiche riconducibili al d.D.R. 616/77.

L'art. 42 (61) di detta proposta, privilegia, almeno nella maggior parte degli interventi, sia l'erogazione di servizi o contributi sostitutivi alla fascia scolastica compresa tra la materna e la scuola dell'obbligo sia i capaci e meritevoli ancorché privi di mezzi nella prosecuzione degli studi. Questa formulazione, come è stato ampiamente dimostrato, non riesce nella pratica realtà a tutelare gli alunni frequentanti la scuola privata; comunque la proposta di legge è stata oggetto di ampia discussione sia tra le forze politiche presenti in Consiglio Regionale sia tra la Regione stessa e le autonomie locali. Grazie a questo ampio ed articolato dibattito che, pur-

(60) Proposta di legge nr. 11 ad iniziativa della Giunta Regionale Marche presentata in data 30.11.86 avente per oggetto: Norme per il riordino delle funzioni di assistenza sociale di competenza dei Comuni, per l'organizzazione del servizio sociale e per la gestione dei relativi interventi nella regione.

(61) L'art. 42 della proposta di legge regionale 111/86 è così formulato: « I Comuni singoli o associati, per l'attuazione del diritto allo studio nella scuola materna e nell'obbligo e per garantire agli studenti capaci e meritevoli, ancorché privi di mezzi, la prosecuzione degli studi, realizzano interventi volti a facilitare l'accesso e la frequenza del sistema scolastico ed a favorire la qualificazione dello stesso ».

troppo come si vedrà, ha escluso le tematiche del presente studio, nel 1988 si è avuta una nuova proposta ad iniziativa della Giunta Regionale (62) che è sfociata poi nella Legge Regionale nr. 43 del 5.1.88 (63). Con questa recentissima legge le Marche hanno riordinato tutte « le funzioni già di competenza degli enti locali in forza di disposizioni di leggi precedenti al d.P.R. 616/77, le funzioni attribuite agli enti locali dal d.P.R. 616/77 ... » così testualmente recita l'art. 2 della legge.

Sono state ulteriormente confermate le disposizioni in materia di assistenza scolastica: l'art. 44 (64) ripete fedelmente quanto stabilito nell'art. 42 della proposta 111/86. Questo riordino, almeno per le tematiche qui approfondite, non soddisfa affatto. Nella certezza incontrovertibile che nell'erogazione dei servizi di assistenza scolastica non sia possibile discriminare tra frequentanti scuole pubbliche o scuole private; nella certezza, stante la particolare situazione finanziaria, ma anche in considerazione di una corretta lettura dei principi costituzionali (65), che non sia possibile erogare questi servizi in forme generalizzate e totalmente gratuite, sembra opportuno e forse necessario un nuovo intervento combinato del legislatore statale e regionale che obblighi gli enti delegati ad una corretta gestione dei fondi per gli scopi previsti dal d.P.R. 616/77 magari vincolando per destinazione i fondi per la assistenza scolastica e richiedendo, a spesa avvenuta, una documentazione rigorosa sui criteri, sui destinatari e sui risultati ottenuti.

(62) Proposta di legge nr. 271 del 9.2.1988 ad iniziativa della Giunta Regionale avente lo stesso oggetto della proposta 111/86.

(63) L.R. nr. 43 del 5.1.88: « Norme per il riordino delle funzioni di assistenza sociale di competenza dei Comuni, per l'organizzazione del servizio sociale e per la gestione dei relativi interventi nella regione ».

(64) L'Art. 44 L.R. 43/88 ha la medesima formulazione dell'art. 42 della proposta di legge regionale 111/86, vedi supra nota 62.

(65) A tale proposito vedi S. BERLINGÒ, *Op. cit.*

ALESSANDRO PANDOLFI

DIRITTO E VIOLENZA
DELL'ACCUMULAZIONE ORIGINARIA

L'esposizione materialistica della storia conduce il passato a portare in una situazione critica il presente.

(WALTER BENJAMIN)

I

Se vi è un *vincolo* per cui l'economia e la politica moderna incontrano un medesimo destino questo è il *diritto*. Quest'ultimo rivela in che misura — nell'età moderna — l'economia è molto più di un sistema di atti semplicemente economici ed il politico qualcosa di molto più complesso e multiforme di un esercizio della forza. In prima approssimazione, il diritto corrisponde alla necessità che impone a forze e rapporti economici, soggetti ed istituzioni politiche una qualche forma di *stabilità*. In quanto forma dell'avvenuta dominazione sulla durata, il diritto definisce allora il divenire della economia e della politica nei loro rispettivi assetti e misure ontologiche.

Ma — attraverso il diritto — rapporti economici e politici tendono ad imporre una fisionomia della stabilità ed una consistenza della durata che sembrano alludere ambigualmente al *mito*. Nel diritto, le potenze dominanti tendono cioè a presupporre se stesse e ciò istruendo la vista sulle loro origini, la loro finitezza ed i limiti delle loro legittimazioni. In tal senso, il diritto inclina a riproporre una sorta di « così è sempre stato » del dominio. Da un lato, il suo ribadirsi ad ogni occasione attualizza la disponibile presenzialità di una origine « già sempre » giuridicamente assegnata dal destino. In questa prima forma del diritto è oggettivata l'avvenuta imposizione di forze che, nella rappresentazione giuridica, si sono differenziate in politiche ed economiche e che — sempre in virtù di tale rappresentazione — si impongono come ciò che è divenuto nel senso del compiersi di un *fine* o dell'attuarsi di un disegno teologico e politico, espressivo

di un ratio irresistibile (1). Dall'altro, l'origine del diritto — ancora nel senso ad esso attribuito da un altro non meno decisivo orientamento della coscienza della modernità — viene concepita come indipendente dalla violenza. E in qualità di un suo unico limite — l'ordine giuridico viene rappresentato come esito e segno di un accordo, ratifica di un incontro e di una conseguente intesa tra eguali, libera dalla coercizione. Ma quel medesimo accordo non potrebbe essere legittimato come accordo vincolante le parti, senza la presupposta presenza di un terzo che, facendo valere il suo diritto, garantisce quel medesimo accordo come ciò che *vige*. Ancora il diritto presuppone il diritto (2).

Per questo, crediamo, tanti enigmi e problemi ermeneutici si addensano intorno alla genealogia delle moderne figure dell'economia, del diritto e della politica in un momento — il XVII secolo — di cruciale e quanto mai critica fase di autocostruzione. Ed il fatto incontestabile che — in quella formidabile congiuntura storica — i principali poteri della prima modernità si mostrano coinvolti in un processo di neutralizzazione e secolarizzazione del fondamento teologico e, quindi, di progressiva liquidazione di tutte le istanze

(1) La peculiare situazione del diritto moderno impone a quest'ultimo continue metamorfosi del «significante» teologico. In altri termini, — anche nell'epoca della più radicale immanentizzazione — il diritto deve inscenarsi come invio ed espressione di una destinazione. Cfr. M. CACCIARI, *Diritto e giustizia*, in «Il Centauro», 1981, pp. 69 e sgg.: «È consustanziale al diritto questa idolatria della Storia per cui essa viene interpretata secondo versioni più o meno secolarizzate come pedagogia divina, progresso destinato (...). Se solo il caso è, il diritto non può valere come fondazione di Stato, ovvero la sua pretesa si dimostra come mera volontà di potenza. Se nella storia si adora invece il disegno provvidenziale, allora ogni violenza ha senso per perseguire quel fine».

(2) Nel XVII secolo, nell'opera di Hobbes, la filosofia del diritto naturale giunge al suo estremo compimento e, con questo, ad un esito catastrofico. Fallisce cioè l'intenzione di una integrale deducibilità del potere politico dal diritto, come quella esperienza che si autocostruisce autonomamente in quanto sospensione della violenza. Cfr. C. SCHMITT, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes ed in Cartesio*, in Id., *Scritti su Thomas Hobbes*, tr. it. Milano 1986, p. 54: «Si perviene, è vero, ad un consenso di tutti con tutti, ma questo non è propriamente un patto statale, quanto piuttosto un patto sociale. Ciò che di ulteriore si forma e cioè la persona sovrano-rappresentativa, non perviene a sussistere attraverso il consenso, ma solo in occasione di questo. La persona sovrano rappresentativa è qualcosa di incomparabilmente maggiore di quanto possano realizzare le forze sommate di tutte le volontà individuali dei partecipanti (...) questo nuovo Dio, piuttosto che creato è evocato e pertanto è trascendente sia rispetto ai singoli membri del contratto, sia rispetto alla loro somma».

che non sono iscritte in un orizzonte di radicale immanenza, non attenua, bensì accentua il grado di problematicità inerente alla ricostruzione della loro genesi. E ciò soprattutto nel senso che la neutralizzazione, (e con una categoria che non cessa di riconfermare la sua ambiguità), la secolarizzazione dell'elemento teologico da parte di processi, soggetti ed istituti moderni non annulla quel medesimo elemento ma lo trasfigura in un significante disponibile a sottoporsi a continue metamorfosi e conseguenti potenziamenti.

Tramite la posizione del diritto, le forme dell'appropriazione economica e dell'assoggettamento politico appaiono allora altrettante forze sotto le quali il singolo e le molteplicità risultano « già sempre » sussunti. Esse infine si impongono come altrettante manifestazioni di una trascendenza normativa che costituisce e decide le condizioni di possibilità di ogni determinazione esistenziale, del sopravvivere di ognuno e delle sue possibilità esistentive. *Dei mortales/immortales: creatori e conservatori di ogni determinazione materiale*, dei limiti del senso e dell'intero regime della realtà (3). E, tut-

(3) La necessità che impone alla politica ed ai rapporti economici di rappresentarsi attraverso il diritto, e questo secondo una medesima logica autoreferenziale, potrebbe suscitare un'obiezione relativa alla mancanza di storicità in questa tesi. La storia della modernità sarebbe invece scandita da regimi e sistemi politico-giuridici altamente differenziati e tra loro non commensurabili tramite un'ipotesi ermeneutica non controllabile.

Proponiamo a questo proposito, le considerazioni di un autore, P.A. Schiera, che ha sottolineato con chiarezza il punto di vista della continuità nell'ambito della ricerca genealogica intorno alla costituzione del politico nel mondo moderno. Cfr. *L'ideologia come forma storica del politico*, in AA.VV., *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. I, Milano, 1977, p. 842: « *Fondandosi sui requisiti della divisione dei poteri e del riconoscimento dei diritti individuali sulla base di una carta costituzionale il più possibile rigida, diventa inevitabile erigere una barriera di discontinuità ed eterogeneità tra Stato di diritto contemporaneo e le precedenti forme di organizzazione del potere. Ma, un procedimento del genere non appare più accettabile dopo le critiche rivolte al concetto formale di costituzione e dopo la dimostrata necessità di ricorrere allo strumento della costituzione materiale per analizzare e comparare tra di loro i regimi politici succedutisi storicamente. E la stessa più aggiornata ricerca storiografica ha confermato l'ipotesi sulla ormai secolare continuità tra antico regime e stato costituzionale, allargandola dall'aspetto meramente amministrativo a quello più generale delle strutture di fondo dell'organizzazione del potere. Cosicché se ha senso oggi parlare di Stato contemporaneo, ne ha solo nella misura in cui tali discorsi si muovano all'interno di una cornice più ampia, che è quella dello Stato tout court, che non va naturalmente inteso come forma universale di attuazione della vita associata, ma come forma storicamente determinata in base a ben precisi caratteri materiali* ».

tavia, vi è un'epoca in cui le nuove potenze ed i nuovi ordini sono appunto nuovi. Un'epoca in cui sono impegnati in un rischioso processo di insediamento. Mediante le molteplici figure della forza che risultano storicamente disponibili, essi erodono e smantellano *altri* ordini ed *altri* poteri. E, nello stesso tempo, inaugurando il loro diritto ed inscenando dispositivi e teatri rappresentativi della loro legittimazione, con ciò stesso confiscano e, alla lunga, estinguono la memoria della loro violenta imposizione. È *l'epoca dell'accumulazione originaria*.

Sotto questa rubrica storico-epocale, sotto questa astrazione determinata, si compongono e, progressivamente si coniugano, la lunga e complessa gestazione delle istituzioni politico-giuridiche della modernità e la genesi del rapporto capitalistico di produzione. In tal senso, l'accumulazione originaria provoca l'irruzione di un vasto sovvertimento, di un profondo mutamento del mondo in cui si iscrivono il sorgere ed i conflitti tra le grandi alternative teoriche (teologiche, metafisiche, scientifiche e politiche) della prima modernità. In primo luogo, non si danno né istituzione, né esercizio di poteri politici e giuridici moderni se non in veste di forme e dispositivi generali di realizzazione, (e quindi non sovrastrutture, ma agenti diretti, strutturali), del codice capitalistico per l'instaurazione e la riproduzione di un nuovo regime del valore. Queste stesse forme ed istituzioni politico-giuridico trovano, peraltro, nei fenomeni costituiti dai nuovi modi e rapporti produttivi altrettanti piani e dispositivi di realizzazione di pratiche e strategie. In altri termini, il moltiplicarsi degli interessi e delle volontà ed il proliferare dei conflitti tra le forze provoca un problema permanente di deficit di potere, che solo quell'apparato produttivo di *surplus* di potere che è lo Stato può efficacemente affrontare.

Ed ancora: come si è detto, l'accumulazione originaria dei poteri coincide con un traumatico sovvertimento all'interno del quale vengono provocati mutamenti profondissimi nelle principali alternative teoriche dell'Evo moderno. Ciò non vuol dire che i processi materiali dell'accumulazione costituiscano la causa efficiente e meccanica dell'apparire di nuove configurazioni del sapere, di rivoluzioni e metamorfosi epistemologiche. Ciò che si vuol intendere è che quella generale sovversione — di cui i processi di accumulazione costituiscono la dinamica — fissa le condizioni del comporsi di un « archivio » degli oggetti, dei temi e dei problemi più decisivi del sapere. L'accumulazione originaria è, in altri termini,

ciò che è dato da pensare alla teologia, alla metafisica, al pensiero politico e giuridico dell'età moderna (4).

II

In che senso è dato riconoscere la trama di eventi e di condizioni che fonda il « così sempre è stato » ribadito dal diritto del dominio economico e politico? Quale è la via d'accesso all'accumulazione originaria nelle sue determinazioni economiche, politiche e giuridiche? Come si è detto, il principale *arcano* dell'accumulazione pare costituito dall'inclinazione della funzione giuridica alla autoreferenzialità. Come schema generale dell'autopresupposizione del dominio, l'autoreferenzialità del diritto pare dunque consistere in ciò, che essa trasferisce sul piano logico ed ontologico in cui sono iscritte le condizioni del suo sorgere, regolarità ed elementi della sua normalità, del suo vigente presente. La logica dell'autopresupporre del dominio corrisponde così ad una istanza d'ordine teologico in base alla quale la genesi è sempre posta come un'autogenesi ed i presupposti del sorgere e del divenire del codice come suoi presupposti interni (5).

(4) L'espressione è solo allusivamente heideggeriana. Forse che l'accumulazione originaria è un altro modo per designare l'origine del mondo moderno? L'epoca dell'accumulazione originaria è il luogo storico della prima fondazione della *tecnica moderna*? E quest'ultima è compiutamente identificabile con la formazione economico-sociale capitalistica e la forma politica dello Stato moderno? Esiste una diversa fisionomia della tecnica? È formulabile questa possibilità? Heidegger stesso intenziona questi interrogativi attraverso l'enorme investimento di pensiero esercitato sulle nozioni di *rappresentazione e produzione*? Domande a nostro avviso cruciali che in questa sede possono soltanto essere sollevate. Cfr. M. HEIDEGGER, *L'epoca dell'immagine del mondo*, in Id., *Sentieri interrotti*, tr. it., Firenze, 1977, in particolare pp. 93 e sgg.; 98 e sgg.

(5) Questo è, per Marx, il destino stesso dell'ideologia. Un dispositivo della rappresentazione che, proprio attraverso il suo modo, di strutturarsi, inibisce il riconoscimento della differenza tra la normatività « normale » di un sistema di rapporti di dominazione e le condizioni ed i presupposti del suo divenire. Riconoscere ciò significa, per Marx, assolversi dall'ideologia e cioè cogliere la finitezza e la revocabilità del sistema. Cfr. K. MARX, *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica*, vol. I, tr. it. Torino, 1976, p. 438: « Gli economisti borghesi hanno considerato il capitale come una forma eterna e naturale — non storica — della produzione, cercano poi di giustificarlo presentando le condizioni del suo divenire come

Tematizzare l'esistenza di un'accumulazione originaria dell'economia, di processi ed istituzioni politiche e delle nuove forme della normativa giuridica significa, quindi, dissociare logicamente ed ontologicamente elementi e modalità di una normalizzazione di sistemi e dispositivi di potere, dalle condizioni di possibilità del loro apparire e divenire. La logica del normalizzarsi dei vincoli normativi non è, in sostanza, identica a quella che ne ha reso possibile l'imposizione: *factum versus jus*. Così è chiamata a procedere, per Marx, la ricostruzione della genesi del fitto tessuto di relazioni che sostanzia la dinamica dell'accumulazione: dominio del rapporto produttivo capitalistico, dominio dello Stato e loro conseguente legittimazione da parte del diritto. Ed il profilarsi di una loro « preistoria » rivelerà, nel contempo, il senso della crisi della memoria e la necessità di una sua finale manipolazione. Con ciò, infatti, quei medesimi poteri giungono ad innalzare al livello di un regime del senso la loro naturalità ed oggettività (6).

Né il codice capitalistico, né lo Stato, né il diritto moderno costituiscono manifestazioni evolutive di una « storia naturale » dei sistemi storico-sociali. La lotta per la loro imposizione, nel XVII secolo, si presenta piuttosto come risultante di una vastissima e complessa strategia bellica. Non certo quale necessario punto di passaggio della storia, non come transizione prescritta dalla falsariga di una inesistente linearità dello sviluppo. Più che una « stazione » della necessità storica, l'accumulazione originaria è l'esito di un duro e complicato ciclo di antagonismi e di una densissima trama di contingenze. Per questo, il regime di verità preteso dall'ideologia — se ha peraltro ancora un senso evocare questo termine così sovrac-

condizioni della sua attuale realizzazione, spacciando cioè i momenti nei quali il capitalista si appropria ancora in veste di non capitalista — poiché è ancora nella fase del divenire — come le condizioni autentiche in cui egli si appresta in veste di capitalista ». Sulla struttura del discorso ideologico, cfr. L. ALTHUSSER, *Leggere il Capitale*, tr. it. Milano 1968, p. 21: « (...) ciò che l'economia classica non vede non è ciò che essa non vede, ma quello che essa vede, non ciò che le manca, ma al contrario ciò che non le manca. La svista consiste allora nel non vedere ciò che si vede; la svista attiene non più all'oggetto, ma alla svista stessa. La svista concerne il vedere: il non vedere è allora interno al vedere e sta quindi in un rapporto necessario col vedere ».

(6) Sul rapporto tra crisi della memoria ed accumulazione originaria, cfr. E. BALIBAR, *L'accumulazione originaria: una preistoria*, in L. ALTHUSSER, E. BALIBAR, *Leggere il Capitale*, cit., pp. 296 e sgg.

carico di usura — deve di continuo trasmutare il caso in strategie della necessità ed imporre queste ultime come destino che ha deciso e governato il divenire di quelle forme di dominio. Ma, seguendo il metodo ed il tracciato della lezione storico-genealogica di Marx, la questione dell'accumulazione originaria potrà essere liberata dall'« incantesimo » della causa finale ed infine restituita alle sole logiche e movenze che ad essa competano in quanto *evento* e cioè quelle del caso e della guerra (7).

L'accumulazione originaria è forma del procedere concomitante di economia, politica e diritto. Ognuno di tali ambiti definisce il proprio « campo sistemico » in un intenso intreccio di reciproche implicazioni e ciò nel quadro di un antagonismo spesso esasperato tra centri di forza, interessi, volontà e linguaggi, nelle situazioni e desituazioni continue dei luoghi del conflitto, nella mobilità dei fronti tattici e strategici. I differenti cicli e condizioni dello sviluppo del modo di produzione capitalistico nell'area in cui quest'ultimo si insedia sono ineludibili e rappresentano, ognuno, una contestualità storica a parte. Essi appaiono però iscritti in una forma generale: la costituzione politica e giuridica del campo di elementi, regolarità e condizioni che hanno dato luogo alla costituzione della forma capitalistica del valore. Per questo, ancora, i presupposti storico-genetici della struttura sono esterni ed estranei alla logica che ne presiede la normativa « normale ». Se il sistema di potere economico deve normalizzarsi esso deve completare un processo di traduzione dell'arbitrio in *natura*. Esso deve cioè convertire il gesto che ha forzosamente instaurato il campo di condizioni, positività e regole del dominio in un regime di normalità ed oggettività normative. Un regime che esige — come necessario prerequisito — una crisi radicale della memoria, la cancellazione delle tracce della violenza originaria che ha aperto l'ambito di una dominazione che, in seguito, dovrà apparire definitivamente estranea alla violenza ed

(7) È quindi preliminarmente necessario ripensare l'accumulazione originaria alla luce di una nozione non più teleologica di « evento », cfr. M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, tr. it. Torino 1977, pp. 43-44: « *Avvenimento: bisogna intendere con ciò non una decisione, un trattato, un regno, ma non rapporto di forze che si inverte, un potere confiscato, un vocabolario ripreso e rovesciato contro quelli che lo usano, una dominazione che si indebolisce, si allenta, si avvelena lei stessa, un'altra che fa il suo ingresso mascherata. Le forze che sono in gioco nella storia non obbediscono né ad una destinazione, né ad una meccanica, ma piuttosto al caso della lotta* ».

all'arbitrio. Chi — originariamente — è stato appropriato ed infine piegato dai codici della dominazione ed all'interno degli spazi produttivo-disciplinari è stato costituito e ricostituito nell'assoggettamento tramite un processo che tende ad autolegittimarsi, non deve più essere in grado di riconoscere quel gesto che ha introdotto ed infine normalizzato un ordine di dispositivi materiali e significanti mediante i quali il singolo è stato insediato in una identità (8). Quel gesto, che inizieremo a chiamare *violenza dell'accumulazione originaria*, si attualizza nell'apertura di un orizzonte normativo entro il quale la violenza continuerà ad esercitarsi, presupponendo se stessa e cancellando tracce e condizioni — perché continuano a vigere, ma in altra forma — della sua instaurazione (9).

Queste appaiono, altresì, le premesse materiali della forma della legittimazione, ossia di un sistema di discorsi che istituisce un « regime di verità » centrato intorno a delle fondamentali opposizioni binarie. Allorché il gesto che instaura si è normalizzato nella pratica che continua ad assoggettare ed appropriarsi ciò che — « già da sempre » — appare assoggettato ed appropriato, quando cioè la violenza si converte compiutamente in diritto, allora soltanto sarà possibile comporre e sanzionare al livello del discorso un sistema di opposizioni tra la violenza « legata » al diritto e la violenza libera o, in altri termini, diverrà possibile l'impianto delle disgiunzioni tra ordine e sovversione, tra legalità ed illegalità.

Nell'epoca dell'accumulazione originaria, economia, politica e diritto sono perciò coinvolti nella pratica di quel gesto che è condizione di una conseguente normalizzazione-differenziazione tra i codici ed i sistemi del dominio. Se il rapporto economico è anche e sempre una relazione di potere, è solo in una fase di normalizzazione che esso potrà differenziarsi da altri codici e cioè valere come rapporto esclusivamente « economico ». Ma non nell'epoca dell'accumulazione originaria, in cui — ancora lontano dalla apparenza « naturale » — esso dovrà essere politicamente e giuridicamente istituito: « *Non*

(8) Cfr. ancora M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, tr. it. Torino 1976, p. 322: « Bisogna infine avere un padrone, essere presi e situati all'interno di una gerarchia; si esiste solo quando si è inseriti in rapporti di dominio ».

(9) Per chiarire questo punto decisivo cfr. la nozione di « accumulazione » elaborata da G. DELEUZE e F. GUATTARI, *Mille piani*, tr. it. Roma 1987, p. 654: « (...) come regola generale, c'è accumulazione tutte le volte che c'è montaggio di un apparato di cattura, con questa violenza molto particolare che crea o contribuisce a creare quello su cui essa si esercita e che, perciò, presuppone se stessa ».

basta che le condizioni di lavoro si presentino come capitale ad un polo e che dall'altro polo si presentino uomini che non hanno altro da vendere che la propria forza lavoro. E non basta neppure costringere questi uomini a vendersi volontariamente. Mano mano che la produzione capitalistica procede, si sviluppa una classe operaia che, per educazione, tradizione ed abitudine riconosce come leggi naturali ovvie le esigenze di quel modo di produzione (...) la silenziosa coazione dei rapporti economici appone il sugello al dominio del capitalista sull'operaio. Si continua, è vero, ad usare la forza extraeconomica immediata solo per eccezione. Per il corso normale ordinario delle cose, l'operaio può rimanere affidato alle sole leggi della produzione, cioè la sua dipendenza dal capitale nasce dalle stesse condizioni della produzione e viene garantita e perpetuata da essa. Altrimenti vanno le cose durante la genesi storica dell'accumulazione capitalistica » (10).

Le indicazioni di Marx consentono, in prima approssimazione, di distinguere tra due regimi della violenza e, di conseguenza, tra altrettanti regimi del diritto. Da un lato, quando i sistemi economico e politico sono da tempo entrati in una fase di assestamento e normalizzazione, rapporto economico e rapporto politico non appaiono legati, né condizionati da alcuna forma di violenza diretta. E ciò in quanto la trascendenza del diritto di appropriazione sulla forza lavoro e quello di decisione sulle forme di vita sociale risultano « già sempre istituiti » e perciò nulla — *salvo in casi eccezionali* — deve intervenire dall'esterno a sovradeterminarli. Il lavoro — come « lavoro produttivo », come forza lavoro dell'accumulazione materiale — non deve apparire se non nella forma della sussunzione sotto il capitale e l'essere sociale sotto i processi della soggezione politica. Alcuna produttività materiale ed alcun legame sociale senza trascendenza del comando. A queste condizioni, la violenza non interviene perché essa è già direttamente intramata, interamente immanente alle regole ed alle norme della produzione economica e della soggezione produttiva e cioè politica.

(10) K. MARX, *Il Capitale*, Libro primo, Cap. XXIV, tr. it. Roma 1967, p. 800. E, ancora, nel cap. VIII, pp. 306-307: « Ci vogliono secoli perché il libero lavoratore si adatti volontariamente, in conseguenza del modo capitalistico di produzione, cioè sia socialmente costretto a vendere, per il prezzo dei suoi mezzi di sussistenza abituali, l'intero suo periodo di vita, la sua capacità stessa di lavoro, sia costretto a vendere la sua primogenitura per un piatto di lenticchie ».

Nel caso della stabilizzazione della produzione capitalistica, la metamorfosi dei regimi della violenza è decisiva. Per un verso — la produzione di valore — nella forma del plusvalore, deve poter *apparire* come di per sé pertinente all'unità dirigente del processo produttivo perché, come *suo* inalienabile attributo, deve apparire come *opera sua*. Dall'altro, questo medesimo diritto si presenta come titolo di appropriazione di ciò a cui il lavoro non ha mai avuto « diritto », perché « da sempre » — e cioè in quanto lavoro — non ha mai potuto disporre della proprietà delle condizioni oggettive della produzione e, di conseguenza, non ha alcun diritto alla maggior quota della ricchezza prodotta.

Analogamente al lavoro, la società — società civile — si trova « già sempre » sussunta e costituita, (e ciò proprio nella messa in scena della sua presunta autonomia), dai processi del dominio politico (11). Alcune singolarità, alcuna molteplicità possono essere date ontologicamente ed accedere alla rappresentazione al di fuori delle prese delle macchine e dei dispositivi delle dominazioni (12). Ma, come sottolinea Marx: « *Altrimenti vanno le cose durante la genesi storica della produzione capitalistica...* » e — aggiungiamo — della forma specificamente moderna del dominio politico: lo Stato.

(11) Così come, ad un certo stadio del suo divenire storico, il capitale sembra presupposto al lavoro come Dio alla creatura, analogamente lo Stato si impone come forma e condizione di possibilità del legame sociale in senso moderno, società civile-società borghese, cfr. G. GIL, *Un'antropologia delle forze*, tr. it. Torino 1983, p. 32: « *Si può supporre perciò che, sin dai suoi esordi, lo Stato contenesse in sé i primi germi di questa vocazione demiurgica (...) rifare da cima a fondo la società, crearla come Dio ha creato l'uomo (secondo l'espressione di Hobbes), dissolvere i rapporti umani arcaici e tradizionali per stabilire in loro luogo rapporti del tutto nuovi* ».

(12) Come si è premesso, la metamorfosi del diritto nell'epoca dell'accumulazione originaria segue e formalizza la transizione tra due differenti regimi della violenza e cioè il passaggio catastrofico tra violenza che pone e quella che conserva il diritto. Cfr. W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, tr. it. Angelus Novus, Torino 1962, pp. 5 e sgg. In tal senso, è nella saturazione del divenire della violenza che si instaurano regimi di assoggettamento ed asservimento alle macchine ed ai dispositivi di potere che si applicano su quei medesimi soggetti che, nella rappresentazione dell'idealismo contrattualistico, figurano come autori del sistema normativo e del vincolo giuridico, cfr. M. FOUCAULT, *Résumé des cours*, 1972-1982, Paris 1989, p. 85: « (...) invece di chiedersi che cosa dei soggetti hanno potuto cedere di loro stessi per lasciarsi assoggettare, bisogna cercare il modo con il quale le relazioni di assoggettamento hanno potuto fabbricare dei soggetti ».

III

Il parallelismo tra accumulazione del capitale e dello Stato può risultare plausibile presupponendo il superamento di due limiti ermeneutici. E' cioè necessario non cadere nella semplificazione economicistica, (il capitale determina causalmente e funzionalizza lo Stato ed il diritto) ed aggirare l'estremizzazione dell'« autonomia del politico », (lo Stato trascende e giustifica il capitale e la società). Sembra piuttosto che capitalismo e Stato moderno si trovino — sin dalle origini — in una condizione di sviluppo concomitante. Sin dalle prime grandi congiunture critiche del Medioevo, la genesi del capitalismo si intreccia saldamente con il divenire delle istituzioni politiche e giuridiche. Con queste ultime i poteri economici intessono una evoluzione simbiotica, perché concomitanti risultano alcune fondamentali strategie ed analoga la costellazione di effetti ad esse corrispondenti. Entrambi esercitano strategie parallele di *deterritorializzazione e riterritorializzazione*, ossia entrambi concorrono nell'opera di smantellamento del pluralismo economico-giuridico tardo medievale e legano altrimenti le forze e le determinazioni materiali che quella manovra di scardinamento ha *liberato*. Nell'intera area dell'Occidente coinvolta in tale macrofenomeno, ogni crescita dissolvvente del « capitalismo medievale » e cioè, soprattutto, dei capitali finanziari e di quelli impegnati nella circolazione commerciale, apre nuovi piani di espansione e centralizzazione delle funzioni di comando su di un territorio determinato.

Due movimenti che tendono entrambi alla costituzione di regimi di monopolio si distendono quindi nell'area occidentale in questione e tra il XIV e XVII secolo. Monopolio della violenza — o incorporazione della macchina bellica come fondamentale articolazione dello Stato —; monopolio della fiscalità — come politica di cattura, di controllo e di incentivazione dei flussi della moneta —; monopolio della sovranità — centralizzazione e statizzazione della norma e della giurisdizione contro i centri di resistenza (feudalità, città, ceti, chiese, confessioni e sette religiose, lotte e rivolte popolari) dell'universo tardo-medievale —; monopolio della viabilità — costituzione del regime del territorio e spazio nazionale per il controllo dei flussi umani e materiali che scorrono attraverso di esso; monopolio della sicurezza — opera di strutturazione di un ambiente, ad un tempo, naturale e sociale in funzione della previsione e del governo di eventi possibili. Tutto ciò a fronte di

un regime di monopolio economico in forma di un dominio tendenziale su tutti i produttori attraverso gli strumenti di appropriazione del ceto medio, a questo determinato livello storico del suo divenire. E, tuttavia, entrambe le tendenze si muovono e permangono a lungo come metamorfosi e radicalizzazioni di fenomeni ancora endogeni al sistema dei poteri tardo medievale.

Né lo Stato, né il capitale nascono adulti. Essi divengono come componenti interne alla fenomenologia dei poteri vigenti ma in forma abnorme e cancerosa. L'espansione del potere principesco e del capitale-denaro, pur essendo fenomeni contraddittoriamente iscritti nell'orizzonte tardo-medievale e, proprio attraverso i modi della loro crescita, condussero quest'ultimo, da un lato a continui irrigidimenti, e prospetticamente, ad un irreversibile declino, in quanto furono dapprima subordinati ed infine dissolti i legali giuridici, simbolici ed etici tra gli elementi componenti istituzioni ed organismi normativi. Denaro e monopolio politico sono perciò altrettanti agenti di distruzione di istituzioni. Essi decodificano, per strutturarli altrimenti, determinazioni materiali, forze e rapporti produttivi, ruoli e gerarchie sociali, sistema della topica giuridica medievale, diritti signorili e corporativi, autonomie cittadine e territoriali. Ciò che in tal modo fu scomposto e piegato dall'azione del commercio, del prestito, delle armi e di tutte le figure della forza storicamente disponibili, venne successivamente ricomposto e sottoposto ad altri legami a nuove forme di territorialità e dominazione. È un gigantesco processo di conversione e metamorfosi di poteri quello che concentrazione economica e politica producono in questa epoca. Un processo che riguarda, simultaneamente, gerarchie e rapporti di forza *interni* e la definizione di un'area di investimento e di distribuzione dell'impresa economica e del dominio politico che, già nelle configurazioni « preistoriche » del capitalismo e del divenire dello Stato, allude alla identificazione — o meglio — alla *costituzione del mondo* (13).

(13) Cfr. P. SWEEZY, *Il capitalismo moderno*, tr. it. Napoli 1975, pp. 19-20: « Il capitalismo, come sistema economico mondiale ha le sue origini ai primi del Cinquecento, quando gli europei, padroni della navigazione su grandi distanze, eruppero dal loro piccolo angolo del globo ed attraversarono i sette mari, conquistando, depredando e commerciando. A partire da questo periodo, il sistema capitalistico appare diviso in due parti in forte contrasto tra di loro, da una parte il piccolo gruppo dominante di paesi sfruttatori e dall'altra un numero assai più grande di paesi dominati e sfruttati. Queste due parti sono indissolubilmente legate, nulla di

Economia — mondo e nuovo ordine interno sono dunque le due direttrici complementari dell'accumulazione. Da un lato, sotto-missione ed incorporazione di intere sezioni dello spazio multicontinentale, lentamente strappate alla sfera di influenza delle metropoli mercantili e poste sotto il controllo dei flussi e delle catene di merci e denaro esercitato dallo Stato e dai capitali nazionali. Dall'altro, il fronte interno dell'accumulazione. Così come commercio e finanza — piegando pluralismo ed articolazione del modo di produzione feudale e corporativo alle logiche mercantili — con ciò sottomettono e sussumono forze e rapporti produttivi, analogamente, lo Stato sottomette e sussume (con l'ausilio del denaro come fondamentale strumento appropriativo di condizioni per l'espansione del dominio) centri di potere, barriere giuridiche e concorrenti politici (14). Unificazione

quanto accade in una può essere compreso se si prescinde dall'intero sistema. È importante sottolineare che ciò non è vero soltanto per il capitalismo « moderno », intendendo per tale il sistema capitalistico mondiale della seconda metà del secolo ventesimo, ma lo è anche per il capitalismo prevalentemente mercantile del periodo anteriore alla rivoluzione industriale ».

Cfr. inoltre lo schema di I. WALLERSTEIN sulle origini dell'economia-mondo, I. WALLERSTEIN, *L'agricoltura capitalistica e le origini del sistema mondiale dell'economia europea nel XVII secolo*, tr. it. Bologna, 1978, p. 34: « (...) ciò che l'Europa stava per sviluppare e formare era una nuova forma di appropriazione del surplus, un'economia capitalistica mondiale. Essa si sarebbe basata non sull'appropriazione diretta del surplus agricolo sia sotto forma di tributo (come era stato il caso degli imperi mondiali) sia sotto forma di rendita feudale (questo era il sistema del feudalesimo europeo). Anzi ciò che si va creando è l'appropriazione di un surplus che si basa su di una produttività maggiore e più estesa... attraverso un meccanismo di mercato mondiale, con l'aiuto artificiale (cioè non di mercato) di organizzazioni statali, nessuna delle quali controllava però interamente il mercato mondiale. Argomento di questo libro saranno i tre fattori indispensabili per creare tale economia capitalistica mondiale: espansione geografica del mondo in questione, sviluppi di svariati metodi di controllo del lavoro per differenti prodotti e differenti zone dell'economia mondiale, e creazione di organizzazioni statali relativamente forti in quelli che sarebbero diventati gli Stati centrali di questa economia capitalistica mondiale ».

(14) Cfr. la descrizione dei processi monopolistici in N. ELIAS, *Potere e civiltà*, tr. it. Bologna 1983, pp. 25 e sgg.; G.F. POGGI, *La vicenda dello Stato moderno*, Bologna 1987, pp. 97 e sgg.; O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, tr. it. Milano 1970, pp. 38 e sgg. I processi monopolistici, sia a carattere politico che economico si manifestano come altrettante strategie di cattura e successiva riterritorializzazione di flussi e fenomeni sociali d'ogni genere che sono stati o si sono violentemente svincolati dalle territorialità, da codici, e dalle istituzioni tradizionali. Cfr. G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Mille piani*, cit., pp. 318-319: « (...) attorno al X-XIV secolo, si assistette all'improvvisa accelerazione dei fattori di deco-

del mercato interno, intensificazione ed estensione del controllo sui flussi di denaro e merce, centralizzazione delle funzioni del comando politico, militare, amministrativo, fiscale e giurisdizionale; questi — schematicamente — i piani di realizzazione ed i passaggi strategici del lento ma ininterrotto procedere di una linea di movimento del potere di fronte alla quale ogni ostacolo pare destinato a cedere.

Malgrado la posizione di equilibrio e di apparente equidistanza tra le forze, al di sotto cioè delle sequenze e delle contingenze tattiche, la tendenza in atto afferma il legame fisiologico tra il divenire dello Stato e le fortune della borghesia (15). Sorto a fronte di una costellazione di poteri interni (il pluralismo medievale) ed esterni (la dimensione ecumenica delle chiese, i residui dell'ordine imperial-feudale, le configurazioni embrionali del mercato mondiale), lo Stato può esercitare ed espandere potere ormai solo mediante una inarrestabile accumulazione di denaro. Contestualmente e cioè nelle sue maggiori articolazioni, il ceto borghese riconosce e sostiene lo Stato come unica forma politica in grado di garantire conservazione ed accrescimento di quote e posizioni di potere economico, sociale ed istituzionale. Al pari del denaro, lo Stato diviene il prerequisito assoluto della libertà, proprietà e « coscienza » borghese. Politica borghese e disegno economico dello Stato si integreranno — e ciò entro circostanze e condizioni fortemente determinate — sino a costituire la prima forma della politica economica del mondo moder-

dificazione e delle velocità di deterritorializzazione; masse degli ultimi invasori che appaiono a nord, ad est ed a sud; masse militari che divengono bande di predoni; masse ecclesiastiche in balia degli eretici e degli infedeli e che si propongono obiettivi sempre più deterritorializzati; masse contadine che abbandonano i domini feudali; masse signorili che devono trovare mezzi di sfruttamento molto meno territoriali della servitù della gleba, masse urbane che si separano dal retroterra e trovano nelle città attrezzature sempre meno territorializzate; masse femminili che si distaccano dall'antico codice passionale e coniugale; masse monetarie che cessano di essere oggetto di tesaurizzazione per immettersi nei grandi circuiti commerciali».

(15) Cfr. P.A. SCHIERA, E. ROTELLI Prefazione di AA.VV., *Lo Stato moderno*, vol. III, *Accentramenti e rivolte*, Bologna 1974, pp. 11-12: «È noto in effetti, che una classe sociale interessata alla costruzione dello Stato ci fu e che essa è stata definita borghesia. È il nuovo aggregato sociale rappresentato dalla borghesia che sostiene il processo di accentramento monarchico riconoscendosi nel suo risultato: lo Stato moderno. Sono un processo ed un risultato chiamati a soddisfare esigenze precise, che sorgono e si manifestano in un momento preciso della storia nel quale quegli interessi riescono ad affermarsi (...). Se dire capitalismo è dire borghesia, anche dire Stato è dire borghesia. Pure per lo Stato, insomma, c'è una storicità dalla quale non si può prescindere».

no: il mercantilismo. È nel mercantilismo, infatti, che diviene per la prima volta evidente in che misura lo Stato rappresenti « il lato politico » del destino della borghesia: « *Il carattere nazionale del sistema mercantilistico — osserva Marx — non è una semplice frase sulla bocca dei suoi portavoce. Con il pretesto di occuparsi semplicemente della ricchezza della nazione e delle risorse dello Stato essi praticamente proclamano gli interessi della classe capitalistica e l'arricchimento in generale come fine ultimo dello Stato e proclamano la società borghese contro l'antico Stato sovrannaturale. Ma, al tempo stesso, essi sono consci del fatto che lo sviluppo degli interessi del capitale, della classe capitalistica e della produzione capitalistica è divenuto il fondamento della potenza nazionale e della preponderanza nazionale nella società moderna* » (16). Come nuovi e prepotenti agenti teologici, Stato e capitale inventano il regime di realtà e di senso della *nazione*, le cui alterne vicende saranno d'ora in poi irrimediabilmente intramate con quelle delle nuove potenze teologico-politiche.

(16) K. MARX, *Il Capitale*, Libro terzo, cit., Cap. XLVII, p. 896. Il mercantilismo è la forma economico-politica dominante l'epoca dell'accumulazione. Se da un lato appare una soluzione storicamente determinata e circoscritta, dall'altro lato lo Stato moderno conserverà sempre e costitutivamente un lato mercantilistico, come suo attributo ed inclinazione essenziale. Nel Seicento, la Controriforma e le anomalie dell'accumulazione olandese fissano altrettanti limiti all'espansione della forma assolutistico-mercantilistica, come altrettanti inibitori della sua generalizzazione. Sul mercantilismo cfr. per l'essenziale C.M. WILSON, *Commercio, società, Stato*, tr. it. in AA.VV. *Storia economica di Cambridge*, vol. IV. *L'espansione economica tra Cinque e Seicento*, Torino 1975, pp. 563 e sgg. E. HECKSCHER, *Mercantilism*, 2 vol., London 1955; F. BRAUDEL, *Civiltà ed imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, tr. it. Torino 1965 (in particolare parte II); J.U. NEF, *Industry and Gouvernement in France and England 1540-1640*, Cornell 1957; J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, vol. I, tr. it. Torino 1959; a cura di D.C. COLEMAN, *Revision in Mercantilism*, London 1969. I. WALLERSTEIN, *Il mercantilismo e il consolidamento dell'economia-mondo*, tr. it. Bologna 1982. P. DEYON, *Teoria e pratica del mercantilismo*, in *Storia economica e sociale del mondo*, a cura di P. LÉON, tr. it. Bari, 1980, vol. II, pp. 210. Sull'Olanda ed il mercantilismo, cfr. J. HUIZINGA, *La civiltà olandese del Seicento*, tr. it. Torino 1967; C.H. WILSON, *La République hollandaise des Provinces Unies*, Paris 1968. Cfr. inoltre la ricca bibliografia sullo argomento in C. SIGNORILE, *Politica e regione. Spinoza ed il primato della politica*, Padova 1968. Cfr. sulla natura di classe del mercantilismo il giudizio di M. WEBER, *Economia e società*, tr. it. Milano 1968, vol. II, pp. 677-678: « *Lo Stato viene considerato come se consistesse soltanto ed esclusivamente di imprenditori capitalistici; la politica economica verso l'esterno poggia sul principio di rovesciare l'avversario, di acquistare al prezzo più basso e di vendere ad un prezzo molto elevato* ».

E' all'interno di questo quadro che devono esercitarsi, con crescente continuità, strategie ed atti di governo. Il politico moderno deve cioè corrispondere alle continue istanze di ricodificazione e riterritorializzazione di flussi di valore e molteplicità umane che i nuovi processi di valorizzazione continuano a « liberare ». Da ciò, estensione e puntualità, divengono gli attributi essenziali del processo politico della decisione. In tal senso, il governo si articola e si struttura secondo una già notevole complessità istituzionale. Ogni zona di intervento e di decisione — sistema coloniale, strategie ed organizzazioni militari, politica fiscale, debito pubblico, ordine pubblico, giurisdizione e codificazione giuridica, politica ecclesiastica ecc. — rinvia ad un organo iscritto in una segmentazione ordinata e dipendente da un unico centro. Ma per condurre a regime questa fisiologia istituzionale, la forma dello Stato deve assumere sempre più risolutamente i connotati dell'artificialità. Si esige, quindi, che le funzioni di comando siano via via separate da attori e titolari, sino al limite della definizione del monarca come primo funzionario dello apparato statale. Articolazione istituzionale, segmentarietà e contiguità dei centri decisionali ed amministrativi, incremento della continuità e capillarità dell'azione di governo ed artificialità dell'apparato risultano perciò — a questo stadio determinato e cioè nel processo di maturazione dell'accumulazione monetaria — già sorprendentemente avanzate (17).

(17) La struttura dello Stato non possiede certo ancora « contenuto borghese »: su questo dato la maggior parte degli indirizzi storiografici sembrano concordare. La sovranità politica è ancora largamente impegnata a mediare contenuti ed istanze dell'accumulazione borghese con la pressione dei ceti tradizionalmente egemoni ed a reprimere sovversioni e resistenze popolari che i difficili equilibri politici e le dinamiche dell'accumulazione ovunque suscitano. E, tuttavia, la prima configurazione dello stato come macchina istituzionale è già tendenzialmente regolata come dispositivo di realizzazione politica dei processi di accumulazione. Cfr. F. CHABOD, *Alle origini dello Stato moderno*, in Id., *Scritti sul Rinascimento*, Torino 1967, pp. 591 e sgg.; A. NEGRI, *Problemi di storia dello Stato moderno*, in « *Rivista critica di storia della filosofia* », n. 2, 1967, pp. 208 e sgg. con relativa bibliografia. Cfr. inoltre B. DE GIOVANNI, *La politica dopo Cartesio*, in « *Il Centauro* », 1981, p. 46 e sgg.: « Il punto vero è che stiamo assistendo alla fase storica in cui il politico si fa Stato. Questo è il carattere proprio del politico lungo tutto il secolo XVII. Il politico rompe sia con la mobilità del soggetto, sia con il carattere sovraordinato e personale del sovrano ». La mutazione del politico in Stato è perciò funzionale alla costituzione delle principali strutture dell'accumulazione — prima tra tutte — la formazione artificiale e politicamente accelerata, del primo mercato capitalistico. Lo

In quanto macchina istituzionale, lo Stato deve soprattutto corrispondere ad una fondamentale dinamica della dominazione che qualifica, nello stesso tempo, il potere del commercio e della moneta; l'appropriazione di tutto ciò che è situato e si muove in una zona di exteriorità. Appropriazione e governo di spazi multicontinentali e relativo controllo delle catene di merci e denaro che da questi provengono; di fenomeni locali che ancora sfuggono alle prese dello Stato e resistono nel rivendicare residue forme di autogoverno e di sovranità giuridica; repressione di chiunque lo Stato non riconosce e ad esso si oppone con la ribellione. È perciò sempre in funzione del confronto con un piano di exteriorità che pare irriducibile che si estendono e si specializzano le funzioni del dominio politico (18).

In tal senso, forme e soggetti della resistenza si moltiplicano ad ogni passaggio dell'espansione del denaro e della forma Stato;

rileva puntualmente G.F. Poggi, *La vicenda dello Stato moderno*, op. cit., pp. 122-123. AA.VV., *La formazione degli Stati Nazionali nell'Europa occidentale*, a cura di C. TILLY, tr. it. Bologna 1984. Cfr. il dibattito storiografico sulla qualificazione di classe dello Stato moderno tra XVI e XVII secolo, ricostruito da I. WALLERSTEIN, *L'agricoltura* op. cit. pp. 187-192.

(18) L'estensione e l'articolazione delle funzioni politiche, amministrative e fiscali dello Stato moderno assolutista muovono spesso — come in Francia — sovversioni e resistenze da parte di quei settori sociali che, in varia misura ed intensità, da quelle dinamiche venivano penalizzati. È il caso dell'accumulo delle autorità che pesa sulla esistenza delle masse contadine. Cfr. R. MANDROU, *Le rivolte popolari in Francia nel XVII secolo*, in AA.VV., *Lo Stato moderno*, vol. III, op. cit., pp. 326-237: « Sicuramente queste rivolte popolari esprimono un rifiuto globale male esplicitato di questa proliferazione anarchica delle autorità che il secolo XVII ha accentuato con la moltiplicazione degli uffici ed anche con la creazione degli intendenti: contadini e popolazioni urbane non hanno potuto sopportare questa moltiplicazione indefinita degli agenti reali di cui erano le vittime principali, specialmente tra il 1623 ed il 1645 le rivolte popolari hanno espresso in primo luogo questo rifiuto ». Sulle rivolte popolari in Francia cfr. inoltre il monumentale lavoro di B. PORSCHNEV, *Les soulèvements populaires en France, 1623-1648*, tr. it. fr., Paris 1963 tr. it., *Lotte contadine e urbane nel grand siècle*, Milano, 1976, sui cicli europei dei conflitti di classe cfr. AA.VV., *Crisis in Europe, 1560-1540*, London 1965, tr. it. Napoli 1968; J.M. BERCÈ, *Revoltes et revolutions dans l'europe moderne, XVI-XVII siècles*, Paris 1980; GABRIEL ARDANT ha sostenuto che il lungo ciclo di lotte e rivolte sociali che perdura sino alla seconda metà del XVII secolo, è l'effetto di uno squilibrio strutturale, di una sfasatura fisiologica tra i costi monetari e sociali dell'edificazione della macchina statale e l'im maturità dell'ordine economico che avrebbe dovuto sostenerla. Cfr. G. ARDANT, *Politica finanziaria e struttura economica*, in AA.VV., *La formazione degli Stati nazionali nell'Europa occidentale*, a cura di C. TILLY, tr. it. Bologna 1984, pp. 180 e sgg.

i poteri ecumenici delle chiese e delle confessioni, la multiforme varietà delle esperienze religiose refrattarie a piegarsi alla volontà dello Stato, punti e focolai di resistenza di poteri locali e tradizionali (città, corporazioni, parlamenti, feudalità ecc.), la ribellione selvaggia di gruppi e molteplicità umane sradicate immiserite e de-territorializzate dagli stessi processi di accumulazione, persino quei settori della borghesia che troppo si irrigidiscono sui privilegi che lo Stato ha concesso in cambio di una alleanza che rischia di diventare subalterna (19). L'antagonismo generale costituisce perciò ad un tempo, lo sfondo ed il terreno di coltura dell'accumulazione in tutti i suoi aspetti. Di fronte al conflitto, lo Stato si impone come risultante e sintesi politica. Risoluzione dell'antagonismo nella trascendenza degli apparati di mediazione, dominio « molare » sui flussi molecolari d'ogni genere, campo di registrazione, di risonanza e di codificazione a cui deve progressivamente rinviare la totalità delle determinazioni sociali (20).

La macchina-Stato si determina quindi nella fase più acuta di una sovversione che, per oltre due secoli, aveva irreversibilmente minato l'intero fronte del sistema tardo-medievale (21). La grande

(19) Sui rapporti politici tra assolutismo e borghesia nel Seicento la bibliografia è ormai imponente. Cfr. ancora i principali riferimenti in A. NEGRI, *Problemi*, art. cit., pp. 193 e sgg.; C. VIVANTI, *Lotta politica e pace religiosa in Francia tra Cinque e Seicento*, Torino 1963; G.F. POGGI, *op. cit.*, pp. 129 e sgg. Sulle alternative etico-politiche del ceto borghese di fronte ai processi di assestamento dell'assolutismo cfr. F. BORKENAU, *La transizione dell'immagine feudale all'immagine borghese del mondo*, tr. it. Bologna 1984, pp. 173 e sgg.

(20) Cfr. G. DELEUZE, F. GUATTARI, *op. cit.*, p. 564: « Uno dei compiti fondamentali dello Stato è striare lo spazio su cui regna o servirsi degli spazi lisci come di un mezzo di comunicazione al servizio di uno spazio striato (...). Lo Stato, infatti, non si separa, ovunque gli sia possibile, da un processo di cattura sui flussi di ogni specie di popolazione, di merci, di commercio, di denaro o di capitali ».

(21) Anche sul tema della crisi seicentesca la bibliografia è ormai imponente. Cfr. per l'essenziale, R. MOUSNIER, *Histoire générale des civilisations, tome IV, XVI et XVII siècles*, Paris 1965; AA.VV. *Crisis in Europe*, cit., tr. it. cit.; i saggi di R. MOUSNIER e R. MANDROU in AA.VV., *Lo Stato moderno*, vol. III, *op. cit.*, pp. 71 e sgg.; E. HOBBSBAWM, *Il XVII secolo nello sviluppo del capitalismo*, in « Studi Storici », n. 4, 1959-60, pp. 668 e sgg.; M. DOBB, *Problemi di storia del capitalismo*, tr. it. Roma, 1970; L. STONE, *La crisi dell'aristocrazia. L'Inghilterra da Elisabetta a Cromwell*, tr. it. Torino, 1972; B.E. SUPPLE, *Commercial crisis and Change in England: 1660-1642*, London 1959.

A proposito della nozione di crisi attribuita al XVII secolo, I. WALLERSTEIN ha invitato a storicizzarne radicalmente il senso. La crisi del XVII secolo è crisi di

crisi del Seicento, che è culmine di questa parabola temporale, costituisce — nella molteplicità delle sue espressioni — sostanza ed immagine di un'epoca di transizione. Transizione non come passaggio, ma come singolarità congiunturale in cui tutti i fattori e gli elementi critici si moltiplicano e si radicalizzano reagendo tra loro a fronte della crescita delle innovazioni (22). È la fase più drammatica dell'intero

un ordine economico politico in espansione, rottura progressiva e violenta dei limiti che ne impedivano la generalizzazione e l'accelerazione delle dinamiche proprie. Le origini di questo nuovo ordine sono iscritte nella catastrofe dell'universo tardo feudale. Nel XVII secolo, nel corso di una crisi generale, il sistema fissa la propria irreversibilità e si consolida: « *La crisi economica indebolì la nobiltà in modo tale che i contadini aumentarono costantemente la loro quota surplus dal 1250 al 1450 o 1500. Questo vale per tutta l'Europa occidentale e orientale (...) La sostituzione del modo feudale con quello capitalistico costituì la reazione feudale: fu un grande sforzo socio-politico degli strati dominanti per mantenere i privilegi collettivi anche se dovettero accettare una riorganizzazione fondamentale dell'economia (...) La contrazione del XVII secolo non fu una crisi del sistema. Al contrario, fu il periodo del suo consolidamento* » I. WALLERSTEIN, *Il mercantilismo*, op. cit. pp. 39-41.

(22) Secondo le indicazioni di Hobsbawm, la crisi seicentesca fu il terreno di coltura del violento avvio delle prime embrionali condizioni della produzione capitalistico-manifatturiera. Cfr. *Il XVII secolo*, art. cit., pp. 670 e sgg. In estrema sintesi, seguendo la lezione dello storico inglese, le principali componenti della crisi possono essere così schematizzate; aumento generale della mortalità; crisi della produzione agricola; dislocazione nella distribuzione geografica dei centri produttivi e finanziari; periodiche, violente contrazioni nel volume dei traffici; cicli internazionali di fronde e rivolte popolari; la guerra dei trent'anni come catalizzatore generale della crisi; intensificazione degli investimenti improduttivi; brutali recrudescenze di rapporti di sfruttamento di tipo tardo-feudale; esaurimento delle potenzialità del primo sistema coloniale; crisi e violenta espropriazione della piccola e media proprietà contadina; declino delle corporazioni artigiane; trasformazione del dominio feudale in proprietà fondiaria; apparizione delle manifatture statali, della manifattura a domicilio e delle prime manifatture « organiche ». Cfr. inoltre, *Crisis in Europe*, cit., tr. it cit. pp. 48 e sgg. A conclusioni analoghe pervengono C. WILSON, *England's Apprenticeship, 1603-1763*, London, 1965, pp. 58 e sgg. e C. HILL, *La formazione della potenza inglese*, tr. it. Torino 1977, pp. 181 e sgg.

L'importanza eccezionale della congiuntura critica del XVII secolo — le cui espressioni maggiori si presentano già nel cuore del Rinascimento — consiste nell'evidenziare — forse per la prima volta — la natura delle crisi capitalistiche. Di fronte ad un ordine generale di fattori critici si verificano fenomeni di differenziazione tra economie e società nazionali dando così luogo ad una riformulazione delle gerarchie su scala internazionale e, di conseguenza, ad un processo di adattamento che riguarda tutte le società coinvolte nella crisi. Il fenomeno è assai bene descritto e concettualizzato in D. NORTH-R. P. THOMAS, *The Rise of The Western World*, Cambridge 1973, pp. 103 e sgg.

processo di accumulazione, quella che polarizza e scarica fattori e dinamiche sulla conversione della moneta in capitale, in *comando diretto sui produttori* e che, contestualmente, provoca l'embrionale sperimentazione di inedite politiche costitutive dello spazio e del tempo sociali e, con queste, di strategie per l'appropriazione ed il controllo di grandi corpi collettivi.

Ma la genesi del rapporto di produzione capitalistico si articola con il radicamento di alcune fondamentali funzioni dello Stato soprattutto in concomitanza di un ulteriore ed immane processo di trasferimento e riformulazione di poteri. L'imposizione del codice capitalistico e la coeva costituzione politico-giuridica delle maggiori coordinate del suo comando sono state precedute dall'*avvio del declino*, forzosamente provocato e politicamente accelerato, di tutte le principali forme non capitalistiche del rapporto tra lavoro e proprietà e, conseguentemente, delle forme di vita e delle culture ad esse corrispondenti (23). La crisi della temporanea appartenenza delle nuove forme di appropriazione economica e politica all'ordine tardo-feudale dovette perciò giungere all'estremo grado di tensione, a quella catastrofe ontologica che si annuncia con la massima dissociazione e deterritorializzazione delle componenti del corpo storico "ospitante" i processi di accumulazione.

IV

Riprendiamo e riformuliamo, in breve, i termini del discorso sin qui svolto. Ciò che qui si persegue non è una ipotesi strettamente storiografica. L'accumulazione originaria delle istituzioni fondamentali della prima modernità, così come divengono nel XVII secolo, — dagli sconvolgimenti del sistema produttivo, alla costituzione dei grandi apparati pubblici, dalla rete dei nuovi poteri amministrativi e disciplinari, alle nuove modalità della normazione giuridica e della giurisdizione, — rinvia ad una irriduci-

(23) Sulla rovina e la massiccia espropriazione della piccola e media proprietà contadina cfr. le analisi storiche di MARX, *Il Capitale*, Libro primo, Cap. XXIV, cit., pp. 805 e ss.; I. WALLERSTEIN, *L'agricoltura capitalistica ed il sistema mondiale dell'economia europea nel XVII secolo*, op. cit. p. 317 e sgg. Id., *Il capitalismo storico*, tr. it. Torino 1985, pp. 32 e sgg.; J. JACQUART, *Le inerzie della terra; L'offensiva dei dominanti*, in *Storia economica e sociale del mondo*, a cura di P. LÉON, Bari 1980, vol. I, pp. 375 e sgg.

bile pluralità di forme, percorsi e contesti storici determinati. Inferire da questi ultimi uno schema medio in grado di raccogliere e spiegare la complessità storica sarebbe, per lo meno, cattiva storiografia. Ciò che qui si intenziona è, piuttosto, l'*idea dell'accumulazione originaria*. Non un medio storico-statistico, né un ideal tipo, ma la precisazione dei termini essenziali di una dinamica tendenziale che provoca e sovverte gran parte dei fenomeni di un'intera epoca.

La tendenza diviene intelleggibile come idea storicamente determinata, come astrazione concreta e cioè radicata e sostanziata dalla materialità dei processi in questione, se la ricerca è metodicamente indirizzata a mostrare l'*area di risonanza della tendenza*: « È assurdo porre il generale come un che di medio — scrive Walter Benjamin —. Il generale è l'idea » (24). L'idea è perciò unità di senso e vettore di una ricerca di ciò che — come in una costellazione — si pone intorno al corpo della tendenza a vari livelli di prossimità, ma pur sempre entro l'ambito che essa traccia: « Per quanto riguarda in particolare i tipi e le epoche storiche — scrive ancora Benjamin — è vero che non si potrà in alcun caso ammettere che le idee come quelle di Rinascimento e di Barocco siano in grado di dominare concettualmente la materia (...). Ma ciò che questi nomi non sanno conseguire in quanto concetti lo conseguono in quanto idee, in cui non l'analogo perviene alla coincidenza, bensì l'estremo alla sintesi » (25). Non una presunta « medietà », ma il coesistere degli estremi dà corpo all'idea. Ma quello che specifica gli estremi in quanto estremi è, pur sempre, la forza e l'intensità con le quali una tendenza si impone costituendo un orizzonte di risonanza in cui tutti gli elementi si distribuiscono e con ciò si specificano.

L'evento cruciale del XVII secolo, quello che pone il divenire

(24) W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, tr. it. Torino 1971, pp. 11-12.

(25) *Ivi*, p. 19. Cfr. le tesi di Benjamin con i temi dell'ermeneutica materialistica marxiana espressi nella *Einleitung* del 1857. K. MARX, *Introduzione a Per la critica dell'economia politica*, tr. it. Roma 1974, p. 195: « In tutte le forme di società vi è una determinata produzione che decide del rango e dell'influenza di tutte le altre ed i cui rapporti decidono perciò del rango e dell'influenza di tutti gli altri. È una luce generale che si effonde su tutti gli altri colori modificandoli nella loro particolarità. È un'atmosfera particolare che determina il peso specifico di tutto quanto essa avvolge ».

del Mondo moderno di fronte alle opzioni più decisive e radicali è l'accumulazione originaria. È questa la tendenza che provoca, che chiama a sé tutte le determinazioni storiche e che costringe forme, contenuti e linguaggi a misurarsi con essa in quanto il suo incontro non può in nessun modo essere eluso. L'imposizione della tendenza mette quindi a rischio un'intero campo storico entro il quale, infine, si decidono le sorti di ciò che si allinea e di ciò che precipita nella crisi e si perde nel declino. È solo in questo senso, crediamo, che l'accumulazione originaria può essere concepita come un *evento che si converte in destino*. E ciò non al modo di una fatalità metafisica, trascendente o immanente che sia. L'evento diviene destino nel momento in cui si è compiuto il suo prevalere di fronte a tutto ciò che ad esso resiste. È la strategia del prevalere che converte la tendenza in ciò che, infine, giunge a destinare ogni cosa ed ogni ulteriore evento e media ogni senso nell'area gravitazionale del suo procedere. Ma il destino deve costantemente essere rinviato alla sua memoria di *evento*. In questo senso, la via di accesso all'accumulazione è stata qualificata come ricerca intorno a dei *regimi della violenza*.

Quest'ultima non è mera brutalità, né spargimento di sangue o semplice repressione. La violenza qualifica le trame di una avventura materiale, un complesso di passaggi e movenze che convertono lo accadere della tendenza in destino. Ma, ancora una volta, la tendenza non è già sempre teleologicamente eletta come destino. Più che una lineare transizione, il passaggio tra tendenza e destino è una catastrofe ontologica, una irriducibile discontinuità. La transizione tra tendenza e destino è perciò una catastrofe della violenza: tra la violenza che inaugura e fonda e quella che normalizza e governa la normalizzazione. Passaggio catastrofico tra un regime della violenza « costituzionale » di un complesso campo normativo e la regolarizzazione del regime della sua operatività e continuità. Catastrofe, non linearità, non deducibilità tra i due regimi della violenza. Ma — una volta consumato — il passaggio impone una sua logica inderogabilità che prescrive che la violenza normalizzatrice, la violenza che « ormai governa » o — quello che è stata caratterizzata come sostanza del diritto — può operare solo sul fondamento di quella violenza *costituzionale ed inaugurale* che continua a vigere nella latenza. Secondo questa logica, ogni evento deve poter accadere ed essere iscritto, ma già sempre entro il limite di ciò che « è stato »

e cioè nella morsa tra la latenza della violenza costitutiva e quella che « conserva il diritto » (26).

Il processo di imposizione della tendenza non è perciò rappresentabile al modo di un *continuum lineare*. L'imporsi dell'accumulazione originaria è storia discontinua e continuamente spezzata da antagonismi e resistenze, bloccata da inerzie e stasi e rilanciata da accelerazioni. Innanzi tutto, come si è più volte sottolineato, il suo divenire si radica dentro altre condizioni, proprie di un altro « mondo ». Dentro il drammatico confronto con il mondo da cui ha avuto origine, il processo di accumulazione deve infine procedere e compiersi come smantellamento e sconvolgimento interno alle strutture di quello stesso corpo storico ospitante con il quale era stata solo temporaneamente instaurata una contraddittoria alleanza. In tale movimento, il nuovo diritto è strettamente intramato con il procedere della tendenza. Ogni passaggio, ogni ulteriore crescita nell'opera di sussunzione esercitata dal denaro e dallo Stato è, immediatamente, creatrice di nuovo diritto o meglio, è violenza creatrice di sempre nuovi dispositivi che compongono un campo normativo entro il quale si specificano e si sperimentano nuove pratiche di potere.

La definitiva maturazione della prima fase dell'accumulazione si qualifica perciò, da un lato, con la tendenza all'affermazione del comando indiretto sul lavoro e su gran parte delle condizioni materiali della produzione e, dall'altro, come ristrutturazione politica generale, precisazione di istituti e funzioni come altrettante articolazioni dello Stato moderno. Ma nessuno di tali fenomeni può essere linearmente dedotto dalla crisi del mondo tardo medievale. Non v'è quindi nes-

(26) Due regimi della violenza, due regimi del diritto, ma — anche — due regimi della « visibilità ». La visibilità è l'orizzonte della normatività che distribuisce identità, ruoli e funzioni tra attori e dispositivi di dominio da un lato ed oggetti e piani di consistenza dall'altro. La monarchia assoluta è ancora largamente radicata in un regime della visibilità che — come ha mostrato Foucault — deve massimizzare la rilevanza « ottica » dello Stato nella figura del corpo del re e, attraverso di essa, ribadire l'incolmabile asimmetria tra i gradi di intensità luminosa che esaltano la distinzione tra il monarca ed i sudditi. Nel caso della « penaltà classica », la visibilità si articola nella differenza dei livelli e di rilievi tra violenza che singolarmente punisce e quella che « già sempre » ha istituito il diritto-potere di punire. Nel caso dei supplizi, queste due forme della violenza si coniugano scaricandosi simultaneamente sul corpo del suppliziato. Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, op. cit.*, pp. 55 e sgg.

suna evidente consequenzialità tra endogeno disfacimento dei sistemi economici e delle forme di dominazione del tardo Medioevo ed il prevalere della tendenza (27). Ed, inoltre, il passaggio non è, né esclusivamente economico, né solo politico-giuridico. L'uno rimanda all'altro come sua condizione di realizzazione.

Sì è perciò osservato che la prima fase dell'accumulazione si caratterizza come processo di sussunzione di rapporti di potere, forze produttive e sociali sotto il comando indiretto del denaro e di un centro politico in via di definitivo insediamento che la letteratura filosofica e politica dell'epoca moderna definisce *sovranità*. Effetto generale di questo primo ciclo dell'accumulazione economica non è la distruzione delle forze produttive, dei gruppi sociali e delle istituzioni, ma l'imposizione di non resistibili forme di subordinazione. Né lo Stato, né il capitale-denaro distruggono direttamente il complesso di determinazioni entro le quali si sono « accumulati ». Nel corso di una temporanea alleanza queste ultime vengono piuttosto private della loro autonomia e, in seguito, lentamente dissolte in quanto vengono dissolti i legami materiali, giuridici e simbolici che ne territorializzavano le componenti. Moneta, capitale commerciale e Stato lasciano cioè sopravvivere forze produttive, rapporti di produzione e organismi sociali unitamente alle loro istituzioni rappresentative, ma li paralizzano e ne immobilizzano l'autonomia, provocan-

(27) Come è noto, il « vuoto », logico-ontologico tra declino del feudalesimo ed avvio del capitalismo è tema di un interminabile dibattito che, a più riprese, ha coinvolto gran parte della storiografia del novecento. Cfr. per l'essenziale, AA.VV., *A Transition from Feudalism to Capitalism. A Symposium*, New York 1975; M. DOBB, *Problemi*, cit., AA.VV., *Manifattura ed ideologia* (testi di BORKENAU, GROSSMANN, NEGRI, SCHIERA), Roma 1978; V. COLDAGELLI, *Forza lavoro e sviluppo capitalistico*, in «Contropiano», 1969, pp. 110 e sgg.; A. CAVALLI, *Le origini del capitalismo*, Torino 1973; A. LEPRE, *Dopo Dobb e Sweezy: il dibattito sulle origini del capitalismo. Per una ricomposizione dell'interpretazione marxista delle origini del capitalismo moderno: Hobson, Schumpeter, Baran, Sweezy, Galbraith*, Torino 1979; M. TRONTI, *Hobbes e Cromwell*, in AA.VV., *Stato e rivoluzione in Inghilterra*, 1977, pp. 183 e sgg.

Dice TRONTI, *op. cit.* pp. 119-223: « (...) l'origine dello Stato borghese moderno anticipa il processo di transizione al capitalismo (...) Il processo di concentrazione del potere ha preceduto storicamente il processo di concentrazione del capitale (...) La concentrazione del potere, dunque, come modello politico e funzione materiale nella transizione al capitalismo ».

done così la caduta nei campi gravitazionali delle loro sfere di influenza.

I produttori diretti vengono lentamente costretti ad acquistare e vendere attraverso le potenti intermediazioni del ceto che domina gli scambi, che può operare nell'area dei mercati allargati e che dispone del denaro. Secondo una dinamica analoga, città, « stati » e ceti non possono decidere alcunché al di fuori della mediazione o contro la volontà dello Stato, funzionalmente rappresentata dal corpo del sovrano e ciò sino al limite di un inarrestabile declino politico (28). Si riconferma così la strategia generale della prima fase dell'accumulazione: immobilizzare e quindi paralizzare poteri, diritti, forze produttive e rapporti di produzione e, successivamente, scioglierli, decomporli per poi passare alla fase dell'appropriazione diretta dei flussi e delle forze che sono state in tal modo « liberate ».

Ritorniamo allora sulle tracce dell'analisi marxiana intorno ai fondamentali passaggi strategici della *sussunzione formale* delle forze produttive e dei tradizionali rapporti di proprietà da parte del denaro, *Il Capitale*, Libro III, Cap. XX, ed. cit., p. 396: « *Lo sviluppo del commercio e del capitale commerciale orienta ovunque la produzione verso il valore di scambio (...). Il commercio esercita perciò ovunque un'azione più o meno disgregatrice sulle organizzazioni preesistenti della produzione le quali in tutte le loro diverse forme sono principalmente orientate verso il valore d'uso* ». La caustica azione del commercio tende dunque a separare il produttore dallo acquirente e costringe il primo a dipendere da forze che hanno ormai guadagnato il controllo dei mercati e delle catene di merci. La produzione per il valore d'uso connessa con i mercati ristretti e

(28) Cfr. G. POGGI, *op. cit.*, pp. 112-113: « *Nello Standestaat, il diritto era essenzialmente la somma degli insiemi tradizionali dei diritti, privilegi ed obblighi che ciascun ceto, come lo stesso principe, faceva suoi (...). Vista contro questo sfondo l'idea che il principe potesse, con un atto sovrano di volere, porre in essere un nuovo diritto e farlo valere insieme al suo sistema giudiziario (sempre più ramificato e funzionale) era di portata rivoluzionaria* ». Il declino dello *Standestaat* si consuma nel corso del lungo conflitto che oppone lo Stato alle città per il primato militare (eserciti permanenti e già strutturati come grandi macchine belliche contro gli eserciti cittadini, temporanei e composti in massima parte da mercenari); fiscale (la città viene infine incorporata come parte del territorio fiscale dello Stato); economico lo Stato deve sottrarre alle città il controllo sui flussi monetari e mercantili). Sull'argomento cfr. F. BRAUDEL, *Capitalismo e civiltà materiale*, tr. it. Torino, 1977, pp. 379 e sgg.; G. DELEUZE, F. GUATTARI, *op. cit.*, pp. 634 e sgg.; O. BRUNER, *op. cit.*, pp. 39 e sgg.

locali entra in crisi unitamente alla comunità fondata sulla stretta contiguità tra produzione e consumo. I produttori vengono così definitivamente privati del controllo sulla circolazione della ricchezza. *Il Capitale*, Libro III, Cap. XXXVI, cit., p. 694: « *Da un lato l'usura mina e sconvolge la proprietà dell'antichità del feudalesimo, dallo altro distrugge lentamente e rovina la produzione di piccoli contadini e dei piccoli borghesi, in breve, tutte le forme in cui il produttore appare ancora come proprietario dei mezzi di produzione* ». A differenza del capitale commerciale, il cui influsso sembra ancora consentire, sebbene solo una parvenza di autonomia ai modi di produzione ed ai rapporti di proprietà tradizionali, la moneta conduce gli uni e gli altri al declino. La moneta è negazione del rapporto tra lavoro e proprietà. Essa mette infine il produttore nella impossibilità di produrre, lo assoggetta direttamente e con la rovina economica vengono aboliti i titoli giuridici e consuetudinari sulle condizioni oggettive della produzione.

« *In tutti i modi precapitalistici di produzione, l'usura esercita un'azione rivoluzionaria solo quando distrugge e dissolve quelle forme di proprietà sulla cui solida base e riproduzione costante, nella stessa forma poggia l'ordinamento politico* » (Ivi, p. 695). L'azione dell'usura provoca perciò la saturazione di un requisito fondamentale di ciò che, solo in seguito, sarà il *modo capitalistico di produzione*: la violenta liberazione dei valori mediante la distruzione dei tradizionali vincoli normativi. È solo quando la violenza del capitale commerciale e della moneta avrà integralmente e con radicale intensità completato il suo ciclo — separazione tra lavoro oggettivato e lavoro vivo — che l'accumulazione entrerà nella fase più critica del suo compimento.

Seguiamo ora la schematizzazione marxiana degli esiti del violento processo di liberazione dei valori, determinazioni sociali e molteplicità umane: *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica*, vol. I, Quaderno V, ed. cit., p. 484: « (...) il processo che ha separato un gran numero di individui dai loro tradizionali rapporti positivi — o in un modo o nell'altro — con le condizioni oggettive del lavoro, che ha negato questi rapporti ed in tal modo ha trasformato questi individui in lavoratori liberi è lo stesso processo che ha liberato queste condizioni oggettive del lavoro — terra, materia prima, mezzi di sussistenza, strumenti di lavoro, denaro — e tutto questo dal loro tradizionale legame con gli individui che

ne sono stati poi distaccati. Essi esistono ancora, ma in forma differente, come fondo libero in cui tutte le vecchie relazioni politiche sono state cancellate e che ormai si contrappongono a quegli individui senza vincoli e senza proprietà soltanto sotto forma di valori a se stanti». A questo stadio dell'accumulazione economica, la violenza è perciò ancora violenza contro il diritto, ossia contro l'ordine dei legami tra lavoro e proprietà ed, infine, contro i codici che territorializzavano i singoli con le condizioni sociali della riproduzione di sé e dei propri mondi vitali (29).

Si apre così il processo di riterritorializzazione del « lavoro vivo » e del « lavoro morto », ma secondo ben diversi paradigmi normativi: « Il processo storico è consistito nella separazione di elementi sino ad allora uniti — il suo risultato non è quindi la scomparsa di uno degli elementi, ma la ricomparsa di ciascuno di essi in una relazione negativa con l'altro — il lavoratore libero (virtualmente) da una parte, il capitale (virtualmente) dall'altra » (Ivi, p. 485). La crisi del diritto e dei legami normativi si scarica dunque immediatamente su di un sistema di forme di vita. Ciò che una forza acquista con la forma di violenza che le « è propria » (la disgregazione e la sussunzione), l'altra perde definitivamente e con ciò (la perdita di un legame con l'oggettività che non è ancora « diritto » di proprietà in senso moderno) perde gran parte delle condizioni della propria autoidentificazione e riconoscimento sociale (30).

Facciamo ora un passo indietro d'ordine metodologico. Il processo di espropriazione e sussunzione di diritti, legami e forme della produzione ed identificazione sociale, non sarebbe stato possibile se non fosse stato — non accompagnato —, ma direttamente costituito

(29) La distruzione dei legami normativi è, in pari tempo, distruzione di organismi linguistici, etici e simbolici della territorialità. Cfr. P. D'ALESSANDRO, *Ermeneutica e marxismo*, Milano 1988, p. 51: « La terra dà il nome, cioè la natura è creativa, dal momento che assume i caratteri della divinità: è Dio, infatti, che impone il nome e nominando dona alle sue creature l'essenza e la vita stessa. Intesa così, la terra non risulta essere semplicemente natura, ma anche al tempo stesso cultura, essa diviene tradizione nella misura in cui la storia di una famiglia, di un casato caratterizza a tal punto il possesso fondiario che quest'ultimo, di rimando, diventa per l'uomo che lo possiede la sua casa (Heim, casa propria) e l'uomo in essa e per essa si fa persona ».

(30) Ivi, p. 53: « L'uomo perde insomma la propria terra, proprio nel mentre l'acquista (...). La terra non è più propria (...) proprio nel momento in cui diviene propria nel possesso economico ».

in senso politico e giuridico. Lo Stato non solo ratifica quel processo, ma lo preforma giuridicamente mediante il *diritto di proprietà*.

La separazione tra la sfera dell'oggettività materiale e la persona che è rappresentata dalla continuità di un *nome*, trasfigura le determinazioni materiali in proprietà, ossia in un bene astrattamente disponibile. Quest'ultimo appare sempre *formaliter* sussunto sotto una volontà determinata, e tuttavia, quel medesimo oggetto deve mantenersi in uno stato di latente e permanente disponibilità. MARX-ENGELS, *L'ideologia tedesca*, Parte I, (MARX-ENGELS, *Opere*, vol. V, Roma 1977, p. 77):

« Nel diritto privato i rapporti di proprietà esistenti sono espressi come risultante della volontà generale (...) questa illusione giuridica che riduce il diritto alla pura volontà conduce necessariamente a questo sviluppo ulteriore dei rapporti di proprietà che ciascuno può avere un titolo giuridico ad una cosa senza avere realmente la cosa. Se, per esempio, la rendita di un terreno è annullata dalla concorrenza, il proprietario ha certamente il suo titolo giuridico ad essa, insieme con lo *jus utendi et abutendi*, ma non può farsene niente, come proprietario fondiario, a meno che non possieda ancora capitale sufficiente per coltivare il suo terreno. Questa stessa illusione dei giuristi spiega come per essi, e per ogni codice in generale, sia causale che degli individui entrino in rapporto tra di loro (per esempio i contratti) e, come, secondo loro questi rapporti siano di quelli che si possono stringere a piacere ed il cui contenuto dipende dall'arbitrio individuale ».

Non è la volontà generale, ma le contingenze del mercato degli scambi, che determinano il diritto di proprietà. Persone e cose vengono così iscritte nel medium dell'astrazione che è forma del diritto di proprietà in cui si esprime la formalizzazione politico-giuridica dell'universalizzarsi delle relazioni di scambio. L'astrazione giuridica consente perciò un'inedita permutabilità tra cose e persone. La persona, che nel contratto figura come « persona contraente », nel processo di produzione diviene una merce particolare che può essere consumata produttivamente. Nel modo di produzione capitalistico, la figura giuridica del contratto in cui compaiono solo persone, implica — senza che questo si manifesti nel contratto — un diritto di proprietà sulla persona che nel processo di produzione compare come quella merce particolare che è in grado di consumare produttivamente altre merci dando così luogo ad un surplus di valore.

L'intervento dello Stato non è quindi soltanto concomitante

con i processi dell'accumulazione economica, ma ne preconstituisce le condizioni giuridiche e cioè ne formalizza la socializzazione. La proprietà può allora « circolare » e fluttuare dentro la precostituzione di una forma giuridica che segue e ratifica le « stazioni » di questo stesso movimento. Il consolidamento del moderno diritto di proprietà sancisce l'avvenuta oggettivazione giuridica della violenta espropriazione e disgregazione che ha separato e « liberato » i valori e che, con questo, ha tramutato una dimensione dell'oggettività, simbolicamente, affettivamente e linguisticamente intramata con il tessuto del mondo della vita dei singoli in *valore di scambio*. Ma, in quanto incentrato intorno al diritto di proprietà, il diritto privato è possibile perché vi è già un potere che lo ha istituito. Il diritto privato presuppone il diritto pubblico. O meglio, presuppone la violenta costituzione di un campo normativo che si attualizza procedendo ad una autodefinizione in una sfera « pubblica » e dei rapporti « privati »: « (...) anche l'origine di ogni contratto rinvia alla violenza. Anche se non è necessario che essa sia immediatamente presente nel contratto come violenza creatrice di diritto, vi è tuttavia pur sempre rappresentata in quanto il potere che garantisce il contratto è, a sua volta, di origine violenta, quando non è insediato giuridicamente con la violenza in quello stesso contratto. Se viene meno la consapevolezza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico esso decade » (31).

Nella fondamentale figura giuridica « diritto di proprietà » è quindi sedimentato, e come cristallizzato, un vasto movimento storico. Ciò che appare ovvio e cioè che qualcosa come il valore possa essere scambiato e che, in fondo, sia del tutto casuale chi entri concretamente e di volta in volta in rapporto con esso in quanto proprietario è, piuttosto, l'esito di un complesso ordine di passaggi storicamente determinati (32). In quella medesima categoria è stato cioè alla

(31) W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, op. cit., p. 17.

(32) Per Marx, l'apparente universalità ed oggettività logiche delle categorie che descrivono l'economia capitalistica « sviluppata », implicano la memoria di categorie corrispondenti ad antecedenti modi e rapporti produttivi, come altrettanti frammenti e sedimentazioni « archeologiche ». K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, cit., p. 196: « (...) è impossibile ed erroneo disporre le categorie economiche nel modo in cui esse furono storicamente determinate. La loro successione è invece determinata dalla relazione in cui esse si trovano l'una con l'altra nella moderna società borghese che è esattamente l'inversa di quella che si presenta come la loro relazione naturale e corrispondente alla successione dello sviluppo storico ».

lunga cancellato il trauma storico del processo di svincolo delle determinazioni materiali — della sfera dell'oggettività — da un complesso ordine di legami della territorialità. Il diritto di proprietà sottende dunque l'intero processo della violenta accumulazione dei titoli materiali — che tramite il diritto di proprietà divengono titoli giuridici — sui valori (condizioni oggettive del lavoro, beni ed infine il lavoro stesso) ma, soprattutto, presuppone l'accumulazione di un potere o la saturazione della dimensione costitutiva, costituzionale della violenza che ha inaugurato un campo normativo all'interno del quale viene iscritto *il confine politico* tra sfera pubblica e privata.

Il diritto di proprietà è la registrazione giuridica dell'inarrestabile avanzata del movimento di sussunzione e di dominio su di un intero sistema di civiltà e di consuetudini etico-linguistiche, di organismi simbolici e normativi. Da un punto di vista materialistico, il diritto di proprietà rinvia quindi, ed ancora una volta, all'antagonismo come motore e « stimolante » del processo generale dell'accumulazione in tutti i suoi aspetti ed articolazioni. In altri termini, nel diritto di proprietà — più che la demiurgica ed eroica intraprendenza del nuovo soggetto borghese — è rappresentata la violenta negazione delle configurazioni tradizionali del rapporto tra i singoli e le condizioni della produzione sociale e, con esse, delle corrispondenti forme di vita storiche e culturali. Negazione, in quanto queste stesse forme di vita furono piegate e la loro autonomia infine distrutta (33).

V

Il moderno diritto di proprietà implica, ad un tempo, la fenomenologia dei soggetti agenti e dei protagonisti del processo di accumulazione. Con la cristallizzazione della positività giuridica prodotta dai processi distruttivi e disgregativi, il diritto di proprietà

(33) Cfr. il giudizio di Schumpeter che insiste sul primato dell'elemento personale — imprenditorialistico anche nell'esercizio delle nuove forme di violenza. Cfr. J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, tr. it. Milano, 1967, pp. 16-17: « Violenza, spoliazione, soggiogamento delle masse per poterle sfruttare (...) tutto ciò è vero e perfettamente consono alle idee dominanti agli intellettuali di ogni tipo, oggi ancor più che ai tempi di Marx, ma è chiaro che non si risolve il problema di spiegare come singoli individui abbiano acquistato il potere di soggiogare e spoliare (...) la spiegazione marxista è insufficiente perché, in ultima analisi, la rapina coronata da successo deve fondarsi sulla superiorità personale del rapinatore ».

evidenza i percorsi del divenire della borghesia. Evidenza, in particolare, a quale livello di complessità fosse giunta — nel XVII secolo — l'articolazione della composizione di classe della borghesia. I processi di accumulazione risultano, in tal senso, altrettanti passaggi e fattori dinamici che spingono in avanti la composizione di classe borghese. Ogni categoria macroeconomica — capitale commerciale, capitale finanziario, regime dei monopoli, proprietà fondiaria, ecc. — è una espressione in cui si articola il radicamento storico-sociale di quel ceto intermedio che aveva violentemente messo in moto tutte le variabili strutturali dell'epoca. L'avvio della seconda fase dell'accumulazione capitalistica — quel passaggio catastrofico tra la crisi di componenti cruciali del mondo tardo medievale e primo capitalismo manifatturiero — segna una profonda rottura interna al ceto borghese. Gran parte della letteratura storiografica sul periodo in questione è infatti concorde nel sottolineare la discontinuità tra sviluppo e consolidamento delle forze monopolistiche borghesi nel commercio, nella concentrazione finanziaria, nell'« infeudamento » di alcune pubbliche funzioni ed il divenire delle prime forme di produzione capitalistico-manifatturiera. Il sorgere di una produzione specificamente capitalistica, l'avvento della produzione manifatturiera, provoca un grave problema politico che, come una frattura, incrina trasversalmente i temporanei e delicati equilibri della composizione di classe borghese. Questa frattura provoca la prima grande ristrutturazione costituzionale dello Stato moderno: la rivoluzione inglese. È in Inghilterra, infatti, che l'embrionale, ma per molti aspetti, già consistente sviluppo del capitale manifatturiero esige un drastico ridimensionamento dell'alleanza tra privilegio del monopolio borghese e protezione assolutistica. Esige cioè omologia tra forma politica e riconfigurazione del mercato, esige — in altri termini — una più matura definizione del diritto di proprietà (34). Il potere politico viene così violentemente e ri-

(34) L'ampliamento del diritto di proprietà colpisce in primo luogo il mondo contadino: Cfr. J. JACQUART, *L'offensiva dei dominanti*, in *Storia economica e sociale del mondo*, a cura di P. LÉON, tr. it. Bari, 1980, vol. I, p. 448: « La vittoria di Cromwell e soprattutto la Restaurazione e la legislazione dei Cavalier Parliament segnano il trionfo della gentry e dei landlords. Dopo il 1662 le enclosures si vanno moltiplicando con il consenso del Parlamento e l'appoggio dei teorici dell'agricoltura, per i quali le terre comunali e le servitù collettive sono un freno al progresso della produttività del suolo ed un ostacolo alla libera iniziativa del proprietario ». Cfr. I. WALLERSTEIN, *Il capitalismo storico*, cit., pp. 49 e sgg.; M. DOBB,

solutamente ristrutturato. Lo Stato viene sottoposto ad una *rifondazione costituzionale* come megadispositivo di realizzazione dell'accumulazione, in senso non più esclusivamente speculativo-monopolistico, ma produttivo. Il soggetto borghese rifonda il suo assoggettamento allo Stato: « *Nel fondare l'inviolabile convenzione dell'assoluta sovranità, il soggetto si realizza come assoggettamento, dialettica dell'assoggettamento. Questa dialettica garantisce la libertà soltanto come determinazione del diritto privato, come libertà del possesso — la quale dunque non può darsi che grazie alla costituzione del Rappresentante assolutamente sovrano* » (35).

E tuttavia, anche questo ulteriore e decisivo fattore del qua-

Problemi, cit., pp. 154 e sgg. Non ci pare che vi sia contraddizione tra una lettura della rivoluzione inglese che ponga in primo piano la sovversione del regime monopolistico da parte di rilevanti componenti della borghesia e che, quindi, accentui l'aspetto dell'insorgere della società contro lo Stato ed un'interpretazione che, invece, individui in un radicale rivolgimento della forma dello Stato la precondizione assoluta per avviare un ulteriore passaggio nel processo di accumulazione. Cfr. su questo ultimo punto AA.VV., *Stato e rivoluzione in Inghilterra*, a cura di M. TRONTI, *cit.*; C. WILSON, *England's...*, *op. cit.*; C. HILL, *La formazione, op. cit.* Non pare cioè esservi contraddizione tra necessità della ristrutturazione del mercato, così come si presenta in Inghilterra nel XVII secolo — con tutti i problemi connessi alla ridefinizione dei rapporti di forza nell'ambito dell'accumulazione — e la conquista della dittatura politica come strumento-dispositivo di realizzazione di una forma costituzionale coerente con una fase più avanzata dell'accumulazione. Cfr. le considerazioni di A. ILLUMINATI, *Sull'autonomia del politico*, in « Aut Aut », nn. 165-166, p. 152 e sgg. Sul primo punto cfr. M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, tr. it. Firenze, 1984, pp. 302-303: « *La caratteristica e fortissima ostilità dell'opinione pubblica inglese contro i monopoli è sorta storicamente dalla combinazione di una lotta politica contro la Corona — il Parlamento a lungo escluse dal suo seno i monopolisti — con motivi etici del Puritanesimo e con gli interessi economici del piccolo e medio capitalismo in contrasto con i magnati della finanza. La Declaration of the Army del 2 agosto 1653 ed anche la Petition dei Levellers del 28 gennaio 1653, oltre alla abolizione delle acise, dei dazi ed imposte indirette (...) richiedono soprattutto free trade, cioè l'abolizione di tutti i limiti monopolistici dell'industria, all'interno ed all'esterno, come violazione dei diritti umani* ».

(35) M. CACCIARI, *Dialettica e critica del Politico. Saggio su Hegel*, Milano 1978, p. 7. L'estensione e la socializzazione del diritto di proprietà, e cioè un'ulteriore fase di maturazione del mercato capitalistico, dovettero essere preceduti da una radicale sovversione e rifondazione costituzionale. Da ciò consegue una fase di stabilizzazione politica e costituzionale e la repressione delle punte più radicali del ciclo rivoluzionario, che resero possibile un'ulteriore accelerazione e consolidamento dell'economia nazionale inglese. Cfr. I. WALLERSTEIN, *Il mercantilismo, op. cit.* pp. 155-156; cfr. inoltre il notevole studio di D. PLUMB, *The origins of Political Stability, England 1675-1725*, Boston 1967.

dro dell'accumulazione sembra rimanere iscritto nell'arcano che problematizza la ricostruzione e la comprensione del passaggio alle prime forme della *produzione capitalistica*. Chi sono dunque i soggetti, quali le forme e le condizioni di questo « salto »? Come poter colmare quel vuoto logico-ontologico tra saturazione del potere del commercio e della moneta ed avvio del dominio diretto del capitale? Come descrivere questa « catastrofe » che attraverso ed investe gran parte del secolo? Una duplice difficoltà sembra determinare l'« arcano » che circonda il passaggio in questione. Da un lato, stando alla *logica* della norma capitalistica, chi cerchi di dimostrarne i fondamenti è costretto in una sorta di circolo vizioso. *Il Capitale*, Libro I, Cap. 3, cit., p. 171: « *L'accumulazione del capitale presuppone il plusvalore ed il plusvalore presuppone la produzione capitalistica e questa, a sua volta, presuppone la presenza di masse di capitale e di forza lavoro di una considerevole entità in mano ai produttori di merci* ». Giunto al livello della sua normalizzazione, il capitale presuppone se stesso fingendo una sorta di autogenerazione spontanea. Dall'altro, e cioè da un punto di vista genealogico, resta la cesura tra accumulazione del denaro, liberazione dei valori, loro conseguente separazione e loro successiva riunificazione mediante l'appropriazione diretta mediata dal comando sul lavoro (36).

Riassumendo: nelle sue iniziali espressioni, il modo di produzione capitalistico non è né il prodotto-sbocco immediato del disfacimento del feudalesimo, né l'esito di un'autogenesi. Né il capitale-denaro, né la disgregazione del tardo-medioevo o di ciò che di quell'organizzazione sociale tenacemente resiste, intenzionano teleologicamente il capitale. La rivoluzione capitalistica, la « via autenti-

(36) Ciò che deve quindi essere « spiegato » sono le forme ed i piani di attuazione della ricomposizione/separazione tra i valori. Cfr. G. DELEZUE, F. GUATTARI, *op. cit.*, p. 662: « *Il capitalismo si forma quando il flusso di ricchezza non qualificata incontra il flusso di lavoro non qualificato e si coniuga con esso. È ciò che le congiunzioni precedenti, ancora qualitative o topiche, avevano sempre inibito (i due principali inibitori erano l'organizzazione feudale delle campagne e l'organizzazione corporativa della città). È come dire che il capitalismo si forma con un'assiomatica generale dei flussi decodificati* ». La riunione dei flussi — beni capitali e lavoro libero — avviene quindi nel processo di produzione come processo di valorizzazione. Il denaro separa ed il capitale riunisce come comando sulla valorizzazione della ricchezza. È solo allorché la ricchezza — i valori d'uso — vengono iscritti nel processo di valorizzazione, e cioè nel momento in cui la ricchezza diviene funzione della valorizzazione, che ha inizio il capitalismo come modo di produzione.

camente rivoluzionaria » al capitalismo — come sostiene Marx — non è un fenomeno « semplicemente economico ».

Non è un fenomeno economico perché le categorie economiche incontrano dei limiti esplicativi che esse non sono in grado di forzare. Il capitale è perciò, da un lato irriducibile al denaro e, dall'altro, alla crisi. Se, in tal senso, lo sviluppo e la socializzazione della moneta e dei traffici caratterizza lo sviluppo di un sistema della e per la liberazione dei valori, non v'è continuità alcuna tra questa forma appropriativa e quella che presiede alla costituzione del campo di positività e norme del codice capitalistico. Almeno, come si è sottolineato, non pare esservi continuità in senso strettamente economico (37). Se è quindi incontestabile che la concentrazione dei capitali monetari costituisca un prerequisito essenziale, un anticipatore strutturale per il divenire del capitale e dello Stato moderno, non pare meno contestabile che quella medesima concentrazione finì per inibire e « congiurare » contro il capitalismo.

Riprendiamo perciò l'analisi delle dinamiche e degli agenti del passaggio seguendo — ancora una volta — la trama dell'indagine marxiana intorno ai tratti salienti dell'arcano dell'accumulazione. In primo luogo, nei testi marxiani che, a più riprese, svolgono un progressivo approccio al nodo dell'arcano è possibile individuare una articolazione tra descrizione della logica del rapporto produttivo capitalistico, a questo livello del suo divenire; una ricostruzione del processo storico che ha disposto in una sequenza diacronica ed infine organizzato in un quadro strutturale le positività, le condi-

(37) Vi è spesso una singolare, quasi imbarazzata censura da parte degli storici marxisti a riconoscere pienamente l'aspetto politico e quindi la completa artificialità e sovradeterminazione di tutti i momenti e passaggi strategici del processo di accumulazione e, in particolare, del passaggio all'appropriazione diretta dei valori e della forza lavoro. Al contrario M. DOBB, *Problemi*, cit., pp. 200-201: « Ciò che occorreva soprattutto, come fattore storico dell'accumulazione di ricchezza in mani borghesi era qualche elemento capace di comprimere il valore di quel che la borghesia faceva oggetto del suo tesoreggiamento ed acquisto e di mantenerlo alto durante la fase di realizzazione (...). Qualcosa di questo genere era altamente improbabile in condizioni normali, salvo che come coincidenza accidentale, di circostanze fortuite e meno che mai in condizioni prossime a quelle del libero mercato e della concorrenza. Poteva prodursi invece come risultato di una deliberata politica statale ed in rapporto alla dissoluzione di un vecchio ordine sociale che tendeva al doppio effetto di impoverire ed indebolire gli elementi legati al vecchio modo di produzione ed offrire alla borghesia l'occasione di impadronirsi in qualche misura del potere politico e di influenzare così la politica economica dello Stato ».

zioni oggettive e le regolarità che lo rendono possibile e, quindi, la decifrazione dell'imporsi della tendenza del dominio capitalistico come *destino*. *Lineamenti fondamentali*, vol. I Quaderno IV, ed. cit., pp. 439-440: « (...) il lavoro vivo si presenta come mezzo per valorizzare il lavoro materializzato, morto, per permearlo con un'anima vivificante e per perdervi la propria (...). Ciò che viene riprodotto e prodotto ex novo non è soltanto l'esistenza di queste condizioni del lavoro vivo, ma la loro esistenza di valori autonomi, ossia appartenenti ad un soggetto estraneo, contrapposto a questa capacità lavorativa vivente. Il capitale si trasforma in capitalista, d'altro canto, l'esistenza puramente soggettiva della capacità lavorativa di fronte alle sue proprie condizioni le conferisce una forma soltanto oggettiva, indifferente ad esse ».

Il capitale è un rapporto tra forze, un metodo di dominazione fondato sulla riunificazione coatta tra « lavoro vivo e lavoro morto ». Un modo della riunificazione tra elementi separati che accresce ed allarga indefinitivamente quella separazione in quanto radicata in un antagonismo originario e costitutivo. Ciò che nella separazione appare come un oggetto, e che in quanto tale sta « di fronte » alla vivente capacità lavorativa, è potere di un altro, potere altrui che quella separazione ha originariamente imposto e che non cessa di approfondire. In tal senso, una volta dati questi presupposti, il processo di sviluppo del rapporto produttivo capitalistico si qualifica come *destino* della espansione — che pretende l'illimitato — di quella separazione e, con quest'ultima, dell'antagonismo che essa sempre implica: « Una volta presupposta questa separazione, il processo di produzione può solo produrla di nuovo, riprodurla e riprodurla su scala più larga » (*Ivi*, p. 440). Al « capitalismo » come modo di produzione è perciò presupposto il compimento della separazione e « liberazione » di valori per la loro successiva ricomposizione nella forma di una nuova ed ancor più radicale separazione. Prima di poter ingannevolmente apparire come primario agente produttivo, il capitale non produce quindi nulla. Ma la sua *improduttività* è il suo potere: opera della separazione ed astrazione dei valori sino ad allora connessi e loro forzata immissione nel *medium della disponibilità generale* in cui consiste il mercato.

Questa « potente improduttività » del denaro consente allora una definitiva calibratura degli strumenti ermeneutici per lo scioglimento dell'arcano. *Lineamenti*, vol. I, Quaderno V, ed. cit., pp.

488-489: « *La formazione originaria del capitale non avviene nel senso che il capitale accumuli, come si pensa, mezzi di sussistenza, strumenti di lavoro, materie prime, in breve le condizioni oggettive del lavoro distaccate dal suolo e già combinate col lavoro umano (...). La sua formazione originaria avviene semplicemente per il fatto che il valore esistente come patrimonio monetario viene messo in condizione, attraverso il processo storico della dissoluzione del vecchio modo di produzione, da un lato di comprare le condizioni oggettive del lavoro, dall'altro di ottenere in cambio di denaro lo stesso lavoro vivo di operai divenuti liberi (...) ed è questo processo che permette al denaro di trasformarsi in capitale* ».

Il processo generale dell'accumulazione capitalistica deve quindi essere articolato in due momenti distinti e costitutivi. Quello della separazione, liberazione ed appropriazione monetaria dei valori, processo che per ogni singolo elemento della riduzione dell'essere a « valore » — lavoro vivo, lavoro morto — implica percorsi e sequenze storiche determinate. In secondo luogo, la loro riunificazione forzata mediante una nuova e differente modalità della separazione. Il cosiddetto « arcano » avvolge quindi, propriamente, la determinazione di questo secondo momento e pare consistere in ciò che — come si è detto — non può essere inteso come un dato « economico »: « *Il patrimonio monetario non ha inventato, né fabbricato il filatoio ed il telaio; separati dalla loro terra i filatori ed i tessitori con i loro filatoi e telai, caddero sotto il dominio del patrimonio monetario. Il capitale ha un'unica proprietà, quella di unificare le masse di mani e strumenti che esso trova già. Esso le agglomera sotto il suo dominio. Questa è la sua reale accumulazione* » (Ivi, p. 490).

Stando alla lettera del filo di queste affermazioni marxiane, pare che il capitale sia in grado di agire come forza costitutiva, immediatamente « politica », capace cioè di imporre la socializzazione della riunione artificiale tra lavoro vivo e lavoro morto. Ma quale è la dinamica reale di questo potere? E ancora: come coerentizzare queste affermazioni di Marx con la determinazione non esclusivamente economica di questo medesimo potere?

Il Capitale, Libro III, ed. cit., p. 896: « *Vi è una enorme differenza se il capitale nazionale si trasforma lentamente e gradualmente in capitale industriale, oppure se questa trasformazione viene affrettata mediante l'imposta rappresentata dai dazi protettivi con*

cui essi colpiscono soprattutto proprietari fondiari, contadini medi, piccoli artigiani, mediante una violenta ed accelerata introduzione delle condizioni del modo di produzione capitalistico». La « costruzione » delle condizioni per il funzionamento del codice capitalistico deve essere « affrettata » ed « accelerata ». In breve, la dinamica economica incontra dei limiti che devono essere forzati da altre istanze che favoriscano la riduzione dei passaggi e, con ciò, l'intensificazione del procedere della tendenza. L'imporsi della tendenza inizia così a profilarsi come un grande processo *metaeconomico e metapolitico e cioè come una generale ristrutturazione di potere*.

Riprendiamo la questione da un altro versante. È noto ed è più che consueto il fraintendimento secondo il quale Marx avrebbe elaborato — in funzione di dispositivo teorico centrale del materialismo storico — una rigida schematizzazione causale dei rapporti tra economia e politica. Lo schema struttura/sovrastruttura è, in tal senso, un costrutto teorico-ermeneutico che assegna al politico un ruolo sempre funzionale rispetto al primato di istanze e strutture economiche. È perciò sempre il politico a doversi funzionalmente regolare in ordine alla infrastruttura. Stando alla presunta rigidità dello schema, il politico non avrebbe quindi mai una valenza costitutiva. A parte la estrema problematicità di questa tesi, anche nell'ambito in cui la struttura si è già costituita e sviluppata, essa non regge in alcun modo di fronte ai problemi dell'epoca dell'accumulazione. Come può il politico adattarsi funzionalmente alla struttura quando quest'ultima o non si è ancora compiutamente costituita o quando la sua costituzione incontra dei limiti non economici? Non si tratta di alludere ad un monismo rovesciato secondo il quale il politico assumerebbe, surrettiziamente, il ruolo che dalla vulgata marxista è stato attribuito all'economico. Si tratta, piuttosto, di far presente che, forse, Marx non ha mai svolto una *teoria* del rapporto struttura/sovrastruttura. Ciò che possiede la parvenza di una teoria — e questo soprattutto nel quadro della genealogia dell'accumulazione originaria — è un'indagine, in primo luogo storica, dei *nessi differenziali* tra economia e politica, come ha precisamente mostrato E. Balibar: « (...) *In luogo di un intervento regolato dai limiti del modo di produzione, l'accumulazione originaria ci mostra un intervento della pratica politica, sotto le sue diverse forme, che ha quale risultato quello di trasformare e di fissare i limiti del modo di produzione* (...). Nei periodi di transi-

zione, le forme del diritto e della politica dello Stato non sono, come prima, adattate (articolate sui limiti propri della struttura produttiva), ma scartate rispetto alla struttura economica: le analisi della accumulazione originaria mostrano al tempo stesso, la forza come agente economico, il precedere del diritto e delle forme dello Stato sulle forme della struttura economica capitalistica » (38).

VI

Sulla scorta di queste acquisizioni che ci paiono cruciali apriamo il varco decisivo verso il definitivo scioglimento dell'« arcano ». Ogni modo di produzione — dice Marx — è, ad un tempo, un rapporto di dominazione, un rapporto sempre storicamente determinato per l'appropriazione del gesto e della volontà altrui. Ma, come si è più volte sottolineato, vi è una grande discrepanza logico-ontologica e, soprattutto, radicale discontinuità tra la fase costitutiva, « costituzionale », e quella della normalizzazione « naturalizzazione », di tali rapporti. Riprendiamo a questo proposito, una ulteriore e fondamentale indicazione marxiana. *Il Capitale*, Libro III, ed cit., p. 905: « Fatta astrazione da ogni altra cosa, ciò (la sanzione normativa dei rapporti di produzione N.d.R.) del resto si attua di per se stessa, allorché la costante riproduzione della base dell'ordine esistente, del rapporto che è alla base di esso prende con l'andar del tempo, una forma regolata ed ordinata e tale regola ed ordine sono essi stessi un elemento indispensabile di ogni modo di produzione che deve acquisire stabilità sociale e rendersi indipendente dal puro caso e dall'arbitrio. Essi sono appunto la forma della sua stabilizzazione e, quindi, della loro relativa emancipazione dal puro arbitrio e dal caso ».

Un rapporto di dominazione diviene « modo di produzione » quando è stato storicamente guadagnato un consistente livello di stabilizzazione normativa. Quando è effettivamente terminata la conversione di « caso ed arbitrio » nella continuità di una norma che,

(38) E. BALIBAR, *L'accumulazione originaria: una preistoria*, cit., p. 330. Cfr. G. DELEUZE, F. GUATTARI, *op. cit.*, p. 627: « Non è lo Stato a presupporre un modo di produzione, ma al contrario è lo Stato che fa della produzione un modo ». Questo è certo plausibile se, però, già esistono socialmente le condizioni per la costituzione politica e giuridica del modo di produzione in quanto « modo ».

nel capitalismo, deve risultare immanente al modo di produzione. Ora, ogni rapporto di produzione è appropriazione di pluslavoro che si determina sempre secondo specifiche modalità storiche. Nel corso della riproduzione allargata del capitalismo, la forma di appropriazione deve diventare una *legge naturale* del produrre. Le condizioni normative devono poter funzionare continuativamente in modo strettamente immanente alle modalità della produzione stessa senza che sia cioè necessario, salvo in casi eccezionali, alcun intervento esterno di tipo extraeconomico, contrariamente, ad esempio, a quanto accade nella servitù feudale in cui: « (...) *il plusvalore per il proprietario nominale della terra può essere estorto loro (ai servi N.d.R.) soltanto con una coercizione extraeconomica, qualsiasi forma essa possa assumere* » (Ivi, p. 902). Ma, come può accadere che, alle origini del capitalismo, caso ed arbitrio siano convertiti in norma? Come può accadere che, ciò che risulta sommamente innaturale — la riunificazione tra lavoro vivo e lavoro morto in quanto radicalmente separati — divenga una « «norma naturale» »? Qualcosa deve perciò intervenire per guidare la sovradeterminazione della tendenza economica. Una istanza già data e sufficientemente strutturata si coniuga con la violenza delle tendenze economiche per rimuovere gli ostacoli, costituire positività e piani di consistenza sui quali esercitare le norme e le regolarità del codice appropriativo (39).

In tal senso, il Seicento è un'epoca in cui l'asservimento del lavoro al rapporto capitalistico viene imposto, congiuntamente, da un sistema di presupposizioni incrociate tra violenza economica e politica. *Il Capitale*, Libro I, Cap. XXIV, p. 797: « *Il furto dei beni ecclesiastici, l'alienazione fraudolenta dei beni dello Stato, il furto della proprietà comune, la trasformazione usurpatoria, compiuta con un terrorismo senza scrupoli, della proprietà feudale e della proprietà dei clans in proprietà privata moderna; ecco altret-*

(39) L'intera questione potrebbe essere riformulata in questi termini. A differenza che nella feudalità, in cui lavoro e pluslavoro sono spazialmente e temporalmente separati e, perciò, devono sempre di nuovo essere coniugati mediante forme di dominazione non immediatamente economiche, nel modo di produzione capitalistico, il pluslavoro deve risultare quale condizione e presupposto del lavoro, ma attraverso un dispositivo di dominazione che subordina il lavoro al pluslavoro nella *immanenza del modo di produzione*. S'ino a che tale dispositivo non si « naturalizza » / « normalizza » all'interno del modo di produzione, esso deve essere imposto tramite la saturazione della violenza costitutiva del codice. Cfr. ancora E. BALIBAR, *op. cit.*, pp. 332 e sgg.

tanti metodi idillici dell'accumulazione originaria ». Che si eserciti nei confronti della piccola e media proprietà agricola, contro gli « antichi istituti » della democrazia rurale o, ancora, nei confronti del lavoro artigiano e dei corrispondenti vincoli corporativi, il « terrorismo » dello Stato e del capitale costituisce artificialmente il lavoro salariato dalle ceneri di precedenti sistemi normativi. Questo « terrorismo » dapprima « libera » il lavoro dai suoi legami e, successivamente, lo converte forzosamente in *piano di consistenza* sul quale si eserciterà il rapporto produttivo capitalistico.

La nascita della manifattura, ossia dell'organismo produttivo in cui, per la prima volta, si verifica la riunione tra valori separati è perciò iscritta in una precostituzione determinata dal corso della violenza economica e politica, sanzionate nella forma giuridica. In tal modo, il lavoro salariato è stato costituito come condizione per la conduzione a regime della complessità del codice capitalistico. È a questo punto che i maggiori governi d'Europa si muovono come forze politiche dell'accumulazione, protagonisti diretti della genesi del quadro strutturale del comando capitalistico. *Lineamenti*, vol. I, Quaderno V, ed. cit., p. 489: « (...) in questo modo veniva in primo luogo gettata sul mercato del lavoro una massa che era libera in due sensi: libera dagli antichi rapporti di clientela, di servitù e di prestazione, ed, inoltre, libera da ogni avere e da ogni forma di esistenza oggettiva materiale, libera da ogni proprietà; una massa ridotta a trovare l'unica forma di guadagno nella vendita della propria capacità di lavoro o nella mendicizia, nel vagabondaggio, nella rapina. È assodato storicamente che essi hanno tentato dapprima questa via, ma che da questo sono stati però spinti mediante la forza, la gogna e la frusta sulla stretta via che conduce al mercato del lavoro — qui i governi, ad esempio quelli di Enrico VII, VIII ecc., figurano come condizioni del processo storico di dissoluzione e come creatori delle condizioni di esistenza del capitale ». E' piuttosto evidente quanto poco « sovrastrutturale » appaia la funzione del politico nel quadro di tale congiuntura. Lo Stato si pone inequivocabilmente come agente di congiunzione con la sovversione economica per accelerare il processo di accumulazione — oltre che dei titoli di acquisto ed appropriazione dei valori — soprattutto delle forze di lavoro per convogliarle nella generazione di un mercato. Lo Stato si qualifica come potenza del collegamento violento tra le due fasi dell'accumulazione. *Il Capitale*, Libro I, Cap. XXIV, ed. cit., pp. 800-801: « La borghesia al suo sorgere

ha bisogno del potere dello Stato e ne fa uso per prolungare la giornata lavorativa e per mantenere l'operaio stesso ad un grado normale di dipendenza. È questo un momento essenziale della cosiddetta accumulazione originaria ».

Il « terrorismo » di cui parla Marx è quindi espressione che indica quanto sia stato potentemente sovradeterminato in senso politico il nesso tra i due stadi dell'accumulazione. L'espropriazione economica e « politicamente accelerata » di grandi masse offrì allo Stato l'area di intervento per un ordine di pratiche di cattura, di disciplina e del controllo dei corpi sociali. Inoltre, la costituzione del lavoro salariato consentì allo Stato di impostare e sperimentare alcune tra le sue funzioni, per così dire, trascendentali: le leggi sull'obbligo al lavoro, sulle misure del salario, la ristrutturazione della penalità per fronteggiare le nuove espressioni dell'illegalismo di massa, ed, infine, strategie ed istituzioni per la polarizzazione ed il controllo disciplinare dei flussi di forza lavoro ancora « eslege », preludi dell'avvio di una politica della popolazione, del territorio, della salute e della moralità pubblica. *Il Capitale*, Libro I, Cap. XXIV, ed. cit. p. 797: « Non era possibile che uomini scacciati dalla terra per lo scioglimento dei seguiti feudali e per l'espropriazione violenta ed a scatti, divenuti eslege fossero associati nella manifattura al suo nascere con la stessa rapidità con la quale quel proletariato veniva messo al mondo, d'altra parte, neppur quegli uomini, lanciati all'improvviso al di fuori dell'orbita abituale della loro vita, potevano adattarsi con altrettanta rapidità alla disciplina della nuova situazione. Si trasformarono così, in una massa di mendicanti, vagabondi, in parte per inclinazione, ma nella maggior parte dei casi sotto la pressione delle circostanze. I padri dell'attuale classe operaia furono puniti, in un primo tempo, per la trasformazione in vagabondi e miserabili. La legislazione li trattò come vagabondi volontari e partì dal presupposto che dipendesse dalla loro buona volontà il continuare a lavorare o meno nelle antiche condizioni non più esistenti ».

In questa vasta manovra si consuma la saturazione di quel sistema inaugurale e costitutivo della violenza — di quel divenire del diritto, del diritto a produrre diritto — nell'ambito del quale ogni singola mossa, ogni intervento e passaggio fissano una norma a fronte di una resistenza: « I vari momenti dell'accumulazione originaria si distribuiscono più o meno in successione cronologica, specialmente tra Spagna, Portogallo; Olanda e Inghilterra. Alla fine del secolo XVI, quei vari momenti vengono combinati sistematica-

mente in Inghilterra in sistema coloniale, sistema del debito pubblico, sistema tributario e protezionistico moderni. I metodi poggiano in parte sulla violenza più brutale. Ma tutti si servono del potere dello Stato, violenza concentrata della società per fomentare artificialmente il processo di trasformazione del modo di produzione capitalistico e per accorciarne i passaggi, la violenza è levatrice di ogni vecchia società gravida di una società nuova. È essa stessa una potenza economica » (Ivi, pp. 813-814). La violenza è, per dirla con Marx, saturazione dei processi di insediamento del dominio capitalistico-statale. Non solo mera brutalità quindi, ma costituzione di una complessa metodica del dominio in cui sono iscritte nuove forme di soggettività — il ceto capitalistico ed il moderno lavoro salariato —, le modalità di un nuovo modo di produrre e concepire i valori, l'introduzione di tecniche, dispositivi e congegni che attivano nuove relazioni di potere, una grande trasformazione della fisionomia materiale e della semantica della società.

La violenza è il vettore che conduce il processo di costituzione di emergenti soggettività. Il ceto degli imprenditori ed i salariati, innanzi tutto (40). Entrambi seguono itinerari storici, ad un tempo, radicalmente separati ed interconnessi. Come si è premesso, il lavoro salariato dovette essere integralmente formato tramite la forzata metamorfosi di ordini sociali e di mondi linguistico-culturali. La violenza costitutiva si configura così con sempre maggiore evidenza come *un potere neoteologico, come teologia politica*: « *Come sulla fronte del popolo eletto stava scritto che esso era la proprietà di*

(40) La moderna borghesia imprenditoriale si forma allorché i capitali ed i processi politici acquistano definitivamente una identità ed una operatività nazionale. Cfr. M. WEBER, *New Economic history*, New Brunswick, 1981, p. 337: « *A differenza di quanto accadde nell'antichità, le città dell'età moderna caddero sotto il potere degli Stati nazionali in concorrenza tra di loro, impegnati in una incessante lotta per il potere, sia in pace che in guerra. Questo stato di cose creò la più ampia possibilità per il capitalismo occidentale moderno. I singoli stati dovettero fare i conti con il capitale mobile che dettò loro le condizioni sotto le quali esso avrebbe potuto sostenerli. Da questa alleanza dello Stato con il capitale, imposta dalla necessità nacque la borghesia nazionale, la borghesia nel senso moderno della parola. Quindi fu lo Stato nazionale che offrì al capitalismo la chance per svilupparsi* ». Sulla formazione del ceto imprenditoriale capitalistico cfr. K. MARX, *Il Capitale*, Libro I, Cap. XXIV, cit., p. 812 e sgg., Libro III, cit., pp. 399 e sgg.; pp. 717 e sgg.

Geova, così la divisione del lavoro imprime all'operaio manifatturiero un marchio che lo bolla come proprietà del capitale » (41). Il XVII secolo non è, ben inteso, epoca dello sviluppo dispiegato e maturo del capitalismo. Nell'ambito dell'epoca si mantengono, spesso in posizione ancora assolutamente preponderante, modi di produrre e strutture sociali consuetudinarie. E, tuttavia, il « secolo d'oro » costituisce lo scenario storico dell'imposizione economica e politica di alcune rilevanti condizioni strutturali dell'economia capitalistica e del moderno dominio politico. Prima tra tutte l'introduzione del lavoro salariato che si intreccia con un vasto e durissimo ciclo di lotte e resistenze che corre lungo tutto il secolo e che continuamente ostacola la socializzazione e la normalizzazione della servitù del lavoro nella forma del salario.

In primo luogo, i produttori vengono privati, non solo del controllo sulla circolazione, ma ora, soprattutto, della autonoma disposizione sulla *forza produttiva del lavoro*. Il lavoro produttivo può essere dato sempre più e solo nella sussunzione sotto le condizioni imposte dal capitale e dallo Stato. Queste ultime si concretano, tra l'altro, nelle disposizioni sul tempo. La manifattura, sia quella a domicilio, che le forme intermedie verso lo sviluppo della manifattura « organica », è l'ambito di operatività delle decisioni sul tempo di lavoro, e con quest'ultimo, sulla intera forma di vita. Ad ogni forzato prolungamento del tempo di lavoro, prolungamento che — nell'epoca dell'accumulazione originaria — tende ad essere assoluto, si contrappone puntualmente la resistenza di coloro che sono stati costretti in un codice del dominio che tende a sovvertire totalmente attitudini produttive, abilità, valori etici, riferimenti linguistici e simbolici. Ed è ancora lo Stato ad imporsi come forza politica dell'accumulazione mediante la legislazione sull'orario di lavoro ed i limiti del salario (42), legislazione che è componente

(41) K. MARX, *Il Capitale*, Libro I, cap. XII, *cit.* p. 404.

(42) *Ivi*, Libro I, Cap. VIII, pp. 306 e sgg. Cfr. E.P. THOMPSON, *Tempo, disciplina del lavoro e capitalismo industriale*, in *Id.*, *Società patrizia e cultura plebea*, tr. it. Torino 1981, pp. 3 e sgg. Sulla sperimentazione e diffusione di nuovi strumenti di misura del tempo e di orologi nel XVII secolo, cfr. C.M. CIPOLLA, *Le macchine del tempo*, tr. it. Bologna, 1967; O. MAYR, *La bilancia e l'orologio*, tr. it. Bologna, 1988.

cruciale di una più vasta manovra volta alla distribuzione, al controllo ed alla disciplina dei corpi e dei gesti collettivi (43).

Le legislazioni sul tempo di lavoro e sul salario sono quindi le forme che assume l'intervento pubblico per avviare la socializzazione e la normalizzazione forzata del lavoro salariato e, con ciò, per iniziare la trasfigurazione di quest'ultimo in articolazione interna del capitale, come suo attributo e sua forza produttiva. È l'economia politica della fase formale della sussunzione capitalistica. *Il Capitale*, Libro I, Capitolo sesto inedito, tr. it. Firenze, 1969, pp. 53-54 « (...) è nella natura delle cose che la sottomissione (sussunzione) del processo lavorativo al capitale si verifichi per ora sulla base di un processo lavorativo ad esso preesistente, configuratosi sulla base di antichi e diversi processi produttivi e di altre diverse condizioni della produzione; il capitale si sottomette un processo lavorativo dato, esistente — per esempio il lavoro artigiano — o il lavoro agricolo corrispondente alla piccola economia contadina autonoma e le modificazioni che possono tuttavia verificarsi all'interno del processo lavorativo non appena esso soggiaccia al comando del capitale, possano essere soltanto conseguenze graduali della già avvenuta sottomissione dei processi lavorativi dati, tradizionali al

(43) Le legislazioni sull'obbligo al lavoro, sulla mendicizia e sul tempo di lavoro cercano di far fronte ai fattori soggettivi che limitano la continuità delle dinamiche della sussunzione formale. Nei cicli di lotte, nelle continue resistenze, nelle fughe di massa e nel rifiuto del lavoro salariato si definiscono alcuni attributi essenziali della moderna forza lavoro. Cfr. U. COLDAGELI, *Forza lavoro...*, art. cit., p. 114: « Il criterio del lavoro produttivo, variabile tipica del nuovo sistema acquista così tutta intera la sua capacità interpretativa e pone le basi per la fondazione del punto di vista operaio sulla storia delle origini del capitale. Si chiariscono a questo punto le due determinazioni analitiche fondamentali della forza lavoro sociale in quanto prerequisito assoluto del sistema del capitale; da un lato, la sua specifica natura antagonistica, dall'altro la sua funzione dinamica nei confronti dello sviluppo ». Cfr. E. P. THOMPSON, *Società patrizia e cultura plebea*, op. cit. p. 367: « (...) siamo di fronte ad una cultura tradizionale ribelle. La cultura conservatrice della plebe talvolta resiste, in nome delle consuetudini, a quelle innovazioni economiche e razionalizzanti (come la recinzione, la disciplina del lavoro, le transazioni di cereali a regime di mercato libero) che la classe dirigente o i datori di lavoro cercano di imporre. La novità è più evidente ai vertici che alla base; tuttavia, dal momento che questa novità non è un processo tecnologico/sociologico neutro e senza norme ("modernizzazione", "razionalizzazione"), ma è la novità del processo capitalistico, viene sperimentata dalle masse il più delle volte come sfruttamento o espropriazione da consuetudinari diritti di uso, o violenta distruzione di quei modelli di lavoro e riposo tenuti in così grande considerazione ».

capitale (...). Appunto, in contrapposto al modo specificatamente capitalistico noi chiamiamo sussunzione formale del lavoro al capitale la sottomissione da parte di quest'ultimo del processo lavorativo come lo abbiamo esaminato sinora, cioè come sottomissione di un modo di lavoro già sviluppato prima che il rapporto capitalistico sorga. Le due forme hanno in comune il rapporto capitalistico come rapporto di coercizione inteso a spremere il plusvalore dal lavoro salariato ». Il procedere del ciclo dell'accumulazione originaria sanziona il divenire congiunto di una fase formale del dominio economico e politico. L'uno non si dà senza i dispositivi e le strategie funzionali offerte dall'altro. Quanto è stato perciò detto sulla costituzione delle positività di un nuovo regime economico deve essere rinviato al quadro della costituzione di un ordine istituzionale che è forma e dispositivo generale di realizzazione politica e giuridica per la massima socializzazione, a quell'epoca possibile, della fase formale del dominio del capitale. In tal senso, l'epoca dell'accumulazione originaria evidenzia il destino dello Stato moderno come *Stato dell'accumulazione* (44).

Gli « organi » dello stato sono altrettante funzioni e dispositivi di realizzazione per le strategie di accumulazione. Sorto nell'ambito della fase più turbolenta dell'accumulazione mercantile e finanziaria, il sistema istituzionale subisce una profonda ristrutturazione in concomitanza del passaggio verso l'imporsi della sussunzione formale. Ognuno di tali « organi » governa una sequenza determinata dal processo di accumulazione materiale: dal controllo

(44) La coniugazione forzata di flussi di valore astratto — la ricchezza materiale da un lato — e di energie collettive « libere » — il lavoro « eslege » dall'altro — che devono essere infine « legate » ai dispositivi della dominazione economica e politica: questo pare il grande problema politico dell'accumulazione. Cfr. E. ENRIQUEZ, *Dall'orda allo Stato*, tr. it. Bologna 1986, p. 314: « la dinamica naturale del capitalismo fu un tentativo di conciliazione tra due bisogni contraddittori: da un lato assicurare una mobilità totale dei lavoratori utilizzabili laddove il bisogno di manodopera si facesse sentire; dall'altro riuscire a fissare le masse (impedire il vagabondaggio, il non-lavoro, il parassitismo sociale, la mendicizia, la delinquenza...) sui luoghi di lavoro (assicurare una concentrazione o una sedentarizzazione operaia) affinché l'imprenditore potesse contare su di una presenza regolare dei suoi operai, portare avanti razionalmente e senza imprevisti la sua impresa, in una parola, mettere tutti al lavoro (...). Si credè, così grazie a questa difficile complementarietà, una mobilitazione generale che fece scomparire progressivamente le sacche di ozio e di pigrizia e permise l'interiorizzazione del lavoro quale solo valore rispettabile per il mondo operaio ».

sui flussi di merce e denaro, alla massima socializzazione della moneta mediante il nesso tra fiscalità e debito pubblico; dagli incentivi protezionistici alla produzione manifatturiera, alla diretta gestione statale di già imponenti apparati produttivi; dal comando più brutale sulle aree dipendenti e « colonizzate », alla costituzione di uno spazio « liscio » — lo spazio marittimo — in cui il movimento dei valori si incrocia con la sorveglianza ed il conflitto bellico, sino alla prima sperimentazione di politiche della cattura, della disciplina e della segregazione di flussi di molteplicità umane, (reclutamento ed immissione forzata di diseredati, vagabondi, disoccupati nelle strutture degli eserciti, nelle avventure coloniali, nelle case di internamento, nelle manifatture statali), che i processi di accumulazione economica fornivano alle prese dei poteri disciplinari controllati dallo Stato. È la proliferazione di una costellazione di funzioni e poteri « molecolari » che non cesserà di espandersi e di penetrare intensivamente nel corpo della società. Guerra, colonizzazione, produzione coatta, internamento e segregazione divengono altrettante forme di polarizzazione ed assorbimento di flussi umani che né lo Stato, né il capitale possono consentire, oltre un certo limite, che circolino e si muovano al di fuori delle prese della sussunzione economica e politica: « (...) *l'espansione della guerra fu tale — scrive P. Virilio — che la proletarizzazione fu associata alla repressione giudiziaria e poliziesca; si reclutava a caso ed i proletari venivano confusi con la truppa dei deportati e dei galeotti che i tribunali "fabbricavano" in gran numero sotto la pressione dei governi. Nel XVII secolo, il proletariato marittimo è già letteralmente un popolo di forzati, di dannati della terra* » (45).

VII

Cercheremo ora di proporre un'apertura del discorso in direzione di alcune figure e strategie generali della teologia politica nell'epoca dell'accumulazione. Quest'ultima si configura come un grande laboratorio sociale e politico per la ristrutturazione e sperimentazione di nuove forme di potere. In tal senso, economia e politica e si sono manifestate come nuove tecniche e « metodiche »

(45) P. VIRILIO, *Vitesse et politique*, Paris, 1977, p. 51.

di potere sui valori materiali e sulle molteplicità umane (46). In primo luogo, Stato e capitale si avviano a comporre, nel Seicento, un nuovo sistema teologico-politico nel senso della costituzione ed organizzazione normativa di nuove forme di vita e di nuovi processi di soggettivazione. Come protagonisti di una nuova teodicea, diventano facitori e conservatori di nuovi regimi della realtà. Ma per questo, dovette essere approntato un campo normativo allo interno del quale potessero operare le pratiche di comando sulla produttività del lavoro, le forme di governo sui corpi, i gesti, i movimenti ed i flussi. Solo sul presupposto della stabilità di un campo strutturale di dominio — la saturazione della dimensione costituzionale della violenza, che apre l'ambito della cogenza e della operatività del diritto — si definirono nuove tecnologie e macchine di potere.

Vi è, in tal senso, una macroscopica analogia che, nel XVII secolo, unifica le strategie economiche e politiche come *forze teologico politiche*. Questa analogia è costituita dall'avvio di procedure, tecniche e dispositivi di organizzazione per nuove discipline sociali. È — come direbbe Foucault — la circolazione di un medesimo *diagramma* che inizia a modellare ed attraversare le istituzioni e le pratiche di governo più diverse — la manifattura, gli eserciti, i primi ospedali civili, le scuole pubbliche — , apparati e sistemi di internamento e controllo — e che si esercita su quel nuovo soggetto collettivo assoggettato che è la *popolazione*. Questo diagramma mira a molteplici obiettivi. In primo luogo, la costituzione di soggettività e di un ordine di comportamenti attraverso nuove metodiche di assoggettamento alle macchine di disciplina. Per schematizzare all'estremo, il *diagramma* si articola « politicamente » nelle molteplici strategie disciplinari ed « economicamente » nella creazione di unità produttivo-disciplinari uomo/macchina.

Nella già ampia multiformità di soluzioni attraverso le quali si afferma nel XVII secolo la manifattura è luogo di sperimentazione forzata delle prime unità disciplinari uomo/macchina. Si deve

(46) Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 240: « In effetti i due processi, accumulazione di uomini ed accumulazione del capitale non possono venir separati; non sarebbe stato possibile risolvere il problema dell'accumulazione senza la crescita di un apparato di produzione capace, nello stesso tempo, di mantenerli ed utilizzarli; inversamente, le tecniche che rendono utile la molteplicità cumulativa degli uomini, accelerano il movimento di accumulazione del capitale ».

inoltre ricordare che — come suggeriscono le indagini storiche di Marx — l'apparizione e lo sviluppo delle manifatture si colloca tra l'ultima fase dell'accumulazione monetaria e mercantile e l'avvio della sussunzione formale del lavoro sotto il comando diretto del capitale. *Lineamenti*, vol. I, Quaderno V, ed. cit., p. 493: « *Il modo in cui il denaro si trasforma in capitale storicamente assume un aspetto chiaro e tangibile, ad esempio, quando il commerciante fa lavorare per sé un certo numero di tessitori e filatori che sino ad allora avevano esercitato la tessitura e la filatura come attività collaterale nelle campagne e fa di questa loro attività collaterale la loro fonte di guadagno principale; ma, in tal senso, egli li ha in pugno e li mette ai suoi ordini come operai salariati. Strapparli alla loro località di origine e riunirli in una casa di lavoro è un passo ulteriore* ».

La sussunzione formale, sia in senso politico che economico, muove dalla metamorfosi imposta a precedenti modi di produzione e dominazione da parte di nuovi rapporti di potere. Inizialmente il potere del capitale mercantile e finanziario si esercita ancora *indirettamente* e cioè come tendenziale riduzione a zero e successivo blocco dell'autonomia dei produttori. Ridotto alla completa impotenza, il lavoro viene infine legato ad un tipo di produzione sul quale esso non può più esercitare un controllo globale. Nelle condizioni in cui il lavoro possiede ancora solo una parvenza di autonomia, esso è già ampiamente sussunto dal denaro, in quanto quest'ultimo governa ormai in modo pressoché generale le sfere della *circolazione e dello scambio*. Tempi, scadenze e forniture vengono infatti fissati da una istanza esterna al lavoro. Già nella manifattura « a domicilio » dunque, il valore sociale medio del lavoro, la cristallizzazione delle pratiche ed, in seguito, l'avvio del declino della abilità e le prime connessioni uomo/macchina si manifestano come altrettante premesse ed effetti della produttività del lavoro. *Il Capitale*, Libro I, Cap. XII, ed. cit., p. 382: « *Se noi ora entriamo più da vicino nei particolari è evidente, in primo luogo, che un operaio che esegue per tutta la vita sempre la stessa operazione semplice, trasforma tutto il proprio corpo nello strumento di quella operazione automatica ed unilaterale e che quindi consuma per essa meno tempo dell'artigiano che esegue, avvicinandole, tutta una serie di operazioni* ». Le nuove produzioni sconvolgono dunque progressivamente gli ordini consuetudinari del rapporto tra il singolo e la qualità del lavoro. Inizia allora quel lungo processo sociale che conduce alla perdita dell'*aura* del lavoro.

Quest'ultimo inizia a decadere proprio all'interno della manifattura e cioè in concomitanza dell'introduzione delle prime unità produttivo/disciplinari uomo/macchina e della subalternità nei confronti dell'ordine cooperativo della produzione. Nella manifattura a domicilio — e ancor più intensivamente nella manifattura sviluppata, « organica » —, il singolo non appare più come agente diretto della produzione. Il soggetto « reale » della produzione è stato definitivamente dislocato nell'unità produttiva di molti lavori combinati dalla divisione del lavoro e dalla cooperazione capitalistica.

Lo scarso sviluppo tecnologico e la povertà dei dispositivi per l'applicazione e l'investimento delle innovazioni esaltano, nei Seicento, i complessi della cooperazione umana come *le unità produttivo/disciplinari fondamentali della manifattura*. Il capitale costituisce il singolo come frazione della forza lavoro complessiva che dovette essere imposta *ab origine* con grande violenza. Si rese cioè necessario piegare la resistenza del lavoro autonomo e ridurlo a componente del lavoro sociale medio, come elemento individualizzato, fungibile e modulare delle unità cooperative. In breve, l'unità produttivo/disciplinare uomo/macchina è, nel Seicento, rappresentata dall'assoggettamento forzato del singolo al dispositivo della forza produttiva umana complessiva. *Il Capitale*, Libro I, Cap. XII, ed. cit., p. 392: « *Macchinaria specifico del periodo della manifattura rimane l'operaio complessivo stesso, combinato di molti operai parziali* ». La disciplina della manifattura — politica molecolare del tempo e della distribuzione funzional-gerarchica delle prestazioni nello spazio — è perciò condizione originaria ed imprescindibile della valorizzazione attraverso l'assoggettamento del lavoro. Impoverire il lavoro, mediante la cristallizzazione e la serialità delle operazioni semplici, ridurre il tempo per addestramento ed esercizi formativi, incatenare gesti e movimenti ad un ordine temporalmente scandito di sequenze pratiche: con tutto ciò il comando disciplinare riduce « il valore » del lavoro e contribuisce ad aumentare la docilità del corpo produttivo: « *Allora il lavoratore complessivo possiede tutte le qualità produttive ad uno stesso grado di virtuosismo e spende, nello stesso tempo, nella maniera più economica, in quanto tutti i suoi organi — individualizzati in particolari operai o gruppi di operai — li adopera esclusivamente per le loro funzioni specifiche. L'unilateralità e persino l'imperfezione dell'operaio parziale diventano perfezione di lui come una delle membra dell'operaio complessivo. L'abitudine di compiere una funzione unilate-*

rale lo trasforma nell'organo di tale funzione che opera sicuramente e naturalmente, mentre il nesso del meccanismo complessivo lo costringe ad operare con la regolarità della parte di una macchina» (Ivi, p. 382). Nel processo di socializzazione — ancora molto parziale estremamente frammentario e, in diversi contesti, ancora largamente marginale — del dominio capitalistico, queste tendenze iniziano tuttavia ad intensificarsi al punto da privare il singolo — caduto nella rete disciplinare della manifattura — del controllo sulla propria forza lavoro. La produttività del singolo diviene allora una variabile dipendente della valorizzazione. Il singolo diviene infine: « (...) *un accessorio dell'officina del capitalista* » (Ivi, p. 404).

Tutto ciò, ed è opportuno continuare a ripeterlo, si presenta ancora come corpo di una tendenza discontinua, ostacolata da innumerevoli fattori di inibizione e ritardo d'ordine oggettivo — l'immaturità dei mercati e della circolazione, la preponderanza dei grandi capitali monopolistici e speculativi, la riconversione di grandi risorse nella rifeudalizzazione delle campagne, le enormi inerzie e difficoltà logistiche nell'approvvigionamento, crisi monetarie, depressione della produzione agricola, guerre e carestie — e soggettivo. Tra questi ultimi, particolarmente violenta fu la resistenza e la ribellione degli « operai maschi adulti ». La necessità di rimuovere le resistenze e le rigidità delle forze di lavoro qualificate e tradizionali, contribuì a forgiare lentamente la sostanza storico-sociale della « popolazione » e cioè una entità astratta, un « fondo » senza alcuna distinzione di sesso o età se non quella della sottomissione forzata al lavoro. I primi passi della storia della manifattura sono perciò strettamente omologhi ai cicli delle lotte, alle fughe ed al rifiuto collettivo del lavoro: « *Anche se non avessimo la testimonianza di autori contemporanei, parlerebbero quanto intere biblioteche i semplici fatti che, dal secolo XVI sino all'età della grande industria, il capitale non riesce ad impadronirsi di tutto il tempo disponibile all'operaio manifatturiero, che le manifatture sono di vita breve e che abbandonano la loro sede in un paese e la trasferiscono in un altro seguendo le immigrazioni e le emigrazioni degli operai* » (Ivi, p. 411) (47).

(47) Cfr. U. COLDAGELLI, *art. cit.*, p. 120 e sgg., A. LEPRE, *art. cit.*, p. 273 e sgg. Negli schemi della ricostruzione weberiana delle origini del capitalismo, resistenze ed antagonismi nei confronti del lavoro che caratterizzano tutta la fase manifatturiera dell'accumulazione, vengono imputate alle inerzie del « tradizionalismo », ossia alla refrattarietà da parte delle molteplicità umane ad essere assoggettate

Prima dell'avvento delle grandi macchine tecniche e del sistema di fabbrica, gli « antenati » della moderna classe operaia, furono quindi costretti su questo piano di scontro, specificato dall'obbligo al lavoro, dalla costrizione e sottomissione alle forme originarie dei dispositivi uomo/macchina. Di conseguenza, l'estremo rigore e la brutalità della disciplina manifatturiera provocano le fughe ed i violenti spostamenti dei flussi umani che con ciò tentano di evadere dalle prese dei nuovi poteri. Migrazioni incessanti, gruppi umani deterritorializzati e diseredati che cercano di sopravvivere attraverso nuove e cruenti forme di illegalità e che vengono costantemente inseguiti dalle istituzioni e dagli strumenti del controllo e della repressione politica ed economica. Accanto alla mobilità umana — e ciò malgrado le continue congiunture critiche — crescono i livelli di mobilità dei valori e le dimensioni dei mercati con i moti indecibili di salita e discesa dei prezzi e l'intensificarsi dei conflitti che intorno ai mercati si sviluppano: « *La divisione del lavoro di tipo manifatturiero presuppone l'autorità incondizionata del capitalista su uomini che costituiscono solo le membra di un meccanismo complessivo di sua proprietà; la divisione sociale del lavoro contrappone gli uni agli altri produttori indipendenti di merci, i quali non riconoscono altra autorità che quella della concorrenza, cioè la costrizione esercitata su di essi dalla pressione dei loro interessi reciproci, come anche nel regno animale il bellum omnium contra omnes preserva più o meno le condizioni di esistenza di tutte le specie* » (Ivi, p. 399).

Il riferimento hobbesiano della descrizione di Marx rinvia alla costituzione dei primi, fondamentali elementi ideologici della borghesia così come, in particolare, si configurano nell'epoca del sorgere delle prime manifatture. La consacrazione della libertà moderna — come libertà di disporre della proprietà, come libertà appropriativa di valori — si coniuga quindi, necessariamente, in quanto i due lati dell'ordine ideologico è necessario che concrescano insieme — con l'esal-

alle unità disciplinari uomo/macchina. Sono cioè tutte forme del rifiuto della « razionalità capitalistica ». Cfr. M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, cit., p. 116: « Dappertutto laddove il capitalismo moderno iniziò la sua opera di aumento della produttività del lavoro umano mercé l'aumento della sua intensità, urtò contro l'ostilità indicibilmente ostinata di questo motivo fondamentale del lavoro economico precapitalistico e vi urta ancor oggi, tanto più quanto più arretrato (da un punto di vista capitalistico) è il proletariato operaio a cui si rivolge ».

tazione della estrema rigidità del comando sul lavoro: « *Quindi, quella stessa coscienza borghese che celebra la divisione del lavoro di tipo manifatturiero, l'annessione a vita dell'operaio ad una operazione di dettaglio e la subordinazione incondizionata dell'operaio parziale al capitale, esaltandole come organizzazione razionale del lavoro che ne aumento la forza produttiva, denuncia con altrettanto clamore ogni consapevole controllo e regolamento sociale del processo di produzione, chiamandolo intromissione negli inviolabili diritti della proprietà, nella libertà e nell'autodeterminantesi genialità del capitalista individuale* » (Ivi, p. 399-400). La libertà borghese inizia così a proporsi come libertà politica. Il soggetto borghese proprietario rifonda il vincolo dell'assoggettamento, come *assoggettamento per l'appropriazione*.

VIII

Esercizio di una grande ed innovativa tecnologia disciplinare e normativa, il potere economico capitalistico è una forza che, coniugandosi con altre forze, compone il sistema teologico-politico della accumulazione originaria. Quest'ultimo non può quindi essere ridotto ad alcuno dei sottosistemi in cui si articola — economia, politica, diritto, amministrazione, polizia, fiscalità, istituzione militare ecc. Se iscritta come primaria forza agente e componente il campo della accumulazione, l'economia non è, infatti, meno « politica » di quanto la politica appaia una « economica ». I testi marxiani sull'accumulazione e — come si cercherà di mostrare — le ricerche di Foucault, testimoniano che l'accumulazione originaria è, essenzialmente, un immane processo storico di accumulazione di potere. Che questo incremento di potere si polarizza intorno a delle istituzioni, ma che, non per questo, risulta ad esse riducibile. Che modi e forme del suo esercizio si costituiscono nei *media* dell'antagonismo e del confronto con una molteplicità di punti e luoghi della resistenza che devono essere piegati, colonizzati e funzionalizzati come altrettanti passaggi strategici per ulteriori razionalizzazioni. Che, in altri termini, Stato e capitale sono grandi dispositivi « molari » che, ora generano direttamente, ora invece governano indirettamente e surcodificano nuclei ed investimenti parziali di potere che, proprio a partire da quest'epoca cruciale, iniziano a distribuirsi su gran parte del corpo-spazio-tempo sociali. E che, soprattutto, il loro *operari*

è reso possibile dall'avanzare di un sistema della violenza che è vettore dell'imposizione di tutte le tendenze (48).

La forma dell'accumulazione è data da un circuito — non ancora certamente sistematico, ma già embrionalmente definito — di presupposizioni, da una circolarità funzionale tra sottosistemi. Non che qualcosa come i sottosistemi si costituiscono separatamente o preesistano a questa congiuntura storica e, solo successivamente, entrino in un ordine di relazioni. È nella fitta trama della contingenza storica in questione che economia e politica si costituiscono in senso moderno e cioè come sottosistemi, rappresentando cioè l'uno per l'altro, un dispositivo di realizzazione ed una metodica di attualizzazione dei rispettivi investimenti. La violenza economica, disgregatrice di poteri e dissolvitrice di diritti, fornisce allo Stato ed ai corpi politico-disciplinari da esso controllati, vasti ambiti e piani di applicazione per l'esercizio positivo delle discipline e per l'efficacia delle norme. Ed, inversamente, le funzioni politiche e giuridiche preformano e garantiscono strumenti normativi e

(48) Al centro della questione dell'accumulazione originaria vi è perciò sempre il problema dei poteri, della loro genesi, delle forme della loro diversificazione e del loro esercizio. In tal senso, la violenza è, ancora una volta, il conduttore dello insediamento di tutti i poteri dell'accumulazione. Il rilievo dato alla violenta coniugazione tra i poteri economici e politici ci pare consenta di evitare le illusioni sulla generazione spontanea del mercato capitalistico e le mitologie dell'imprenditorialità (su questo ultimo punto cfr. la più recente riproposizione imprenditorialistica da parte di L. PELLICANI, *Saggio sulla genesi del capitalismo*, Milano 1988, pp. 28 e sgg; pp. 307 e sgg.). E, nel contempo, essa ci pare consenta di non cadere in una interpretazione monista relativa ad una legge generale — sia essa economicistica o centrata intorno ad un presunto primato dell'autosufficienza del politico — dei condizionamenti funzionali tra economia e politica. In tal senso, il ruolo fondativo del politico è radicato e circoscritto ai passaggi più cruciali dell'accumulazione. L'autonomia del politico è cioè limitata a contingenze fortemente determinate. Cfr. M. TRONTI, *Introduzione a Il Politico*, vol. I, Milano 1979, p. 7: « (...) da Machiavelli ad Hobbes, la politica si fa Stato, la tecnica si fa macchina, l'accumulazione si fa potere e la pratica politica vince, cioè conquista e conserva il livello del dominio. In mezzo ci sono le guerre di religione, le rivolte sociali, la guerra civile che diventa rivoluzione, la crisi generale del Seicento ed una prima forma di crisi della cultura borghese che vede già il crollo dell'unità e della razionalità dell'intelletto rinascimentale. Dentro questa vicenda di fuoco, è un fatto che l'unità e la concentrazione del potere e cioè la realtà del potere sovrano viene prima e fonda la libertà e la sovranità, la proprietà stessa dell'individuo borghese ». Sui limiti dell'autonomia del politico nell'epoca dell'accumulazione cfr. ancora le considerazioni di A. ILLUMINATI, *art. cit.*, pp. 512 e sgg.

condizioni di realizzazione affinché un potere specificamente economico possa procedere alla propria normalizzazione, senza che cioè appaia necessario l'intervento sovradeterminante di altre istanze.

Ogni sottosistema dovette perciò stabilizzare un proprio campo normativo funzionalmente integrato con quello di altri sottosistemi. Si rese in altri termini necessario determinare positività e piani di consistenza — le figure del suddito e del lavoratore salariato, il soggetto giuridico come centro di imputazione di doveri e diritti giuridici, i riti e debiti politici e fiscali, la regolarizzazione della norma capitalistica ecc. — che daranno luogo, in seguito, all'ordine dei rapporti di forze e dei conflitti tra Stato e sudditi, capitale e lavoro ecc. Anche in questo caso, poteri e macchine di dominazione non esistono prima che siano stati definiti positività e piani di consistenza. È nel processo « costituzionale » o — come è stato più volte caratterizzato — nel saturarsi della violenza costitutiva che si configurano, in un medesimo procedere, sia i poteri che gli oggetti sui quali si indirizzano e si esercitano investimenti e pratiche (49).

La catastrofica transizione tra i due regimi della violenza — quella che istituisce e quella che, sul fondamento dell'istituzione esercita le singole violenze, singolari, specifiche e molecolari — è, in pari tempo, transizione tra due differenti ambiti ontologici e logiche dell'antagonismo. Da un lato, un conflitto che ha come epicentro l'istituzione, l'invenzione di identificazioni e forme di assoggettamento ed all'interno del quale si strutturano istituzioni, macchine e congegni di potere. In seguito, il conflitto si disloca

(49) Non v'è, in tal senso, soggettivazione ed acquisizione di identificazioni senza assoggettamento ad una macchina di dominazione, sia essa economica o politico-disciplinare. Ma le macchine ed i dispositivi di dominazione si iscrivono all'interno di un campo normativo inaugurato dalla violenza. Quest'ultima ed in ciò ha certamente ragione Foucault, non si identifica immediatamente con il potere: « (...) la violenza non esprime la relazione di potere e cioè il rapporto della forza con la forza, di un'azione su un'altra azione. Un rapporto di forze è una funzione del tipo incitare, suscitare, combinare (...). In tal senso, governare significa strutturare il campo delle azioni eventuali degli altri ». M. FOUCAULT, *Deux essais sur le sujet et le pouvoir*, in H.L. DREYFUS, P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris 1985, pp. 310 e sgg. Cfr. soprattutto G. DELEUZE, *Foucault*, tr. it. Milano, 1987, pp. 37 e sgg. Ma la violenza appare ciò che — pur sempre — consente al potere di strutturarsi e di agire come potere. È infatti dentro un ambito costituito e continuamente designato dalla violenza che si possono esercitare ed attualizzare le prestazioni positive ed « informative » dei poteri.

entro un ordine di precondizioni e di regole « già date ». Il singolo si contrappone o resiste, in quanto è già stato insediato in quelle identità ed in quelle forme di soggettivazione che sono strutturalmente correlate all'esercizio dei poteri. Si tratta dell'inaugurazione di *regimi di visibilità e di processi di iscrizione sui piani ontologici della rappresentazione* — il singolo e le molteplicità umane devono essere raggiunti, identificati, e costituiti normativamente ed infine normalizzati — che consentono la possibilità di naturalizzare i poteri che potranno così « operare » su soggetti che sono già caduti o che inevitabilmente cadranno entro quegli orizzonti normativi (50). È quindi una medesima logica di fondo che coniuga i procedimenti di potere all'epoca dell'accumulazione: *cattura generale delle forze per situarle in un regime normativo della produttività disciplinare e dell'obbedienza* (51).

Una volta costituiti ed attualizzati punti e piani di investimento, i nuovi poteri non si limitano a prelevare ed estorcere. Essi preformano o si appropriano positività e piani di consistenza che, per riprodursi, devono sottomettersi al *debito infinito* che hanno contratto con i poteri. A questo scopo, i poteri devono organizzare degli interventi puntuali e continui per allestire e governare una *energetica dei corpi sottomessi*. Il corpo deve cioè essere addestrato a combinarsi con altri corpi per produrre sistemi di azioni sempre più produttive in grado di ottimizzare obiettivi dati. È l'inizio di un medesimo processo di addomesticamento e di governo della potenza dei gesti e dei corpi combinati, di distribuzione nello spazio, di osservazione e selezione di ciò che è produttivo ed incrementabile

(50) Le « visibilità » non possono essere cioè disgiunte dalle positività che esse attualizzano. Non si danno, in tal senso, regimi di visibilità senza che appaiano, nel contempo, positività ed oggetti in cui l'orizzonte di visibilità si attualizza e si immanentizza. Cfr. G. DELEUZE, *Foucault, cit.*, p. 63: « Infatti, per quanto le visibilità non siano mai nascoste, tuttavia esse non sono immediatamente viste o visibili. E sono persino invisibili sinché ci si ferma agli oggetti, alle cose o alle qualità sensibili, senza elevarsi alle condizioni che le apre ».

(51) Non si tratta di fissare una « essenza » dell'accumulazione originaria, ma di configurazione una soglia di consistenza materiale e di senso dei nuovi poteri economici e politici. In altri termini, ciò che pare coniugare i procedimenti e le specificità di tali poteri è la cattura delle forze e l'imposizione di regimi di produttività, di incremento e di obbedienza attiva e cioè discipline. Da ciò, il capitalismo è certamente un nuovo sistema di dominazione e sfruttamento, ma nel senso di un megadispositivo di assoggettamento che si specifica articolandosi in un ordine di pratiche per la *cura*, il *sostegno* e l'*intensificazione* delle forze.

ed esclusione di ciò che è inutilizzabile e temibile per la conservazione dei nuovi valori di utilità, sicurezza ed ordine sociale. Capitale e Stato sono forze teologico-politiche della appropriazione, della cura e del governo di elementi individuati e preformati come centri di imputazione per azioni produttive e socialmente utili.

Come ha mostrato Foucault nelle sue ricerche genealogiche sui macro e micropoteri della prima modernità, l'accumulazione originaria definisce i contorni di un'epoca caratterizzata dalla compresenza, dalla sovrapposizione e dal conflitto tra due fondamentali *diagrammi* di potere. Accanto al diagramma tradizionale monarchico-signorile — prelevamento di azioni e beni sino alla sovrana decisione circa il prelevamento della vita del suddito —, si sviluppano e si socializzano diagramma disciplinari, — azioni su azioni per produrre nuovi complessi di azioni — e, con questi ultimi, schemi e pratiche per nuovi *poteri pastorali*. Si tratta della grande rivoluzione politica dell'età « classica » che ha uno dei suoi principali epicentri nel XVII secolo e che costituisce il conduttore politico dei processi dell'accumulazione economica. Rivoluzione: perché nello spazio di pochi decenni emergono discontinuità, rotture ed innovazioni radicali. È una deriva generale ed apparentemente inarrestabile, di accumulazione e distribuzione di tecnologie e metodi che spesso agiscono discretamente e quasi nascostamente, a lato dei fenomeni politici e giuridici più vistosi e li condizionano, nel senso che sono la misura della loro effettualità ed efficacia. È, in effetti, nella disseminazione e moltiplicazione di questi investimenti parziali che si attualizzano, fenomenicamente, la sovranità dello Stato, la statualità del diritto, l'unicità e indivisibilità della giurisdizione assolutistica. Una nuova « razionalità politica » che si impone nel corso del secolo ed alla quale deve essere attribuito un rilievo storico pari a quello delle grandi innovazioni scientifiche ed epistemologiche dell'evo moderno. Ed è nel quadro del procedere di tale « razionalità » e, in particolare, nell'instaurazione di ambiti e pratiche di visibilità che sorgono e si differenziano forme del sapere ed ordini di discorsi che isolano, identificano e concettualizzano oggetti e positività che quegli stessi poteri hanno costituito o stanno costituendo; (primi approcci al problema demografico, studi di geografia economica e politica, differenti concettualizzazioni del tempo e della storia, la costituzione delle prime sistematiche trattazioni del problema amministrativo e fiscale, nuove classificazioni della devianza e dell'ordine penale, della malattia, della sragione, una nuova definizione della salute pubblica, della

sicurezza, dell'utilità ecc.): « (...) tra il XVI ed il XVII secolo (e soprattutto in Inghilterra) è apparsa una volontà di sapere che, anticipando i contenuti attuali, disegnava piani d'oggetto possibili, misurabili, catalogabili; una volontà di sapere che imponeva al soggetto conoscente (ed in un certo modo prima di ogni esperienza) una posizione, un certo sguardo ed una certa funzione (vedere più che leggere, verificare più che commentare); una volontà di sapere che prescriveva (...) a che livello tecnico le conoscenze tecniche avrebbero dovuto investirsi per essere verificabili ed utili. È come se, a partire dalla grande partizione platonica, la volontà di sapere avesse la sua propria storia, che non è quella delle verità costrittive; storia dei piani d'oggetti da conoscere, storia delle funzioni e posizioni del soggetto conoscente, storia degli investimenti materiali, tecnici della conoscenza » (52).

Come si è più volte sottolineato, ciò che giustifica la concomitanza e la presupposizione funzionale tra i processi di accumulazione in senso teologico politico è il consolidarsi di un articolato fronte di pratiche di potere costitutive e disciplinari. Queste ultime non sono delle istituzioni, ma tecniche, schemi e diagrammi che percorrono le istituzioni e che da queste ultime vengono polarizzate. In tal senso, Foucault ha definito l'apparato dello Stato-macchina moderno *nuovo potere pastorale* (53). Per la prima volta nella storia della civiltà occidentale cristiana, nel XVII secolo, dominata sino ad allora dal primato del potere della Chiesa, un sistema di potere concorrente inizia a condurre massicciamente un processo di integrazione e di sintesi di sottopoteri diffusi e ne gestisce la completa riformulazione della pastoraltà. Sino alla formazione dello Stato moderno è infatti la Chiesa a detenere il potere « più grande ». E ciò non nel senso che il suo potere fosse effettivamente più grande di quello delle istituzioni civili — l'ordine imperiale, le città, gli « stati », le istituzioni feudali e popolari ecc.; — bensì in quanto la Chiesa è stata la sola forza in grado di istituire e governare per oltre un millennio un grande ed influente potere pastorale. Quest'ultimo è, essenzialmente, sistema della cura della vita individuale e collettiva. Dalla cura della salute « spirituale », all'assistenza ed alle terapie della salute fisica, dalle forme di conoscenza, di « ascolto » e di trattamento delle « anime » e delle loro vicissitudini alla prassi

(52) M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso*, tr. it. Torino 1972, p. 15.

(53) M. FOUCAULT, *Deux essais*, cit., pp. 305 e sgg.

del consiglio, sino alla pedagogia l'onnipresenza della Chiesa e delle sue numerose articolazioni di governo caratterizza il pressoché totale monopolio della pastoraltà del potere. Gli sconvolgimenti e le mutazioni prodotte dai processi di accumulazione aprono quindi l'epoca della concorrenza tra Chiesa e Stato sul decisivo terreno del primato politico-pastorale: « *Si passa dalla preoccupazione di condurre la gente alla salute nell'altro mondo, all'idea che bisogna assicurarla nell'al di qua. Ed in questo contesto la parola salute acquista molteplici significati: vuol dire buona salute, benessere (e cioè un livello di vita accettabile e risorse sufficienti) sicurezza, protezione contro gli incidenti. Un certo numero di scopi terrestri sostituisce le finalità religiose della pastorale tradizionale* » (54).

È un potere produttivo, istitutivo quello dello Stato. Avvio di una vera e propria macromeccanica sociale, imponente investimento politico e costitutivo che mostra — già agli albori della modernità — l'inconsistenza delle mistificazioni intorno alla separazione tra società e Stato. Se tale separazione è talvolta ed in fasi sempre storicamente differenti, risultata funzionalmente plausibile ed efficace sul piano delle strategie retoriche dell'ideologia essa, resta comunque *materialmente* iscritta nella costituzione e normazione politica del legame sociale da parte dello Stato. In tale prospettiva, la successiva rivoluzione politica della borghesia occidentale non è concepibile come insurrezione della società contro lo Stato, non come riduzione di un *surplus* di potere, bensì come intervento su di un *deficit*, *divenuto cronico, di potere*. Lo Stato moderno, nella forma assolutistica,

(54) *Ivi*, p. 306. La figura filosofico-giuridica del contratto che fonderebbe, secondo la linea egemone della filosofia politica seicentesca, l'assoggettamento politico e la legittimazione giuridica dello Stato deve essere riconsiderato alla luce della natura « pastorale » del potere moderno. In tal senso, le garanzie della salvaguardia della vita e della sicurezza offerta dallo Stato devono essere « scambiate » con un *controdebito infinito* da parte delle molteplicità umane. La fiscalità è, ab origine, una delle principali figure del debito infinito che i singoli devono alla « salvezza » loro elargita dallo Stato. Cfr. G. GIL, *Un'antropologia delle forze*, cit., pp. 44-49: « (...) quanto si dà allo Stato si rivela insufficiente a che questo renda l'equivalente (...). In queste condizioni occorre lavorare sempre in eccesso, per rendere allo Stato il tributo richiesto dal suo potere (...). In realtà non si lavora per lo Stato, si lavora e, lavorando socialmente si paga una imposta allo Stato (...). Lo Stato agisce indirettamente cortocircuitando gli atti sociali, interponendosi tra gli uomini, per esigere il dovuto. In un certo senso, nulla è mutato nella vita sociale, salvo che oramai ogni scambio comporta un prelievo operato dallo Stato. Esso diviene il grande mediatore delle relazioni sociali ».

entrerà dunque in crisi allorché non sarà più in grado di portare avanti i processi di espansione e razionalizzazione del potere che pure esso aveva inaugurato. La rivoluzione politica della borghesia è — dopo l'avvento della nuova razionalità politica tra Cinque e Seicento — la seconda e globale ristrutturazione dello Stato come *Stato dell'accumulazione, della disciplina e dell'amministrazione* (55).

IX

Come si è cercato di verificare, facendo leva sulle analisi di Marx e sulla genealogia dei poteri moderni di Foucault, l'accumulazione originaria segna una profonda « rottura epistemologica » nelle relazioni e nella concezione del potere. Come è stato premesso, si passa dal diagramma del prelevamento, della estorsione e dell'obbedienza passiva ad una complessa economia politica della cattura e del controllo dei valori, da un lato e dell'incremento e disciplina delle molteplicità umane dall'altro. Il potere pastorale *tende* così ad investire l'intero spazio-tempo sociale come un corpo macchina, come capitale di forze latenti, nei confronti del quale la specializzazione, la razionalizzazione degli interventi deve risultare proporzionale all'incremento della docilità e della produttività. Una medesima, sistematica attenzione, quasi una ossessione per la metafora della macchina mobilita le pratiche di potere e le pratiche teoriche di tutto il secolo.

La sussunzione operata dal capitale e dallo Stato si attualizza, quindi, nella costituzione di *forze produttive economiche, sociali e politiche* formate e, per così dire, educate a corrispondere in modo ottimale alle sollecitazioni disciplinari e normative. È solo a questa condizione che la forza produttiva può essere messa in movimento per produrre *surplus* di valore e di potere, addestrata per essere consumata sino alla estenuazione o distrutta in nome del bene del sovrano e della nazione. Un enorme investimento di desiderio: questo è, forse, il potere moderno. Desiderio di combinare i corpi

(55) Cfr. sull'argomento le straordinarie pagine di TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, tr. it., *Scritti politici*, vol. I, Torino 1969, pp. 614 e sgg. La ristrutturazione del sistema e della semantica penale è un capitolo fondamentale di questa seconda grande razionalizzazione del politico per colmare i vuoti, le discontinuità e le manchevolezze del sistema di potere dell'assolutismo. Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit. pp. 88 e sgg.

— macchina in macchine sociali e produttive sempre più grandi ed efficaci, di coniugare corpi macchina con macchine meccaniche ed artifici per dare luogo ad unità più complesse in cui corpo e macchina costituiscano l'uno la protesi dell'altro; desiderio di vedere concatenarsi delle forze che sono state composte ed addestrate a corrisponderci vicendevolmente. Una complessa macchina di desiderio, positiva e costitutiva. Ma la positività delle nuove funzioni e macchine di dominazione si coniuga necessariamente con potenti pratiche selettive e repressive. Se si desidera che la forza che si vuole dominare sia effettivamente produttiva, quest'ultima deve essere separata e protetta da tutto un mondo di anomalie, devianze e di irriducibile resistenza. Il potere deve quindi poter « vedere » e rimuovere gli effetti negativi di cui sono responsabili, di volta in volta, la follia, i disordini delle passioni e delle patologie « del cuore », la pigrizia, l'indolenza, la miseria, le malattie e la rivolta. Nel mentre celebra — mediante le sue macchine i suoi apparati rappresentativi e le sue liturgie — la potenza delle sue prestazioni, la ragione politica — costituendosi —, ad un tempo istituisce ed inventa uno spazio complementare, una regione dell'esteriorità che la designa nel profondo come il suo ossessivo e fisiologico « rovescio », il suo indissociabile « doppio ». È il complementare negativo dell'esclusione, della barra che discrimina chi esiste socialmente e, per questo, è abilitato a produrre e possedere e, quindi, a certe condizioni, ad essere rappresentato giuridicamente e chi « non esiste più » se non nello stato di confusione che caratterizza i luoghi della segregazione. Per questo, il diritto moderno, nel mentre si appresta a mettere in scena meccanismi e riti della rappresentazione, viene immediatamente contraddetto nella sua inclinazione a porsi come *complexio oppositorum*. E, come scrive M. Blanchot: « Si può quindi dire che l'imperativo di escludere — l'esclusione come struttura necessaria — chiami e consacri gli esseri da escludere. Non si tratta di una condanna morale o di una semplice divisione pratica. Il circolo sacro rinchiede una verità, una strana e pericolosa verità: la verità estrema che insidia ogni potere di essere veri » (56).

(56) M. BLANCHOT, *L'infinito intrattenimento*, tr. it. Torino 1977, p. 266. Identificazione, riconoscimento e rappresentazione sono le coordinate della registrazione giuridica che incontra, nel caso dell'esclusione, il suo limite per così dire trascendentale. Limite sempre empirico e storicamente determinato ma, ad un tempo, costitutivamente insediato nell'essenza stessa della rappresentazione. Cfr. M. FOUCAULT, *Poteri e strategie*, in « Aut-Aut », 164, 1978, p. 25: « C'è comunque sempre qualcosa

L'improvvisa e traumatica istituzione dell' *Hôpital général* ove, in pochi mesi viene rinchiuso un abitante su dieci della città di Parigi è forse il primo laboratorio statale per le pratiche di selezione ed internamento: « *Esso è una istanza dell'ordine — scrive Foucault — dell'ordine monarchico e borghese che si organizza in Francia in questa stessa epoca. Esso si ramifica direttamente dal potere reale che l'ha sottomesso alla sola autorità del governo civile, la grande Aumônerie del regno che un tempo rappresentava, nella politica di assistenza, la mediazione ecclesiastica e spirituale, si trova bruscamente estromessa* » (57). Ma il fenomeno è transnazionale. Vi sono infatti impegnati i maggiori governi d'Europa coinvolti nei processi di accumulazione. Si tratta, da un lato, di costringere al lavoro salariato, di istituire giuridicamente l'obbligo al lavoro per chi è idoneo e, contemporaneamente, ritirare dai circuiti della comunicazione e circolazione sociale tutti coloro che sono stati traumaticamente deterritorializzati dall'accumulazione capitalistica e politica. Ospizi, case di internamento, manifatture statali che assomigliano a delle galere ove sono stati concentrati e mescolati insieme tutti i *dropouts* dell'accumulazione: malati fisici, vagabondi, « delinquenti », ribelli al lavoro ed all'autorità, ed ancora, sifilitici, libertini, isteriche, insani ed ossesse.

Tutta una popolazione di esclusi in base ai nuovi criteri di selezione che presiedono alle politiche della salute pubblica e dell'ordine sociale, ma soprattutto, effetti di scarto di una inedita sintesi tra moralità pubblica, e consacrazione dei valori di utilità e produttività, sintesi che inizia a spiazzare usanze, pratiche e terapie di assistenza dei poteri pastorali tradizionali. La povertà, ad esempio, perde i significati che la situavano in una economia del sacro. D'ora in poi la povertà diviene un problema di polizia e d'ordine pubblico. Estinguendosi gli oscuri legami con la volontà di Dio, la povertà diviene oggetto di amministrazione e di polizia e cioè delle politiche

nel corpo sociale (...) che sfugge in un certo modo alle relazioni di potere (...). Non esiste la « plebe », c'è della « plebe » (...) Questa parte di plebe non è tanto l'esterno rispetto alle relazioni di potere, quanto il loro limite, il loro inverso, il loro contraccolpo; è ciò che corrisponde ad ogni avanzata di potere attraverso un movimento per svincolarsene ed è quindi ciò che motiva ogni nuovo sviluppo delle reti di potere ».

(57) M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, tr. it. Milano 1963, p. 73.

per la « sicurezza » della popolazione. Da una parte i lavoratori produttivi vengono sottoposti ad una disciplina brutale e le leggi dello Stato impediscono loro qualsiasi forma di organizzazione; al polo opposto, internamento e lavoro forzato — in cambio spesso di una esistenza larvale — per i poveri che devono lavorare per sanare i disordini morali che hanno provocato l'indigenza e che si trovano confusi con tutti *dropouts* e gli inutilizzabili: « (...) *popolazione senza risorse, senza legami, classe che si è trovata abbandonata o che è stata resa fluttuante durante un certo periodo a causa del nuovo sviluppo economico* » (58).

Esclusione e repressione vengono così sostenute da un profondo mutamento della semantica sociale. La convergenza tra comando economico e discipline politico-amministrative provoca la coniugazione tra etica religiosa ed etica pubblica e, alla lunga le subordina entrambe all'egemonia del diritto pubblico: « *La morale si lascia amministrare come il commercio e l'industria* » (59). Il nesso tra

(58) Ivi, p. 94-99: « *Sembra che Colbert, come i suoi contemporanei inglesi abbia visto nell'assistenza attraverso il lavoro sia un rimedio alla disoccupazione che uno stimolo per lo sviluppo della manifattura* ». Il vasto dibattito svoltosi tra XVII e XVIII secolo intorno ai temi della socializzazione del lavoro salariato, della povertà, della devianza e della pigrizia delle masse impegna una articolata letteratura: dalla sterminata libellistica e trattatistica mercantilistica e cameralistica, ai discorsi sull'amministrazione del territorio e della popolazione e cioè ai trattati sulla *police*, *policey* in cui si sostanzia una delle principali innovazioni istituzionali dell'epoca. Cfr. O. Cox, *The Foundation of Capitalism*, New York 1959, in particolare la ricca bibliografia sulla letteratura mercantilistica intorno al lavoro ed alla povertà moderna, pp. 376 e sgg. Sulla teoria e la prassi della *police*, cfr. il numero di *Filosofia politica* dedicato all'argomento, Giugno 1988, pp. 14 e sgg. Sia I. WALLERSTEIN che K. POLANY sottolineano una fondamentale differenza nelle politiche « sociali » del XVI e XVII secolo. Cfr. WALLERSTEIN, *L'agricoltura*, op. cit. p. 311: (...) *il rapporto tra tale legislazione e trasformazioni economiche è ambiguo. (...) fu una forma di stabilizzazione politica che ebbe l'effetto di comprimere i datori di lavoro, tanto quanto i lavoratori*. Le legislazioni sui poveri — *Poor Laws* —, le leggi e le istituzioni dell'internamento avevano — soprattutto nel XVI secolo, ma ancora largamente nel XVII ed in proporzioni più ampie — l'obiettivo di limitare il mercato del lavoro e cioè di rendere socialmente sopportabili i costi sociali e politici delle disgregazioni prodotte dal ciclo dell'accumulazione. Cfr. soprattutto K. POLANY, *La grande trasformazione*, tr. it. Torino 1974, pp. 311 e sgg.

(59) E ancora, ivi, p. 108: « *Così, vediamo inserirsi nelle istituzioni della monarchia assoluta — in quelle stesse che restarono a lungo come il simbolo della sua arbitrarietà — la grande idea borghese e ben presto repubblicana, che anche la virtù è un affare di Stato, che si possono prendere provvedimenti per farla trionfare, che si può stabilire un'autorità per essere sicuro che la si rispetti* ».

pratiche materiali e mutazioni semantico-epistemologiche fa apparire —, nel cuore stesso dell'accumulazione e come suo prodotto forse più originale — la *costituzione del soggetto*. L'incrocio tra moralizzazione del sacro e consacrazione teologica delle categorie di ordine, salute e produttività economica e sociale apre lo spazio semantico di accoglimento entro il quale si iscrive una risultante ontologica dei processi di dominazione ed un effetto di senso delle metamorfosi del discorso politico e sociale: « *Poiché è indubbiamente proprio della cultura occidentale nella sua evoluzione degli ultimi tre secoli, di aver fondato una scienza dell'uomo sulla moralizzazione di ciò che era stato, in altri tempi, il sacro* » (60). Pratiche di potere e pratiche discorsive sono quindi mobilitate per comporre questa straordinaria emergenza ontologica di cui è necessario costituire materialmente e codificare categorialmente la carta degli attributi e delle virtualità. Da questa epoca in poi, tutti gli eccessi ed i disordini che allontanano il soggetto dalle comuni misure che i poteri hanno fissato per costituirlo e normalizzarlo come centro di una produttività ed utilità sociale, saranno presi a carico dalle molteplici strutture e pratiche terapeutiche che articolano l'ordine pastorale del potere dello Stato.

Lo Stato è un megadispositivo « molare » che deve integrare la rete dei poteri « molecolari » distribuiti ovunque vi siano dei rilevanti complessi di forze da disciplinare ed utilizzare. Correlato strutturale dei sensori e dei meccanismi di presa è la moltitudine della *popolazione*, la massima generalità categoriale del corpo collettivo. Di tale corpo bisogna perciò ridurre al massimo le forze reattive e stabilizzare docilità produttiva ed obbedienza. È questo il « fondo » produttivo e docile e — come dice Foucault — la « sostanza fenomenica », il sostrato ontologico-materiale delle figure e dei soggetti costituiti dalla coazione economica e dalla soggezione politico-disciplinare. Al di sotto della categoria giuridica che definisce il soggetto di diritto dovrà perciò consolidarsi questa continuità del gesto utile e della abitudine all'obbedienza. Questa sostanza è un capitale finito, ma che, tuttavia, appare come indefinitivamente plasmabile, e questa obbedienza, ottenuta con un continuo addestramento e con l'interiorizzazione della norma, divengono le misure generali della *soggettività e della normalità*. L'individuo improduttivo, il non-sog-

(60) *Ivi*, p. 135.

getto (perché dominato dalle passioni, dalla dissipazione e dai disordini fisici e morali), dovrà perciò essere individuato, costretto nelle classificazioni ed infine internato insieme al variegato bestiario della sragione, delle miserie, della pigrizia incorreggibile. L'accumulazione dei poteri, siano essi d'ordine molecolare o molare, è quindi *accumulazione di obbedienza*. Costituzione violenta di campi normativi e stabilità del livello medio di obbedienza sono le condizioni fondamentali della naturalizzazione del « regime corrente » dei poteri: « *Se lo sfruttamento economico separa la forza dal prodotto del lavoro, diciamo che la coercizione disciplinare stabilisce nel corpo un legame di costrizione tra una attitudine maggiorata ed una dominazione accresciuta* » (61).

Si ripropongono, così, le premesse da cui si è mosso questo discorso sull'accumulazione originaria. Il compimento dell'istituzione del sistema normativo, il violento saturarsi del suo radicamento impianta le condizioni di effettualità e di continuità dei poteri. Nella trama di questa storia materiale sorgono le precondizioni e le consistenze ontologiche dei discorsi che l'epoca dell'accumulazione tiene intorno alla ricchezza, al lavoro, alla società ed allo Stato. Ma ciò, ancora una volta, non significa che quella materialità dei movimenti e dei processi della storia sia causa efficiente di ciò che accade al livello dei linguaggi, delle forme e dei contenuti della conoscenza. La storia dell'accumulazione originaria è l'inglobante ontologico generale entro il quale guadagnano visibilità gli oggetti, le positività, i problemi ed in cui si forma *la riserva dell'impensato* per ciò che in quel tempo è il sapere. Il potere è produttivo, insiste Foucault. E quindi i grandi processi in questione sono altrettanti processi produttivi dei *contenuti* e delle *problematiche* del sapere e, ad un

(61) M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 150. Accanto al disvelamento dell'essenza della tecnica moderna da parte dell'ontologia moderna e della fisica, e quindi prima dell'epoca applicativa della tecnica come tecnologia, troviamo quest'ordine di grandi sperimentazioni tecniche — economiche e politiche —, centrate intorno alla disciplina ed al comando dei corpi e dei gesti collettivi umani. Prima che la tecnica si manifesti nella macchina meccanica o motrice, essa si mostra come comando sulle molteplicità umane. È in tal senso che —, accanto alla natura —, le molteplicità umane, (ad esempio la *popolazione*), divengono il Fondo, ossia l'ambito della disponibilità e dell'impiego. Per le nozioni di Fondo, disponibilità ed impiego come facenti parte dell'essenza della tecnica moderna, Cfr. M. HEIDEGGER, soprattutto, *La Questione della tecnica*, in *Saggi e Discorsi*, tr. it. Milano, 1980, pp. 12 e sgg.

tempo, ciò che « provoca » le esperienze più complesse ed estreme del pensiero: « *Si dice spesso che il modello di una società che abbia come elementi costitutivi gli individui è presa a prestito dalle forme giuridiche astratte del contratto e dello scambio. La società mercantile si sarebbe presentata come un'associazione contrattuale di soggetti giuridici isolati. Forse. La teoria politica dei secoli XVII e XVIII sembra obbedire spesso a questo schema. Ma non bisogna dimenticare che nella stessa epoca è esistita una tecnica per costituire effettivamente gli individui come elementi correlativi di un sapere e di un potere* » (62).

Stato e capitale allestiscono dunque *modi di produzione* — oltre che di merci e macchine per la dominazione ed l'assoggettamento politico — delle *consistenze ontologiche* intorno alle quali si svolgono i maggiori discorsi dell'epoca. In tal senso, ancora, l'individuo-soggetto non è un dato originario, irriducibile ai grandi processi produttivi della storia moderna. La soggettività non è l'esito di un disvelamento che compare nell'ambito di una isolata esperienza del pensiero. Ciò che conosciamo dell'« uomo » nell'epoca moderna sembra risultare, piuttosto, da un ordine di effetti di potere, da una serie di risultanti ontologiche derivate da un vasto investimento della dominazione: « *L'individuo è senza dubbio l'atomo fittizio di una rappresentazione ideologica della società, ma è anche una realtà fabbricata da quella tecnologica specifica del potere che si chiama disciplina (...). In effetti, il potere produce, produce il reale, produce campi di oggetti e rituali di verità. L'individuo e la conoscenza che ne possiamo assumere derivano da questa produzione* » (63). La produzione del soggetto è, ancora una volta, esito della presupposizione tra accumulazione economica e politica. L'accumulazione del capitale presuppone l'accumulazione delle forme di dominazione e costituzione politico-disciplinari e viceversa (64).

(62) *Ivi*, p. 212. Il modello atomistico-contrattualistico non è perciò in grado di fondare l'obbligazione politica in primo luogo in quanto il soggetto è già ontologicamente costituito — in quanto soggetto — dal potere. Inoltre, come si è detto, nessun patto tra individui isolati può essere obbligante se già una tale violenza strutturata non interviene per renderlo tale.

(63) *Ivi*, p. 212.

(64) Riproponiamo, ancora una volta, questo punto assolutamente cruciale della genealogia dell'accumulazione. Cfr. M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., p. 19: « *A partire dal XVII-XVIII secolo, si è avuto un potere che ha cominciato ad esercitarsi attraverso la produzione e la prestazione. Si è trattato di ottenere*

Un medesimo corpo-soggetto, obbediente ed utile deve occupare gli spazi reticolari nella manifattura, negli eserciti, nelle scuole ecc. Stato e capitale, rappresentazione e rito giuridico si impiantano perciò su questo sottosuolo costitutivo-disciplinare che fornisce e « confeziona » punti e piani di applicazione della norma. Se lo Stato governa sui sudditi, se il capitale si scambia con il lavoro « libero », se la norma giuridica intenziona centri di imputazione di diritti e doveri giuridici, ebbene questi correlati degli investimenti di potere sono stati fabbricati discretamente, ma con implacabile continuità in quel sottosuolo (65). Una vasta *Metropolis* sotterranea che sorregge i rituali delle corti, dei parlamenti dei tribunali, degli eserciti e di tutti i teatri e le pubbliche liturgie dei *poteri costituiti*.

Ma la docilità produttiva del soggetto collettivo e la sua messa in scena giuridica non sarebbero state possibili senza la sottoposizione del corpo ad una vera e propria *analitica degli investimenti normativi*. In altri termini, ogni macchina normativo-disciplinare, diviene un laboratorio in cui mettere in opera e condurre a regime le procedure di incremento, controllo, inibizione ed estinzione delle forze. Una capillare e continua economia politica delle forze che si applica analiticamente sul corpo del *subjectum* per suscitare le energie, dosarne il consumo, riprodurne la disponibilità. Nell'ambito degli esercizi di questa economia politica delle forze il soggetto appare sempre *deforme*, oggetto di una continua scomposizione/ricomposizione; valorizzazione/repressione, incitamento/atrofia delle forze (66). La risultante di queste linee di investimento normativo

dagli individui nella loro vita concreta delle prestazioni produttive (...). Insomma, trattare, controllare, dirigere l'accumulazione degli uomini un sistema economico che favoriva l'accumulazione del capitale ed un sistema di potere che comandava l'accumulazione degli uomini sono stati, a partire dal XVII secolo, due fenomeni correlativi ed indissociabili ».

(65) L. ALTHUSSER incontra la nozione foucaultiana di produzione materiale del soggetto, ma sembra maggiormente insistere sulla sua piena attualizzazione che coincide con il naturalizzarsi del regime della soggezione volontaria. Cfr. L. ALTHUSSER, *Sull'ideologia*, tr. it. Bari 1976: « (...) L'individuo è interpellato come soggetto libero perché si sottomette liberamente agli ordini, dunque perché accetti il suo assoggettamento (...). Non esistono soggetti che mediante e per il loro assoggettamento ».

(66) L'espressione « corpo deforme » è di F. EWALD, *Anatomia e corpi politici*, tr. it. Milano 1979, pp. 43 e sgg. Cfr. K. MARX sulle origini della « patologia industriale ». *Il capitale*, Libro I, Cap. XII, *cit.*, pp. 405-407.

è l'interiorità (67). L'uomo moderno: un effetto di potere? Forse è necessario iniziare a vedere meglio ciò che è intramato nella filigrana dell'interiorità, potente feticismo della cultura occidentale. Forse l'interiorità non è un dato originario, quando piuttosto una piega che si costituisce strategicamente nel confronto senza fine con la linea di una exteriorità radicale, dominata dai congegni e dalle prese dei poteri: « (...) *anche considerando un breve periodo, l'Uomo non esiste da sempre, e non esisterà sempre. Affinché appaia o si delinei la forma-Uomo, è necessario che le forze che sono nell'Uomo entrino in rapporto con forze del fuori del tutto particolari* » (68).

X

« Secolo d'oro » — « secolo di ferro »: tra queste due immagini complementari si distende la straordinaria complessità del Seicento, epoca dell'accumulazione. Secolo dell'imponente marchinggno politico-teatrale che, come un dispositivo metaforico, informa

(67) Sul « modo di produzione » della semantica dell'anima cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 30 e sgg. e F. Ewald, *op. cit.*, pp. 47-48: « L'anima è contemporaneamente il prodotto dell'investimento politico del corpo ed uno strumento del suo dominio. Non si possono opporre l'anima ed il corpo, il fisico ed il morale, come neanche l'essere al pensiero. L'anima non può mai essere altro che una parte del corpo, opponibile al corpo secondo il principio stesso del suo investimento politico, perché esiste soltanto una realtà fisica ».

(68) G. Deleuze, Foucault, cit., . 124. E ancora M. Foucault, *Resumé des cours*, cit., p. 138: « (...) in che modo il soggetto è stato costituito in momenti differenti ed in differenti contesti istituzionali, come oggetto di conoscenza possibile, auspicabile o addirittura indispensabile? (...). È evidente che né il ricorso ad una esperienza originaria, né lo studio delle teorie filosofiche sull'anima, delle passioni o dei corpi, possono servire come asse principale di una ricerca del genere ». È forse a partire da questa reimpostazione del nesso potere-soggetto che si può procedere ad un diverso pensiero sul politico — e più in profondità sul potere — e cioè ad un'altra filosofia della politica. Ciò che è in tal senso principalmente da pensare sono le strutture del legame — in cui consiste essenzialmente il potere — tra esposizione e dominio. È perché l'esistenza è « da sempre » esposta ed è perché l'esteriorità, al limite della quale si manifesta l'esposizione, è « da sempre » occupata e « regolata » dal potere (il quale quindi non è prima o dopo l'esposizione, ma la accompagna, e le è costitutivamente concomitante), che in condizioni storiche determinate, l'esposizione viene identificata, dominata e manipolata nel senso del soggetto. Ogni esercizio di potere, ogni resistenza, ogni sovversione avvengono sul bordo che divide, talvolta impercettibilmente, esposizione ed esteriorità. Cfr. in tal senso le ricerche di J.L. Nancy, e in particolare *La Communauté désœuvrée*, Paris 1986-1990.

le rappresentazioni degli apparati pubblici esaltandone la non resistibilità e la potenza che li sostiene. Secolo di ferro, ossia epoca eminentemente costituzionale che, al colmo di un vasto decorso temporale, vede l'istituzione violenta di alcune tra le maggiori condizioni basilari della modernità, ma entro uno scenario in cui il loro insediamento risulta ancora rischioso ed incerto. Oro e ferro, come dire che ciò che si inscena attraverso la grande pompa ed il vistoso accumulo dei segni del comando è fondato e sorretto da un incessante investimento di violenza.

Nel diritto moderno, così come si impone già egemonicamente nel XVII secolo, si satura la fase costituzionale dell'accumulazione. Prima dell'apertura dei grandi conflitti per le libertà civili e politiche, prima cioè dell'emergenza del complesso di contraddizioni legate alla stabilizzazione delle strutture dell'accumulazione, dovette compiersi la configurazione di un *sistema generale dell'appropriazione* di cui la statualità e positività del diritto costituiscono tra le maggiori espressioni formali. Ma la statualità rappresenta l'estrema valenza *molare* del diritto. Essa sottende l'accumulo dei singoli poteri e diritti che hanno condotto sovversione e riassetto generali del mondo moderno. In tal senso, ovunque è all'opera un processo di appropriazione vi è un diritto che ne garantisce la normalizzazione e la continuità. Nei processi economici, che sono *processi politici delle deterritorializzazione di forze e determinazioni materiali e loro successiva reimmissione entro nuove procedure della dominazione*. Nei processi politici, nei quali si profilano *nuove economie di potere fondate sull'incremento produttivo dell'obbedienza e della prestazione*. Per questo, appare ozioso voler ancora continuare a concettualizzare un primato tra economia e politica nell'epoca della accumulazione. L'investimento esercitato dalla violenza costitutiva è, in tal senso, apertura della differenziazione tra economia e politica, momento costituzionale che inaugura prospetticamente la definizione dei confini e delle interazioni.

Una irresistibile tendenza al sommovimento ed alla liberazione di forze e determinazioni materiali dai codici che ne definivano consuetudinariamente le situazioni normative prelude ed infine si confonde con un processo generale di violenta appropriazione mediante dispositivi e regole che fissano sistematicamente legami tra forza e dominazione. Questo accade, come si è visto, nell'economia, ovvero nella transizione tra sovversione monetario-mercantile ed appropria-

zione manifatturiera. Nella politica, come cruento passaggio tra espansione della dittatura del politico-principesco e strutturazione dello Stato-macchina, sostenuto dalla segmentazione dei dispositivi disciplinari, dalle istituzioni del controllo segregante e dalle mutazioni nella pratica e nella semantica della normatività.

È una generale e capillare diffusione di una articolata metodica del dominio, che segna una soglia storica in cui l'idea stessa del potere viene ad essere radicalmente innovata. Non più corpi e gesti « passivi » votati alla riproduzione semplice dei codici. Ma mobilitazione ed incremento delle forze, attivate dal paradigma della produttività, che ridefinisce — in termini molecolari e molari — temporalità e spazialità dei fenomeni sociali. Tempo del lavoro collettivo, del movimento dei valori, delle procedure e delle previsioni politiche, delle misure di sicurezza e degli esercizi disciplinari. Spazio della nazione e della popolazione, spazio fiscale, giurisdizionale, amministrativo e militare. Spazio della « polizia », opera di coniugazione tra aumento della ricchezza materiale e controllo per la crescita e l'occupazione della popolazione come altrettante condizioni per la formazione *dell'economia politica*.

Ovunque metodi analoghi di fissazione di corpi a macchine e dispositivi di dominio la cui reiterazione conduce alla stabilizzazione di piani di consistenza, dei correlati e degli effetti. A questa condizione, e cioè in base all'impianto di un regime molecolare del potere, potranno stabilizzarsi apparati, istituzioni e, soprattutto, *grandi rappresentazioni molari*. La rappresentazione diviene così la funzione teologico-politica più decisiva. Essa produce e sanziona l'iscrizione di determinazioni materiali, valori, azioni, corpi, forze e — oltre una certa soglia dei processi costitutivi — dei soggetti sui piani e le meccaniche normative: il lavoratore sulle unità produttivo-disciplinari; il soggetto giuridico sulle forme della sussunzione amministrativa, fiscale e politica; il soldato sui micro e macro artifici e reticoli normativi; lo scambio economico e sociale sul grande corpo dello Stato. Quest'ultimo si impianta e riproduce indefinibilmente quella che appare come la principale condizione dell'iscrizione rappresentativa: il debito politico infinito, che si articola — e questo già nell'organizzazione dello Stato macchina assolutistico — come debito fiscale (insinuazione dello Stato negli scambi economici e sociali che possono essere sanzionati e riconosciuti a condizione di un sistematico prelievo); come debito giuridico (la funzione pub-

blica definisce i termini della rappresentabilità del privato); come debito militare (appropriazione del tempo e delle forze delle molteplicità umane per l'accrescimento della potenza dello Stato e della obbedienza). In conclusione, si esiste socialmente solo se si è iscritti entro un dispositivo della rappresentazione costituzionalmente insediato — e, con quest'ultimo, i contenuti « umani » come piani e punti di applicazione dell'iscrizione — dalla violenza creatrice del diritto.

Questo pare il senso ultimo della teologia politica, così come si costituisce nell'epoca dell'accumulazione; l'onnicomprensività trascendentale dell'iscrizione rappresentativa. Da questo punto di vista il « secolo d'oro e di ferro » si riconferma nella sua durezza e crucialità costituzionale. Inaugurazione sanguinosa e monumentale di alcune matrici epocali: forse che, in un certo qual senso, non si è mai usciti dal Seicento?

GIAMPAOLO CALCHI NOVATI

AMMINISTRAZIONE E POLITICA INDIGENA IN LIBIA
NELLA PRIMA FASE DEL COLONIALISMO ITALIANO
(1911 - 1919)

1. — *Dal decreto di annessione alla pace di Losanna*

L'Italia non attese la fine delle ostilità con la Turchia per proclamare l'annessione della Tripolitania e della Cirenaica. Il gesto unilaterale, e privo come tale di efficacia a livello internazionale, dispiacque anche a quelle potenze che riconoscevano all'Italia una specie di prelazione sulla Libia e che non intendevano contrastare la sua azione di conquista (1). La Tripolitania e la Cirenaica non erano *res nullius*, come in epoca coloniale venivano giudicate molte terre, per esempio dell'Africa nera; l'Impero Ottomano faceva parte del consesso delle potenze, per quanto in via di erosione sotto la spinta delle forze centrifughe che si erano messe in moto. Giolitti ha difeso questa procedura come necessaria per tagliar corto sul punto della sovranità e mettere tutti davanti al fatto compiuto (2).

Il decreto di annessione fu emanato il 5 novembre 1911: « Abbiamo decretato e decretiamo: la Tripolitania e la Cirenaica sono poste sotto la sovranità piena e intera del Regno d'Italia » (3). Il decreto venne convertito in legge il 25 febbraio 1912

(1) Contrarie erano Francia e Gran Bretagna; ostili, per la loro amicizia con Costantinopoli, erano Austria e Germania, che tuttavia non potevano spingersi più in là delle potenze dell'Intesa e che comunque volevano salvare la Triplice; la potenza più benevola verso l'Italia era la Russia. Ha scritto G. VOLPE: « Nessuna delle recenti imprese coloniali aveva trovato un'Europa così sensibile, così pronta a variamente reagire, a premunirsi per l'avvenire, a neutralizzare gli effetti di quelle iniziative » (*L'impresa di Tripoli, 1911-12*, Roma, 1946, p. 116). Sui precedenti a livello internazionale, cfr. L. PETEAN, *La questione libica nella diplomazia europea*, Firenze, 1939.

(2) Cfr. G. GIOLITTI, *Memorie della mia vita*, Milano, 1982, p. 234-245. È probabile che nella decisione giuocassero anche considerazioni di politica interna (G. CAROCCI, *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino, 1961, p. 149).

(3) Il decreto del 5 novembre 1911, n. 1247, è riportato in molte opere sulla conquista della Libia, fra cui MINISTERO DELLE COLONIE, *Ordinamenti della Libia* Roma, 1914, p. 6-7 (d'ora in poi citato come *Ordinamenti*) e F. MALGERI, *La guerra libica (1911-12)*, Roma, 1970, p. 398-399.

dopo il voto del parlamento. Il dibattito alla Camera si svolse il 23 febbraio: fu l'ultima occasione per misurare consensi e dissensi su un'avventura che aveva profondamente diviso il mondo politico italiano. Nella sua relazione introduttiva, Ferdinando Martini parlò della necessità di difendere gli interessi politici ed economici dell'Italia per tutelare il suo rango di potenza mediterranea. Le opposizioni nel frattempo si erano in parte raffreddate. Votarono contro solo pochi deputati socialisti e repubblicani: nel complesso la annessione fu approvata con 431 voti a favore e 38 contrari più un astenuto; quando il voto fu ripetuto a scrutinio segreto, nella stessa seduta, il conto fu ancora più favorevole perché i voti degli oppositori, fra assenti e convertiti, si ridussero a 9. Al Senato ci fu addirittura il « pieno »: 201 su 201 nel voto palese e 202 su 202 nel voto segreto (il 24 febbraio) (4).

Formalmente la Tripolitania era stata una provincia (*wilayet*) e la Cirenaica un *mutassariflik* (una suddivisione della provincia) dell'Impero Ottomano. Parve naturale perciò vedere nella Porta il nostro interlocutore. La conquista della Libia era cominciata con un atto di dichiarazione di guerra alla Turchia (29 settembre) dopo che era stato respinto l'ultimatum con cui in pratica il governo italiano aveva intimato alla Turchia di cedere il territorio (5). Le prime operazioni militari, dopo il bombardamento di Tripoli, l'occupazione di Tobruk e lo sbarco a Tripoli fra il 3 e il 5 ottobre, avevano impegnato le forze d'intervento italiane e le truppe turche. I turchi avevano nel Nord Africa circa 7 mila soldati: 5 mila in Tripolitania e 2 mila in Cirenaica. L'identità libica era misconosciuta e si commise l'errore o l'imprudenza di non tener conto — al di là della Turchia — delle capacità, in termini militari oltre che politici, dell'elemento arabo-libico. Sarebbero stati i fatti a far prendere atto all'Italia dell'« esistenza » della Libia.

(4) Cfr. MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Sovranità dell'Italia sulla Libia*, Roma, 1912. La legge fu pubblicata sulla « Gazzetta Ufficiale » del 25 febbraio 1912, n. 47. Cfr. anche Ministero degli Affari esteri, « L'Italia in Africa », serie storica, *La politica coloniale dell'Italia negli atti, documenti e discussioni parlamentari*, di G. PERTICONE, Roma, 1965.

(5) Lo stesso GIOLITTI (*op. cit.*, p. 234) scrive che l'ultimatum era stato concepito « in modo da non aprire strada a qualunque evasione e non dare appigli ad una lunga discussione ».

Gli appelli delle autorità militari italiane cercavano di giustificare l'occupazione con gli ostacoli frapposti dagli ottomani allo esercizio di quelli che venivano definiti gli « interessi » italiani e abbellivano questa pretesa proclamando l'intenzione di « sollevare le condizioni economiche e commerciali della Tripolitania, nell'interesse dei suoi stessi abitanti » (6). Una porzione significativa della popolazione era effettivamente « disaffezionata » ma l'Italia sopravvalutò la disponibilità degli arabi a farsi « liberare » dal « giogo turco ». Nelle dichiarazioni italiane non c'era naturalmente nessun riconoscimento di identità politica e tanto meno nazionale. L'Italia si impegnava però a rispettare la religione islamica, la giurisdizione della *Sharia*, i beni religiosi, la proprietà mobiliare ed immobiliare, ecc. Nel contempo veniva abolita la coscrizione e venivano abrogate le leggi vigenti sulle imposte. Ai libici ci si rivolgeva come « cari abitanti » o « rispettabili abitanti », o « nobili abitanti di questo paese » e anche come « arabi ».

Il primo governatore generale della Tripolitania e della Cirenaica, il generale Carlo Caneva, si insediò il 12 ottobre e riprese nel suo proclama di presentazione il proposito di stabilire buone relazioni con le « popolazioni della Tripolitania e della Cirenaica e degli altri paesi dell'interno ora sotto la servitù dei turchi ». Gli italiani si autoqualificavano come liberatori dipingendo i turchi come usurpatori. Anche Caneva ribadiva l'impegno a osservare le leggi civili e religiose, a rispettare le persone e le proprietà, nonché i diritti delle opere pie. Quanto all'esercizio dell'autorità, si diceva che l'Italia avrebbe governato attraverso i « capi » delle popolazioni locali. Il bando si concludeva con due citazioni del Corano che avevano lo scopo di invitare la popolazione a non opporsi con la forza all'occupazione, presentando probabilmente che l'Italia non aveva di fronte solo le forze turche, che potevano apparire anche esse, da un certo punto di vista, forze d'occupazione (7).

L'occupazione iniziò nell'ottobre 1911; durò a tutto il mese di marzo 1912 la costituzione delle basi per le successive occupazioni. Fino alla stipula della pace con la Turchia i combattimenti non fecero che intensificarsi. Sulla guerra italo-turca si innestò la

(6) Frasi tratte dal proclama del contrammiraglio R. Borea Ricci agli abitanti di Tripoli del 7 ottobre 1911, in *Ordinamenti*, p. 3-5.

(7) Il proclama in *Ordinamenti*, p. 5-6.

rivolta arabo-libica. I rovesci più gravi — basta pensare ai due episodi di Sciara Sciat del 23 ottobre 1911 e di Sidi Bilal del 20 settembre 1912, in cui intere guarnigioni italiane furono sopraffatte con perdite ingentissime — vennero inferti agli occupanti da forze libiche e non dai turchi (8). Quantunque formalmente in uno stesso campo, turchi e arabi combattevano due guerre diverse: i primi difendevano l'Impero, i secondi la comunità religiosa-nazionale.

L'Italia si preoccupò di mettersi in contatto con la Turchia per arrivare a una conclusione almeno su quel fronte, pensando che anche la resistenza dei libici si sarebbe spenta una volta che fosse venuto meno l'appoggio dell'ex-potenza sovrana. Minacciata di disgregazione anche per effetto dell'irrequietudine delle nazioni balcaniche, la Turchia non poteva sottrarsi per troppo tempo al negoziato. La rinuncia alla Libia era in un certo senso la condizione per tentare di difendere l'Impero. Tanto più che l'Italia non esitava a portare la guerra anche fuori del perimetro libico attaccando la flotta turca nel Mar Rosso e apprestandosi a intervenire nell'Egeo (occupazione di Rodi e del Dodecaneso) e addirittura in Anatolia. Un tentativo di mediazione delle potenze nei primi mesi del 1912 non ebbe fortuna.

L'accordo era complicato dalla suscettibilità delle due parti sulle modalità per il trasferimento dei poteri. L'Italia riteneva che il trapasso fosse già avvenuto con il decreto di annessione del 5 novembre 1911, notificato alle altre potenze, che, paradossalmente, impediva un atto di cessione da parte della Turchia. In alternativa l'Italia calcava sul pedale della soluzione militare (9). La formula che alla fine fu concordata (accordo preliminare del 15 otto-

(8) Per una ricostruzione delle vicende militari della conquista si rimanda a F. MALGERI, *op. cit.*; A. DEL BOCA, *Gli italiani in Libia*, v. I, Roma-Bari, 1986 e al volume della serie «L'Italia in Africa» del Ministero degli Affari esteri, *L'opera dell'esercito*, tomo III, *Africa settentrionale (1911-1943)*, di M.A. VITALE, Roma, 1964. Sull'episodio di Sidi Bilal, cfr. G. VALABREGA, *La battaglia di Sidi Bilal*, in «*Alifba*», a. 4, n. 6-7.

(9) Giolitti lascia intendere che se si fossero rotte le trattative l'Italia era pronta a riprendere la guerra anche contro le «parti più vitali dell'Impero Ottomano» (*op. cit.*, p. 284), ma per altri versi Giolitti era più prudente delle autorità militari e dava la precedenza alla convenienza di chiudere la questione libica (*ivi*, p. 294). Particolari sull'azione da effettuare in Turchia in T.M. TARASCHI, *La Libia italiana*, Napoli, s.d. (1929?).

bre 1912 e successivo trattato di pace del 18 ottobre) dava ragione all'Italia ma non era senza inconvenienti proprio ai fini dello stabilimento della « sovranità italiana ». La Turchia, infatti, concedeva con atto nominalmente sovrano la « piena ed intera autonomia » ai suoi territori della Tripolitania e della Cirenaica in considerazione dell'impossibilità in cui si trovava di difenderli e per non prolungare una guerra disastrosa. Il sultano Mehmet V nominava, d'intesa con l'Italia, un proprio rappresentante *in loco* incaricato « della protezione degli interessi ottomani ». Il firmano del sultano fu emesso in data 16 ottobre. Il giorno successivo, 17 ottobre, il governo italiano, richiamato l'atto di annessione ormai divenuto legge, emanava un decreto che conteneva tre disposizioni: l'amnistia per gli abitanti della Tripolitania e della Cirenaica che avessero compiuto atti bellici o si fossero compromessi in occasione di essi, la conferma del diritto degli abitanti a praticare la fede musulmana con il relativo rispetto per i diritti delle fondazioni pie, il riconoscimento dei poteri del rappresentante del sultano. La definizione degli ordinamenti civili ed amministrativi era demandata a una commissione che sarebbe stata nominata con un decreto a parte (10).

Per effetto di questi due atti il 18 ottobre 1912 fu firmato il Trattato di pace fra Italia e Turchia, sempre a Losanna, o meglio nella località di Ouchy. Le due parti si impegnavano a cessare subito le ostilità (art. 1) e a richiamare le proprie truppe rispettivamente dalla Tripolitania e dalla Cirenaica il governo ottomano e dalle isole egee il governo italiano (art. 2). Si sarebbe proceduto nel più breve tempo possibile allo scambio dei prigionieri di guerra e degli ostaggi (art. 3). I due governi accordavano piena amnistia per i fatti connessi con la guerra (art. 4). Gli articoli successivi non riguardavano espressamente la questione libica ma regolavano le relazioni fra Italia e Turchia sul piano commerciale, postale, delle capitolazioni e finanziarie. Nei giorni successivi vennero i riconoscimenti della sovranità italiana ad opera delle principali potenze, con la Russia in testa e l'Austria, la Germania, la Gran Bretagna e la Francia a seguire. Il Trattato di pace fu ratificato dal parlamento italiano il 16 dicembre 1912. Per dare il segno dell'avvenuta svolta nella politica coloniale dell'Italia, così tardiva rispetto

(10) Tutti questi atti, compreso il trattato di pace, sono in *Ordinamenti*, p. 9-18.

alle altre potenze, con la conquista della Libia fu istituito il ministero delle Colonie (11).

La « soddisfazione » dell'Italia per un trattato che sanciva la occupazione e la conquista della Libia era turbata dalle ombre che derivavano sia dalla mancata esplicita cessione di sovranità da parte della Turchia, sia dalla designazione di un « rappresentante del sultano » che in qualche modo perpetuava un legame fra la Porta — l'Italia pensava solo nella sua veste di autorità religiosa — e la Libia. Il commento di uno storico coloniale è che l'Italia prese possesso di « un paese di cui tutto era incerto: area e popolazione » (12). Ma di cui — bisogna aggiungere — era incerta soprattutto l'appartenenza effettiva.

2. — *L'assetto amministrativo*

Fino all'emanazione degli Statuti nel 1919, che introducevano un sistema di partecipazione semidemocratica ma che in pratica non entrarono mai in funzione, l'amministrazione della Tripolitania e della Cirenaica (chiamate comunemente con il nome complessivo di Libia, che alimentava la retorica imperiale evocando antiche memorie della grandezza di Roma, ma unificate ufficialmente in un'unica colonia solo nel 1934) pencolò fra due estremi difficili da conciliare: da una parte la centralizzazione del potere nelle mani della burocrazia dipendente da Roma; dall'altra l'apertura alla collaborazione e quasi alla cogestione nei confronti della gerarchia indigena, a sua volta distinta a seconda della collocazione geografica e sociale, delle affiliazioni tribali, della ricettività alle lusinghe delle potenze terze, ecc. Un documento riservatissimo preparato dal ministero delle Colonie nel 1915 fa stato di questa incertezza (13). Accuse anche pesanti vengono rivolte ai comportamenti

(11) Dal 1902 le questioni coloniali erano state affidate a un Ufficio coloniale autonomo, dal 1908 Direzione centrale per gli affari coloniali, presso il ministero degli Affari esteri. Il 6 luglio 1912 fu autorizzata la costituzione del ministero delle Colonie. La costituzione effettiva avvenne il 20 novembre 1912 (Ministero degli Affari esteri, « L'Italia in Africa », serie giuridico-amministrativa, v. I (1869-1955), *Il governo dei territori oltremare*, di T. COLUMBANO, Roma, 1963).

(12) A. AUSIELLO, *La politica italiana in Libia*, Roma, 1939, p. 113.

(13) Il documento (*La Tripolitania nel semestre febbraio-luglio 1915*) in *Archivio storico del Ministero dell'Africa italiana* (Asmai) presso il ministero degli Esteri, b. 132/2, f. 12.

personali, ma in sostanza la debolezza del sistema — causa ultima della perdita una dopo l'altra di quasi tutte le posizioni che erano state conquistate con tanta fatica — viene individuata nella mancanza di una linea politica precisa: disposizioni poco chiare, contraddizioni fra Roma e Tripoli, una macchina amministrativa pletorica e incompetente, rapporti ambigui con gli esponenti delle comunità locali; in sostanza un'amministrazione incapace di uscire dall'equivoco fra amministrazione diretta (l'assimilazione di marca francese) o amministrazione indiretta (l'*indirect rule* caro alla Gran Bretagna).

All'esordio c'erano stati proclami promettenti e lusingatori. Ai libici l'Italia si rivolgeva quasi come « protetti » (14): e si sa che nel linguaggio e nella pratica coloniale, il protettorato presupponeva il riconoscimento e il rispetto dell'identità se non dell'indipendenza della nazione su cui veniva estesa la « sovranità ». Il governatore Caneva riteneva che quanto prima fossero state abrogate le misure d'emergenza tanto più facilmente sarebbe stata ottenuta la sottomissione delle popolazioni libiche. Ci volle del tempo perché tutti si rendessero conto che la conquista della Libia non era una questione fra Italia e Turchia ma fra l'Italia e quell'insieme di autorità, difesa istintiva, prerogative dei notabili, senso religioso che concorreva a dar vita alla resistenza della Libia alla penetrazione coloniale in un processo di vera e propria « costituzione dello Stato » (15). Uno storico che scriveva ai tempi della conquista riconosce che l'Italia era in guerra con i libici e non con i turchi; gli elementi alla base della guerra erano individuati nell'interesse economico delle classi evolute e nel fanatismo religioso delle masse incoscienti (16).

(14) Il già citato proclama di Caneva, con cui egli esordì come governatore generale, parlava di governo « sotto l'alto patronato di S.M. il re d'Italia ». Su questo punto v. E. DE LEONE, *La colonizzazione dell'Africa del Nord*, v. II, Padova, 1960, p. 377.

(15) A.M. BARBAR, *Patterns of the Libyan Resistance Movement against Italian Invasion, 1911-1920*, in « *Alifba* », a. 4, n. 6-7, p. 7.

(16) A. FRANZONI, *Colonizzazione e proprietà fondiaria in Libia*, Roma, 1912, p. 9. Il pericolo maggiore, alcuni documenti lo colsero giustamente fin dall'inizio, era rappresentato dall'autorità delle confraternite e in particolare da quella dei Senussi (v. La comunicazione del Comando della II divisione, Bengasi, 15 marzo 1912, in *Asmai*, b. 147/1, f. 2).

Durante la guerra con la Turchia, l'amministrazione si era ridotta di fatto all'esercizio dei diritti di occupazione bellica. Contestualmente furono creati i responsabili dei servizi principali. Tutto lo sviluppo doveva essere commisurato alle possibilità di controllo delle autorità italiane (17). Gli istituti insediati riguardavano la gestione corrente, la sanità, la salvaguardia delle strutture essenziali. L'ordinamento, osserva Caruso Inghillieri, « era militare, né poteva, né doveva essere altrimenti » (18). Con tutto ciò, preminente fu sempre la ricerca di un'intesa: anche nelle istruzioni date a Miani per la spedizione nel Fezzan, si diceva che non era un'operazione solo militare ma anche politica e che era perciò essenziale poter contare sul « concorso delle popolazioni locali e dei loro capi » (19). Sancita l'occupazione con la pace di Losanna, si aprì una fase diversa. In teoria l'amnistia poneva fine alle ostilità. L'Italia si predispose alla « normalità »: amministrativa, economica, giudiziaria. E furono presi perciò i provvedimenti opportuni.

Il territorio annesso dall'Italia aveva confini incerti, che saranno meglio definiti e in parte ampliati tramite gli accordi con Francia e Gran Bretagna (e Egitto) dopo la fine della prima guerra mondiale. La valutazione era per una estensione di 1-1,5 milioni di kmq. La popolazione, stando al censimento effettuato dai turchi nel luglio 1911, ma nella sola Tripolitania, era di circa 750 mila abitanti, di cui 576 mila nell'*ex-wilayet* e 200 mila in Cirenaica. Gli italiani erano meno di mille (esattamente 639 secondo i rapporti delle prime commissioni).

L'ordinamento politico-amministrativo della colonia fu esposto organicamente nel decreto del 9 gennaio 1913 (20). È noto come « ordinamento Bertolini » dal nome del ministro delle Colonie. Anche la costituzione nel Regno di un organo centrale (il nuovo ministero delle Colonie) che assommò in sé tutte le iniziative coloniali favorì l'uscita dalla fase provvisoria. La sovranità era attribuita pienamente all'Italia mettendo da parte i riferimenti ai libici

(17) Così, per esempio, non furono costruite ferrovie con l'Egitto o la Tunisia per non favorire l'importazione di idee nazionalistiche (v. le direttive del ministro Bertolini a Garioni, 11 giugno 1913, in *Asmai*, b. 122/1, f. 3).

(18) D. CARUSO INGHILLIERI, *I primi ordinamenti civili della Libia*, Roma, 1914, p. 23. L'opera copre il periodo fino all'ordinamento organico del 9 gennaio 1913.

(19) In *Asmai*, b. 132/1, f. 5.

(20) In *Ordinamenti*, p. 95-97.

come « protetti ». Di fatto i libici divenivano « sudditi ». A questo proposito, il decreto del 6 aprile 1913 dispose che tutti i musulmani residenti in Libia si presumevano sudditi italiani, abilitandoli a prestare servizio nell'esercito e nella pubblica amministrazione.

La colonia venne divisa in due territori, Tripolitania (che comprendeva il Fezzan) e Cirenaica, retti ciascuno da un governatore, con sede rispettivamente a Tripoli e Bengasi. Il governatore fungeva anche da comandante delle forze armate nel proprio territorio. I governatori avevano la facoltà di emanare le norme necessarie per la gestione degli affari locali con ampia discrezionalità soprattutto per l'ordine pubblico e la sicurezza.

Il precedente ordinamento amministrativo di origine ottomana dappprincipio fu mantenuto in vita e l'Italia tentò anzi di riesumarlo dove si era andato esaurendo facendo leva sugli uffici locali e sui capi retribuiti. Si creò un « dualismo » che Mondaini definisce « inadeguato e pericoloso » (21) perché ai notabili si affiancarono sempre dei residenti italiani, noti anche come intendenti (22). È lo stesso rilievo critico che si trova nel citato rapporto del 1915.

Il decreto del 15 gennaio 1914 suddivise ulteriormente i territori in regioni, circondari e distretti. Per Bertolini era un modo per correggere gli errori precedenti; per lo storico Ciasca era pur sempre « un ordinamento fortemente accentrato » (23). Per mantenere fede al principio della partecipazione dei libici a certe funzioni di governo, venne istituito un Consiglio regionale, con cittadini italiani e notabili libici. Aveva compiti consultivi. Il potere decisionale spettava per intero alle autorità coloniali. Un notevole indigeno vigilato da un funzionario italiano era a capo dei circondari. L'autonomia locale era più apparente che reale (24). Gli am-

(21) G. MONDAINI, *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico e nel suo stato attuale (1881-1940)*, v. II, Milano, 1941, p. 633.

(22) La relazione Bertolini del 3 febbraio 1914 ammetteva che « gli ufficiali nostri esercitavano ogni effettivo potere di governo » (pubblicata come introduzione del volume a cura del MINISTERO DELLE COLONIE, *Ordinamenti*, cit.). Bertolini parla di relazioni « caotiche » fra capi e residenti e giudica pericoloso l'avviamento di un governo diretto ad opera di funzionari italiani: solo che Bertolini pensava che gli ordinamenti del 1913 e 1914 avessero posto rimedio rendendo « semplice ed armonica la collaborazione dell'elemento indigeno coi funzionari italiani ».

(23) R. CIASCA, *Storia coloniale dell'Italia contemporanea*, Milano, 1940, p. 396.

(24) È il parere di un altro storico coloniale, A. AUSIELLO, *op. cit.*, p. 140.

ministratori libici, inoltre, erano scelti dall'alto, secondo criteri di convenienza, e mai venne presa in considerazione la possibilità di un'elezione diretta o indiretta.

Tutto il sistema amministrativo si reggeva su una divisione — introdotta dal decreto del 9 gennaio 1913 — fra zone di governo civile e di governo militare. Al governo civile erano soggette solo le zone « pacificate » o, stando ad un'altra terminologia, « civilizzate », cioè di fatto le città e le coste in cui il potere coloniale era relativamente sicuro e stabile. Nelle zone dell'interno vigeva la legge militare, con gli ovvi soprusi che ciò poteva comportare. In compenso, nelle zone civili l'amministrazione era diretta mentre nell'interno si cercava l'intermediazione di notabili scelti fra le famiglie più influenti. Non esisteva neppure una chiara delimitazione fra i due settori perché le zone di governo civile erano dichiarate tali a seconda dello sviluppo delle operazioni belliche. La « frontiera » era mobile. Fino al 1914 prevalse la tendenza alla « pacificazione », poi prevarrà la « ribellione ».

Altre misure amministrative vennero emanate con i decreti dell'11 e del 15 gennaio 1914 (25). Furono istituiti un Comitato superiore amministrativo per gli affari riguardanti la Tripolitania e la Cirenaica presso il ministero delle Colonie ed un Comitato amministrativo della colonia presso il governo dei due territori. Tutti questi comitati avevano solo poteri consultivi e i membri erano nominati di diritto per il loro ufficio o per scelta del governo. Il governatore poteva anche designare consulenti fra gli indigeni che venivano poi nominati dal ministro. L'evoluzione logica di questo sistema — ispirato vagamente a un principio di « associazione » nonché all'esperienza fatta dalla Francia in Algeria con gli « uffici arabi » — sarà da un lato il decreto del 1917 che istituì i Comitati consultivi indigeni per la Libia (26) ed il Comitato centrale consultivo misto presso il ministero delle Colonie e dall'altro i decreti del 1919 che vararono uno « statuto » di tipo costituzionale

(25) In *Ordinamenti*, p. 110-120.

(26) I Consigli, istituiti con il decreto 11 marzo 1917, erano uno per ogni territorio, erano composti da sudditi italiani di religione musulmana, avevano poteri consultivi sulle diverse questioni relative agli indigeni e all'amministrazione e restavano in carica due anni. Per gli ebrei il R.D. 25 agosto 1916 varò le comunità e le università israelitiche.

e parzialmente rappresentativo con una compartecipazione al governo degli arabi (27).

I primi provvedimenti di tipo giudiziario riguardavano soprattutto la giustizia penale (28). La « sicurezza » delle forze d'occupazione fu affidata alla giustizia di guerra (29): una giustizia definita « per mezzo di un bando » che non contribuisce al suo prestigio (30). L'uso della pena capitale divenne abituale, al punto da suscitare riserve non solo tra gli scrittori di cose coloniali ma fra gli stessi funzionari ministeriali (31).

Come principio generale, le leggi italiane avevano validità per la Libia solo se estese esplicitamente e ivi pubblicate. Il 20 marzo 1913 fu emanato l'ordinamento giudiziario che regolò l'intera materia (32). In ossequio al tanto conclamato rispetto delle tradizioni locali e soprattutto della religione, venne riconosciuto che avevano valore anche le norme del diritto indigeno in base allo statuto personale. In effetti fu adottato il criterio di una giustizia civile

(27) Gli Statuti furono promulgati con R.D. 17 maggio 1919 e quindi con R.D.L. 1 giugno 1919 e 31 ottobre 1919 per la Tripolitania e la Cirenaica rispettivamente. Lo Statuto per la Tripolitania è riportato in G. ROCHAT, *Il colonialismo italiano*, Torino, 1974, p. 106-111.

(28) Il 13 ottobre 1911 fu istituito un Tribunale militare e fu introdotta espressamente la pena di morte.

(29) Si veda il decreto di Caneva del 13 novembre 1911. Molte disposizioni vietavano l'uso e il possesso di armi comminando pene da 10 a 30 anni ma anche la pena di morte.

(30) G. NICOTRI, *Primavera libica*, 1912, p. 122.

(31) G. NICOTRI, *op. cit.*, p. 123-124. Molti documenti dell'epoca riflettono la preoccupazione degli amministratori italiani per gli eccessi repressivi. Lo si deduce ad esempio dal dispaccio « difensivo » del governatore Ameglio al ministero delle Colonie dell'1 maggio 1915, n. 347 (in *Asmai*, b. 114/1, f. 4). Il ministro Martini scrisse a Bengasi il 29 maggio 1915 esprimendo il dubbio che « un uso troppo frequente di provvedimenti così radicali di repressione danneggi la causa della pacificazione » e invitava ad essere « cauti e prudenti » (*ibidem*). Una nota riservata del ministero delle Colonie (del 12 luglio 1915, n. 982) a firma di Agnesa, direttore generale degli affari politici, protestava per le esecuzioni perché destinate ad alimentare il fuoco della rivolta (*Asmai*, b. 114/1, f. 6). Un po' lugubre è la richiesta di Roma perché almeno si procedesse solo mediante fucilazione perché le impiccagioni provocavano « sfavorevole impressione parlamento e paese » (Martini a Tripoli, 6 aprile 1914, n. 101, *ibidem*). Ancora più sistematici i dubbi sulla repressione che vengono espressi nella Relazione del 1915 sulla Tripolitania (in *Asmai*, b. 132/2, f. 12).

(32) In *Ordinamenti*, p. 251-267.

separata per i cittadini italiani (e stranieri equiparati) e per gli indigeni (33). Territoriale e non personale era però la legislazione penale. In caso di contrasto fra le varie legislazioni prevaleva la legge coloniale. Il diritto coranico (*Sharia*) valeva per i musulmani in materie come la famiglia, la successione e le pratiche religiose. I tribunali rabbinici avevano valore per i sudditi israeliti nelle stesse materie, ma previa omologazione dei tribunali italiani per le sentenze sui casi di successione. Gli israeliti erano comunità autonome già sotto l'Impero Ottomano. La situazione era disomogenea perché la popolazione libica era variegata anche in relazione all'*habitat* e al modello organizzativo, con una prevalenza dei fattori personali su quelli statali e territoriali. In particolare, fra i libici urbanizzati e i libici nomadi o seminomadi — a prescindere dalla religione e al limite dall'accettazione dello *status* di sudditi coloniali — le differenze erano profonde. Molto forte era l'influsso delle consuetudini patriarcali e gentilizie soprattutto fra le tribù dell'interno e dominante era in Cirenaica il peso della confraternita della Senussia.

Il rispetto per la religione islamica e per gli israeliti corrispondeva alla relativa assenza di cattolici e alla marginalità della Chiesa cattolica nel Nord Africa. Come ha scritto Cesare Marongiu Buonaiuti, « le colonie italiane non furono mai 'terre di missione' » e « le stesse missioni cattoliche... non furono mai trattate come uno strumento di politica indigena nelle colonie africane » (34). È tanto più vero in una colonia come la Libia compattamente musulmana. Ciò non impedisce tuttavia a Mondaini di ritenere che dopo il Concordato del 1929 di fatto la religione cattolica godette di uno statuto privilegiato nella considerazione degli amministratori coloniali (35).

La preparazione della conquista era stata sempre accompagnata da dispute non sempre serene sul « valore » della Libia. Contro i più entusiastici estimatori delle ricchezze virtuali del territorio nordafricano, Luigi Einaudi aveva capito che la Tripolitania non

(33) V. il discorso letto dal rappresentante il Pubblico ministero Giuseppe Facchinetti all'inaugurazione dell'anno giudiziario 1913-1914, Tripoli, 1914, p. 9.

(34) C. MARONGIU BUONAIUTI, *Politica e religione nel colonialismo italiano (1882-1941)*, Varese, 1982, p. 433.

(35) G. MONDAINI, *op. cit.*, p. 798.

rivestiva veri interessi per l'Italia e che avrebbe comportato più sacrifici che benefici (36).

Le relazioni economiche fra Italia e Libia al momento della conquista erano intense ma non dominanti. L'Italia controllava circa la metà del traffico marittimo della Libia e veniva dall'Italia un quinto delle importazioni libiche (37). Più netta era la prevalenza dell'Italia sul piano dell'attività finanziaria, anche per l'opera del Banco di Roma, a cui era stato affidato fin dal 1907 il compito di gettare le basi della futura conquista coloniale (38).

Per tutta la prima fase dell'occupazione il fenomeno economico più importante fu il commercio, sia perché anche in passato il commercio era stato la voce maggiore dell'economia libica, sia perché la guerra ebbe l'effetto di stimolare i traffici attorno a Tri-

(36) L. EINAUDI, *A proposito della Tripolitania*, in « *Riforma sociale* », ottobre 1911. Sugli interessi in giuoco cfr. S. ROMANO, *La quarta sponda*, Milano, 1977, p. 10.

(37) Dati del 1904 pongono l'Italia al terzo posto fra gli importatori in Libia dopo la Gran Bretagna (con Malta) e l'Austria, con 1,5 milioni di dinari su un totale di 9 milioni, mentre la sua posizione come mercato d'esportazione per la Libia era più modesta (mezzo milione di dinari su un totale di 9,6 milioni). Globalmente, gli scambi della Libia con l'Italia nel 1902 venivano dopo quelli con Gran Bretagna, il resto dell'Impero Ottomano e la Francia con la Tunisia e nel 1909 erano risaliti al terzo posto dietro a Gran Bretagna e Francia (L. ANDERSON, *The State and Social Transformation in Tunisia and Libya, 1830-1980*, Princeton, 1986, p. 111). Secondo dati forniti dal nostro ministero delle Colonie l'Italia era salita nel 1910-1911 al secondo posto nella classifica degli importatori. Una monografia redatta nel 1911 era molto larga nel prevedere le promesse come mercato per la nostra industria della Cirenaica (*Asmai*, b. 147/2, f. 16). Dopo la conquista ci fu un notevole aumento delle importazioni, ed un conseguente aumento delle importazioni dall'Italia, ma la quota italiana restò attorno al 28 per cento. Le nuove voci dell'export verso la Libia erano i prodotti alimentari, destinati evidentemente alla popolazione in rapida crescita delle città. Altri dati in *Atti del Primo Convegno di studi coloniali*, Firenze, 8-12 aprile 1931, Firenze, 1931, v. VI, p. 185 (relazione di F. VIRGILI).

(38) L'attività del Banco di Roma in Libia è studiata in tutte le opere relative alla conquista della colonia. Più specificamente: R. MORI, *La penetrazione pacifica in Libia dal 1907 al 1911 e il Banco di Roma*, in « *Rivista di studi politici internazionali* », gennaio-marzo 1957 e A. D'ALESSANDRO, *Il Banco di Roma e la guerra in Libia*, in « *Storia e Politica* », luglio-settembre 1968. Al Secondo Congresso esportatori per l'Oriente (novembre 1910) venne anche lanciata la proposta di una « grande banca coloniale » (relazione di A.G. MALLARINI in *Atti del Secondo Congresso di studi coloniali*, Napoli, 1-5 ottobre 1934, Firenze, 1936, v. VI, p. 185).

poli (39). La guerra portò alla chiusura dei mercati con l'interno e il Levante, spopolò le oasi con un afflusso disordinato a Tripoli e nelle altre città, impedì o rese oltremodo difficoltoso l'approvvigionamento per l'unica via possibile, il porto, dove la precedenza spettava al materiale militare, e determinò una larga immigrazione di italiani (40) con tutti i problemi connessi. Si verificò anche un forte processo inflazionistico che annullò in parte gli aumenti salariali. L'industria era rudimentale, a livello artigianale (produzione di monili in oro e argento, tessitura, tappeti), né le condizioni belliche erano propizie, almeno finché non prese avvio l'industria delle costruzioni e delle opere pubbliche. Fin dall'inizio, d'altronde, fu deciso che l'avvenire economico delle colonie era nell'agricoltura (41).

La legge che rese esecutivo il Trattato di Losanna assegnava alla Libia la personalità finanziaria. Venne istituito un fondo di 50 milioni di lire per le opere pubbliche e le spese in colonia allo interno del funzionamento del ministero delle Colonie. La separazione finanziaria fra il ministero e la Libia divenne più chiara con l'anno finanziario 1914-15. Dal punto di vista del bilancio, Tripolitania e Cirenaica furono unificate molto prima della loro unificazione effettiva in una sola colonia.

Per ragioni pratiche connesse con le operazioni militari tardò ad essere varato un sistema tributario. D'altra parte il sistema ottomano non poteva servire allo scopo (42). Nei primi anni restò in

(39) D. CARUSO INGHILLERI, *op. cit.*, p. 81.

(40) I primi immigrati italiani erano soprattutto operai per l'edilizia. Cfr. MINISTERO DELLE COLONIE, *Lavoro in Tripolitania e Cirenaica. Il mercato del lavoro e le condizioni di vita nei principali centri costieri della Tripolitania*, in « *Bollettino d'informazione* », Roma, 1913, p. 109-115.

(41) Furono l'Istituto coloniale italiano, presieduto da Franzoni, e la Commissione Franchetti a concepire la Libia come un mezzo di popolamento. Einaudi e la Commissione Bertolini erano propensi a lasciare la colonia all'iniziativa privata. Fu l'indirizzo di Franzoni a prevalere. G. PASQUALUCCI (*L'islamismo e l'orientamento da darsi alla nostra futura legislazione in Libia*, in « *Rassegna contemporanea* », a. V, n. 7, 1912) auspicava un impiego massiccio delle « popolazioni agricole del Mezzogiorno » nei lavori dei campi ma dava per scontato che per alcuni anni la Libia sarebbe rimasta un possedimento nel quale « l'elemento italiano sarà... in forte minoranza ».

(42) Tutte le tasse gravanti tanto sui mobili che sugli immobili vennero abolite con un decreto di Faravelli il 7 ottobre 1911. Le tasse municipali furono confermate con un decreto dello stesso Faravelli il 9 ottobre.

vigore soltanto il sistema tributario locale a favore delle municipalità. Con un decreto del 1913 vennero istituite tasse erariali sugli affari per abituare alla futura esazione organica e per evitare abusi (atti stipulati in Libia ma validi in Italia). Furono applicati anche in Libia i monopoli in fatto di sali e tabacchi. Nel dicembre 1911 furono ripristinati i dazi doganali. Norme speciali furono introdotte nel 1912 per incrementare il traffico di alcuni prodotti tradizionali (penne di struzzo, pelli, ecc.) e per favorire l'importazione di materiale da costruzione. Essendo la Libia predestinata a diventare una colonia di popolamento sarebbe stato vantaggioso tenere i prezzi bassi e favorire l'afflusso di capitali, ma gli industriali volevano proteggere i prodotti italiani dalla concorrenza di Gran Bretagna e Francia che potevano intervenire dall'Egitto e Malta e dalla Tunisia. Sull'alternativa protezionismo-liberismo c'era un'accesa controversia a livello teorico e pratico: la relazione del ministro Martini sul regime doganale del 1914, pur prendendo tempo in attesa che si chiarissero i termini esatti dell'attività commerciale *in loco* e del riorientamento dell'industria nazionale per le esigenze della colonia, si pronunciava a favore della soluzione protezionistica (43). Un nuovo ordinamento doganale fu introdotto nel marzo 1915 senza grossi mutamenti rispetto alle direttive precedenti. Un assetto tributario vero e proprio venne introdotto solamente nel 1923.

La moneta turca venne tolta dal mercato con la legge del 23 maggio 1912, n. 546. La valuta turca fu convertita in valuta italiana. Il procedimento non fu tanto rapido se è vero che di continuo furono concesse proroghe. Si andò comunque verso un regime di assimilazione finanziaria e monetaria reso ufficiale a tutti gli effetti nel 1922, e questo non poteva non contraddire i propositi di dare alla colonia una certa autonomia. Come istituti bancari furono riconosciuti, oltre al benemerito Banco di Roma, la Banca d'Italia, il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia.

Fra i provvedimenti relativi all'attività economica va ricordato il divieto della schiavitù. Benché non ci fosse nessuna legge locale che l'autorizzasse, erano noti casi di prestazioni in regime di

(43) F. MARTINI, *Regime doganale per la Cirenaica e la Tripolitania*, Roma, 1914.

illibertà (44). Per il resto valevano i principi della libertà delle prestazioni e la disciplina del lavoro in vigore in Italia.

Il primo ordinamento scolastico fu emanato il 15 gennaio 1914, modificato nel 1915, quando venne emanato anche il relativo regolamento scolastico (45). Di fatto il sistema educativo riproduceva il modello in vigore nel Regno a beneficio essenzialmente dell'elemento europeo. Per gli indigeni erano previste scuole italo-arabe e una Scuola superiore di cultura islamica a Tripoli per formare i funzionari religiosi, giudiziari e scolastici (46). Restavano in vita le scuole coraniche tradizionali. Sotto il profilo formativo, la forza dell'assimilazione, comunque perseguita, fu limitata, difficile da conciliare con lo statuto musulmano, tanto che in Libia tarderà a formarsi quell'*élite* evoluta e occidentalizzante, tendenzialmente nazionalista che altrove — nelle colonie delle altre potenze europee e nello stesso Nord Africa — svolgerà le funzioni di classe dirigente per il periodo postcoloniale.

3. — *I rapporti con le autorità locali*

L'Italia aveva avuto ragione in guerra della Turchia ma la conquista passava per l'assoggettamento dei libici, tutt'altro che disposti ad accettare la nuova sovranità. Anche prescindendo dagli atti di belligeranza, di rivolta o di difesa dell'autonomia, la relazione fra il potere coloniale e l'infrastruttura della società libica sarebbe stata la pietra di paragone della politica coloniale italiana. Le stesse oscillazioni degli ordinamenti amministrativi — con lo obiettivo di abolire l'abbozzo di Stato che aveva preso piede prima dell'occupazione europea — dimostrano che non fu trovata tanto facilmente la formula giusta.

(44) Si riteneva che a praticare la tratta degli schiavi, prelevati nelle regioni interne del Tibesti, del Bornu e dell'Uadai, fosse soprattutto la confraternita dei Senussi. I traffici furono ovviamente fortemente ridotti dopo l'occupazione italiana. V. la relazione del ministero delle Colonie, *L'attività schiavistica della Senussia*, in *Asmai*, b. 147/2, f. 16. Nega che la Senussia praticasse la schiavitù S. ACQUAVIVA, *Il problema libico e il senussismo*, Roma, 1917, p. 50.

(45) In *Ordinamenti*, p. 477-482.

(46) La scuola fu istituita solo nel 1935 per iniziativa di Balbo (C.G. SEGRE, *Italo Balbo*, Bologna, 1988, p. 395-96).

Il dato di partenza era che i libici costituivano la grande maggioranza della popolazione. Sembrava inevitabile trovare con essi un *modus vivendi*. Per la logica del colonialismo, in teoria, non doveva essere in discussione l'esercizio del potere (eppure lo sarà, con i vari accordi che cercheranno di delimitare le sfere rispettive di competenza e persino di giurisdizione), ma la situazione imponeva degli adattamenti. Derivano da qui gli esperimenti di amministrazione « mista » che avranno il loro sviluppo massimo negli Statuti del 1919.

Il senso dei primi provvedimenti si iscriveva in una prospettiva di assimilazione o almeno di amministrazione diretta, ma il primissimo proclama del 13 ottobre 1911, smentito dal decreto di annessione solo un mese dopo (47), prometteva un governo tramite capi propri sotto l'alto patronato del re d'Italia. Quando la resistenza all'occupazione si rivelò più strenua del previsto, l'Italia ripiegò sugli schemi dell'amministrazione indiretta cercando di reclutare dei « collaboratori ». Fu una politica incerta e mal eseguita; le risorse investite erano insufficienti per suscitare un efficace rapporto di clientela e d'altro canto l'intenzione di creare spazi per la colonizzazione era comunque destinata a provocare per reazione la difesa delle terre delle tribù. La presenza degli ottomani, anche dopo il Trattato del 1912, impedì all'Italia di attuare senza colpo ferire il suo programma di « collaborazione », perché sussisteva uno schermo che divideva il potere dalla popolazione, e quando il potere ottomano crollò, dopo la prima guerra mondiale, i libici si erano ormai organizzati per proprio conto essendo di fatto fuori della portata dell'amministrazione italiana.

L'elemento da utilizzare come intermediari fu sempre quella *élite* che un po' sommariamente veniva definita dei « notabili » o dei « capi », in cui entravano gli esponenti della classe politica che si era messa in evidenza sotto la Porta, le autorità religiose, le famiglie più agiate e nobili. La rappresentatività delle varie personalità era difficile da misurare, ma d'altra parte gli italiani

(47) Il decreto di annessione sarà criticato anche all'interno di una prospettiva coloniale da G. Martini, favorevole piuttosto ad un ordinamento di protettorato (ISTITUTO COLONIALE ITALIANO, *Atti del Convegno nazionale coloniale per il dopo guerra delle colonie*, Roma, 1920, p. 267-278). D'altra parte si riteneva che l'assimilazione contrastava con il Corano, come rilevò, sia pure fra contrasti, l'on. Mosca al Convegno coloniale del 1919 (*ivi*, p. 164-165).

non erano in grado di far tenere delle elezioni. In certi passaggi — come quelli crucialissimi delle grandi campagne di insorgenza e di mobilitazione anti-italiana — i « capi » seppero comunque contare sul consenso o sull'appoggio delle masse e in genere si rivelarono veicoli poco attendibili della politica coloniale (48).

I rapporti con i notabili interferivano di continuo con la politica nei riguardi della religione dominante, l'Islam. Il colonialismo italiano ha praticato una politica religiosa ispirata a un sostanziale pragmatismo. In Libia si poté anche supporre un tentativo di privilegiare la minoranza ebraica (49), anche perché di origini etniche o sociali tali da offrire più appigli per un'ipotesi di « collaborazione », ma alla lunga il nodo era rappresentato dall'Islam. Non mancò il contributo di *élites* modernizzanti, ma la lotta anticoloniale fu sostenuta sostanzialmente da movimenti con un forte orientamento religioso. La stessa politica di colonizzazione agraria dovette fare i conti con il diritto islamico e la rete delle fondazioni pie musulmane. Il generico impegno di rispettare l'Islam di cui al proclama del governatore generale del 13 ottobre 1911 aveva bisogno di ben altre prove per esplicarsi nella realtà. E sempre il potere coloniale si sarebbe imbattuto nei notabili di origine religiosa, da avvicinare, blandire, cooptare, ma anche minacciare, punire, dissuadere o bandire.

(48) Una circolare del governo di Bengasi (26 marzo 1915) deprecava che i notabili stipendiati facevano troppo poco « per la pacificazione degli animi » (*Asmai*, b. 113/1, f. 11). La relazione *La Tripolitana*, cit. (in *Asmai*, b. 132/1, f. 12) accusa i governatori di non aver avuto fiducia nei capi e di avere di fatto trasgredito gli ordini di Roma, in parte anche per colpa delle leggi non facili da interpretare e applicare. Da Tripoli si scriveva che i capi erano affetti da una « duplice inidoneità intellettuale e morale » (12 giugno 1914). Diffidenti risultano anche i rapporti di Dal Mastro del 6 febbraio 1915 e di Tassoni del 14 febbraio 1915. Fin dal 1913 era stato deciso che se si voleva avere la collaborazione dei capi per ottenere il disarmo delle tribù era necessario stipendarli (telegramma da Derna, 22 giugno 1913, n. 364, in *Asmai*, b. 148/1, f. 2).

(49) R. DE FELICE, *Ebrei in un paese arabo*, Bologna, 1978. Gli ebrei erano più « civilizzati » e questo poteva favorirli anche se Pollio aveva dato ordine di trattare gli israeliti « alla stessa stregua degli altri abitanti », con fermezza ma « senza asprezza ». Chi aiutò risolutamente la conquista coloniale furono soprattutto gli ebrei italiani o italianizzati. V. anche M. COHEN, *Gli ebrei in Libia (usi e costumi)*, Roma, s.d. Lamentò un eccesso di compiacenza per gli ebrei L. BARZINI in una lettera citata in G. ROCHAT, *op. cit.*, p. 91-92. Dal canto suo ROCHAT (*ivi*, p. 92) ritiene che gli italiani cercassero i favori della borghesia araba o ebraica.

Il notevole dei notabili — nella situazione che si venne a creare in Libia dopo la fine della guerra italo-turca — era il rappresentante del sultano (Naib-ul-Sultan) che fu scelto nella persona di Scems ed-Din Pascià (50). Troppo tardi si scoprì il malinteso che era alla base di quella concessione. L'Italia abdicava a una parte non piccola della sua sovranità. La letteratura islamistica italiana (51) invano mise in guardia contro il riconoscimento di un'autorità delegata dal sultano come califfo dimostrando che per la legge e la prassi islamica non c'è distinzione fra i due ordini, religioso e politico, e che il califfo non è in alcun modo equiparabile ad una specie di sommo sacerdote dei musulmani, essendo in realtà un monarca, per cui il suo delegato a Tripoli configurava né più né meno che un vicario o vice-sultano della Libia, con tutte le complicazioni che ciò avrebbe comportato (52). L'Italia fu costretta a far buon viso a cattiva sorte. Cercò solo di limitare gli ambiti di manovra del Naib-ul-Sultan trattandolo come un console o una « specie di delegato apostolico, privo di qualsiasi autorità politica » (53), ma quella situazione più volte denunciata come ibrida, incerta e

(50) Giolitti nelle sue memorie lo definisce « uomo mite e pio » (*op. cit.*, p. 287).

(51) V. soprattutto i testi di C.A. NALLINO, *Appunti sulla natura del califfato in genere e sul presunto 'califfato' ottomano*, Roma, 1917 (ora in *Raccolta di scritti editi o inediti*, Roma, v. II, 1940, p. 387-410) e di E. CERULLI, *La questione del califfato in rapporto alle nostre colonie di diretto dominio*, in SOCIETÀ AFRICANA D'ITALIA, *Atti del Convegno nazionale coloniale*, Napoli, 1917, p. 217-224. Cerulli contesta anche l'invocazione del sultano nella preghiera dei fedeli libici perché ciò era come « ammettere che gli indigeni dovessero ancora considerare come loro sovrano il sultano dei turchi » (p. 221). I testi di Nallino e Cerulli comparvero dopo che il rapporto con il califfo per la Libia era ormai terminato, ma conservavano tutto il loro valore perché i poteri del califfo, riportati sulla scena dalla rivolta araba contro la Porta, erano una minaccia per qualsiasi potenza cristiana che esercitava diritti di tipo coloniale su un territorio musulmano. La linea del nostro governo era perciò nel 1917 che non si dovesse riconoscere la legittimità del califfato, cioè di Costantinopoli o dell'Hegiaz o del Senusso, e che ciò non era una coartazione delle coscienze perché trattavasi di un carica politica (v. il documento a firma Giacomo Agnesa, in *Asmai*, b. 107/1, f. 8).

(52) Per Nallino significava riconoscere in lui la sovranità politica (e non spirituale) su tutti coloro che seguono la religione di Maometto, anche se sudditi di potenze europee. L'accettazione del califfato diventava né più né meno che un « continuo atto di protesta politica ». Nello stesso senso v. anche E. DE LEONE, *op. cit.*, p. 383. Un argomento che rafforzava l'idea di una semisovranità era il fatto che lo stipendio del Naib-ul-Sultan fosse ricavato dalle entrate tributarie locali.

(53) S. ROMANO, *op. cit.*, p. 253.

imbarazzante fu troncata solo con la dichiarazione di guerra alla Turchia nel 1915 (54).

Quando Scems ed-Din giunse a Tripoli lesse il firmano del sultano in luogo pubblico e ripeté la stessa cerimonia a Bengasi. Non ci poteva essere dubbio sulle intenzioni di quell'atto e sulla interpretazione che egli dava della sua carica. I suoi interlocutori erano ovviamente gli abitanti della Libia e per essi i *leaders* che pensavano alla resistenza. Già in una lettera dell'8 dicembre 1912 al gran visir il Naib-ul-Sultan faceva notare che l'amministrazione italiana si basava sul controllo militare e che i libici erano impazienti (55). Negli anni successivi sarebbe stata cura degli amministratori italiani impedirgli per quanto possibile i contatti con gli ambienti irredentisti. Soprattutto, l'Italia negava a Scems ed-Din il diritto di parlare a nome dei capi arabi, perché questo avrebbe dato un significato speciale a qualsiasi forma di ribellione e avrebbe intralciato e forse vanificato i negoziati con cui si voleva arrivare a stabilire un minimo di convivenza. È certo in ogni modo che il rappresentante del sultano fu in contatto assiduo con Soleiman el-Baruni, un capo fra i più eminenti della resistenza libica in questi anni, e che Baruni attribuiva alle parole di incoraggiamento di Scems ed-Din, e implicitamente del sultano, la sua volontà di non cedere (56). Particolarmente invisibile era alle autorità italiane il segretario di Scems medesimo, Mansur Bey Sctuan, che partecipava alle riunioni della Società panislamica (57) e che fu colto più volte

(54) Scems ed-Din Pascià subì la sorte dei diplomatici dei paesi con cui eravamo in stato di guerra e il 24 agosto 1915 fu imbarcato su una nave alla volta di Napoli e da lì fu fatto proseguire in treno verso la Svizzera. Sarà anche accusato (telegramma da Tripoli n. 58 del 5 dicembre 1914) di essere stato in contatto con i consolati di Austria e Germania (*Asmai*, b. 106, f. 1). Il Trattato di Losanna del 24 luglio 1923 aboliva definitivamente « tutti i diritti e privilegi di qualsiasi natura dei quali la Turchia godeva in virtù del Trattato di Losanna del 18 ottobre 1912 e degli atti ad esso relativi » (art. 22).

(55) La lettera fu intercettata (in *Asmai*, b. 106/1, f. 1).

(56) Il nostro ambasciatore a Costantinopoli ne informò il ministro delle Colonie in data 15 gennaio 1914. In effetti il 7 gennaio 1914 da Tripoli fu trasmesso a Roma il testo di una lettera di Baruni del 21 dicembre 1913 indirizzata al Naib-ul-Sultan (*Asmai*, b. 106/1, f. 1).

(57) Un'altra lettera di Scems ed-Din al gran visir fu intercettata il 13 gennaio 1913: in essa si parlava di « unione panislamica a difesa dei popoli musulmani contro l'invasore cristiano » (*Asmai*, b. 106/1, f. 1). Sull'influenza nefasta di Sctuan, v. il dispaccio da Tripoli in data 22 maggio 1914 (*ibidem*).

in atti di aperto sostegno all'irredentismo, finché, malgrado le conseguenze che un simile gesto avrebbe potuto provocare a Costantinopoli (58), Scetuan nell'agosto 1914 fu allontanato definitivamente dalla Libia. I documenti italiani riportano che dopo la partenza di Scetuan il comportamento del Naib-ul-Sultan diede minori preoccupazioni, essendo stato restituito alle « semplici funzioni consolari » (59). È chiaro tuttavia che ciò che alle nostre autorità appariva come « intrighi », non era altro, pur nei mezzi limitati di Scems ed-Din Pascià e dei suoi aiutanti, un'azione patriottica in difesa dell'autonomia politica e dell'identità religiosa che il colonialismo non poteva non violare.

L'Italia ebbe più successo con i rappresentanti delle « grandi famiglie » con cui negoziò subito dopo la pace di Losanna la presa di possesso del territorio. In una certa misura, la scelta di collaborare o di resistere discendeva dalla diversa posizione nei confronti del potere ottomano e dei Giovani turchi: i Muntasser, sempre a fianco dell'Italia, avevano avversato la rivoluzione, mentre sia Baruni che Ferhad Bey erano stati a loro modo « riformatori » ed erano entrati a far parte del parlamento ottomano.

Ci fu una vera e propria trattativa nella quale gli italiani non volevano naturalmente ridiscutere ciò che era stato concesso dai turchi ma che aveva lo scopo di rendere effettivo il trapianto del potere coloniale. Dopo i colloqui che si svolsero a Azizia, in cui si confrontarono « resistenti » come Baruni e interlocutori virtuali come Ferhad, altri incontri si ebbero fra la fine di ottobre e i primi di novembre del 1912 fino all'incontro conclusivo, e all'intesa, l'8 novembre a Tripoli, dopo che Giolitti, con due telegrammi rispettivamente del 5 e del 7 novembre, aveva dato assicurazioni su uno dei punti più controversi, e cioè che la legislazione italiana sarebbe stata applicata a tutti gli abitanti della colonia senza distinzioni di nazionalità (60).

(58) L'ambasciatore italiano a Costantinopoli giudicò il provvedimento inopportuno (telegramma n. 3400 del 3 settembre 1914, in *Asmai*, b. 106/1, f. 1), ma il ministro Martini non si lasciò distogliere da una decisione ormai presa, tanto più che il Trattato di Losanna non conteneva obblighi circa la segreteria del rappresentante del sultano.

(59) Dispaccio da Tripoli al ministero delle Colonie, 2 agosto 1914, in *Asmai*, b. 106/1, f. 1.

(60) La documentazione su questi incontri in *Asmai*, b. 126/1, f. 2 e f. 10 (con lettera di trasmissione del 19 gennaio 1913) e b. 122/1, f. 1.

La posizione dei notabili convocati, fra cui un posto di preminenza spettava a Mohamed Ferhad Bey (61), che era stato deputato al parlamento ottomano per la circoscrizione di Zavia, era aperta alla collaborazione con l'Italia ma la loro rivendicazione era egualmente netta: « Il paese è nostro. Il paese noi lo abbiamo difeso. Questo ci dà dei diritti. E non parlo solo di diritti giudiziari ma di quelli politici » (62). Nelle conversazioni di Tripoli suonano parole come « nazione » e « autonomia ». Viene sollevata anche la questione più sgradita: il rappresentante del sultano ha compiti solo religiosi o anche politici? Di fatto gli arabi puntano a ritagliarsi uno spazio di sovranità nell'interno, dove l'Italia non è ancora penetrata, benché i notabili delle città non abbiano veri rapporti con le zone dell'entroterra. In un certo senso viene anticipato lo scenario che farà da sfondo alle « rivolte » di Baruni in Tripolitania e dei Senussi in Cirenaica. Solo che nel novembre 1912 non c'erano le condizioni per una prova di forza di grosse proporzioni. Ma anche così l'Italia si lasciò ingannare dalla sua stessa « politica dei capi » male interpretando l'opinione generale. Ferhad Bey e Ahmed Bey Muntasser furono convinti a parte e la seduta dell'8 novembre — preso atto delle decisioni di Roma — fu risolutiva con il beneplacito di tutti: « I negoziati sono così chiusi e l'accordo più completo è raggiunto ». Ferhad disse anche che « nella parola annessione sta compreso tutto quello che desideriamo » perché anettere implica far partecipare al tutto. Per tradurre in norme definite l'idea della parità l'Italia aveva accettato di insediare una commissione mista per studiare la futura organizzazione del territorio, che sarebbe stata varata con apposita legge dopo ascoltato il suo parere.

La commissione mista doveva essere il primo passo di quel sistema « partecipativo » che almeno fino alla fine della prima guerra mondiale gli italiani contavano di impiantare per arrivare a una soluzione soddisfacente. Anche se alcuni libici vennero effettivamente designati come suoi componenti, la commissione non venne mai resa operativa. Ancora nel marzo 1914 Giolitti ripeté che si

(61) Il nome compare in versioni diverse nei vari documenti: Ferhad, Ferhat, Fehrad, Ferad o Farad.

(62) Frase attribuita a un esponente arabo nel verbale della prima seduta (*Asmai*, b. 126/1, f. 2).

doveva sentire « il parere degli uomini maggiori e più colti di quelle popolazioni », che andavano trattate non come nemici bensì « come eguali » (63). Il criterio di massima dell'assimilazione — come si è già detto — si combinava in modo ibrido con quello dell'amministrazione indiretta perché i notabili erano in qualche misura i rappresentanti dei vari gruppi tribali, etnici o religiosi. Il risultato non sarà mai omogeneo: « governare per mezzo dei capi controllati dai funzionari italiani », apparirà una linea sbagliata anche al nostro ministro delle Colonie (64).

Ferhad Bey fu ovviamente nominato a far parte della commissione mista. Continuò ad essere oggetto di attenzioni particolari. Regolarmente stipendiato, la sua famiglia fu aiutata in molti modi e i figli furono avviati agli studi in Italia. Nel gennaio 1914 andò in Italia e si sollecitò per lui un'udienza reale. In un promemoria probabilmente del 1913, nel quale si descrivono personalità ed attitudini dei capi e dei notabili di Tripoli, Ferhad Bey viene dato per acquisito alla corrente pro-italiana (65) ma la scheda con cui il ministro Bertolini propose che lo si ricevesse a corte riconosce che prima di essersi piegato a favore dell'Italia era stato un « giovane turco », fervente fautore dell'autonomia, e che ancora insiste per una maggiore parità fra italiani e arabi (66).

L'ordinamento del 1914 raccolse e sistematizzò anche le sollecitazioni e le pressioni che erano venute dai colloqui formali o informali con le personalità libiche considerate più rappresentative (o più pericolose?). I risultati non furono tuttavia tali da far desistere i notabili dalle rimostranze. Una relazione sulla politica indigena trasmessa a Roma dal governatore l'1 agosto 1916 in vista del nuovo ordinamento riferisce di un documento redatto da Mohamed Muzaffer d'intesa con altri notabili, fra i quali di nuovo Ferhad Bey, dipinto ora come « consigliere politico e capo del partitino nazionalista », del quale lo stesso governatore riconosce la fondatezza delle lagnanze, imputandole in parte agli sbagli dei primi amministratori e in parte all'errore di aver voluto ripetere in Libia la politica coloniale che era andata bene in Eritrea senza cogliere

(63) Discorso del 4 marzo 1914 citato in A. AUSIELLO, *op. cit.*, p. 141.

(64) V. la già citata relazione di Bertolini alla Camera, 3 febbraio 1914.

(65) L'elenco, apparentemente del 1913, in *Asmai*, b. 126/1, f. 8.

(66) La lettera di Bertolini è del 14 gennaio 1914 (*Asmai*, b. 126/1, f. 9).

le profonde differenze (67). Il fatto è che i libici hanno la coscienza di appartenere a una nazione (68); sotto la Turchia erano stati dominati ma avevano goduto di uno *status* di cittadini mentre ora sono sudditi. Le aspirazioni sono così alte che la loro proposta ultima è quella di dar vita a un'assemblea generale.

4. — *I preparativi della colonizzazione*

L'obiettivo della colonizzazione agricola, con il trapianto di gruppi più o meno ingenti di popolazione, è una delle costanti del colonialismo italiano, che non a caso viene spesso definito « demografico » più che « capitalistico ». La Libia, la cosiddetta « quarta sponda », si sarebbe dovuta prestare particolarmente bene a questa bisogna. In coincidenza con la conquista erano stati prodotti alcuni rapporti sulle possibilità del popolamento e — malgrado i dubbi sull'effettiva fertilità delle terre della Tripolitania e della Cirenaica — l'ottimismo era di rigore. Tenendo conto delle opinioni discordanti del console Medana, degli onorevoli Bignami e Patrizi, del geologo Vinassa de Regny (69), Ausonio Franzoni, che scrive-

(67) *Asmai*, b. 126/1, f. 4.

(68) Un documento del 1917 testimonia che si puntava tutto su un rapporto di parità, alla sola condizione della « pacificazione ». Così, « i rapporti fra Stato e popolazione indigena acquistano stabili basi giuridiche, che li sottraggono alle oscillazioni e alle mutevolezze della politica, necessariamente contingente, fondandosi sul solenne riconoscimento del diritto degli indigeni a partecipare permanentemente al governo della colonia ». Si arrivava a dire che gli ideali di nazionalità, libertà e giustizia per cui si stava combattendo non potevano restare confinati alle nazioni europee (*Asmai*, b. 113/1, f. 20).

(69) A. MEDANA, *Il wilayet di Tripoli*, in « *Bollettino degli affari esteri* », novembre 1904; lo scritto di Bignami è in « *Nuova Antologia* », 1 febbraio 1912; dell'on. Patrizi e del prof. Vignassa de Regny si ricordano conferenze tenute alla Associazione degli agricoltori nel febbraio 1912. Di P. VIGNASSA DE REGNY v. anche *Libya italica*, Milano, 1913. Uno studio sistematico delle modalità di una futura colonizzazione è anche in R. CAPPELLI, *Intorno all'ordinamento economico della nostra colonia in Tripolitania*, in « *Nuova Antologia* », 1 dicembre 1911. Molta influenza ebbero le corrispondenze di G. BEVIONE sulla « *Stampa* » poi raccolte nel volume *Come siamo andati a Tripoli*, Torino, 1912 (alcuni articoli in G. ROCHAT, *op. cit.*, p. 70-73).

va nel 1912, crede di esprimere un'« opinione media » dicendo che almeno una quinta parte del territorio conquistato, valutabile in 200 mila kmq, « possa, in epoca non soverchiamente lontana, venir portata nell'orbita del lavoro italiano », calcolando, anche nella precarietà dell'occupazione, di valorizzare soprattutto la fascia litoranea per una profondità di 25-30 chilometri (70).

Ai fini del popolamento e della colonizzazione, andava risolto però il problema della titolarità dei diritti sulla terra. Esisteva una certa indeterminatezza nella proprietà ed esisteva una discrepanza di fondo fra la concezione privatistica, e comunque sancita da norme precise e con un catasto rigidamente assegnato, propria del diritto vigente in Italia sulla base della tradizione romana e la concezione comunitaria o fluttuante propria della tradizione musulmana e delle pratiche nomadi (71). Si sviluppò un dibattito intorno alla questione della proprietà collettiva (72). Il citato Franzoni riteneva urgente « procedere al più presto ad una giusta delimitazione delle proprietà pubbliche e private », per poter adeguatamente colonizzare « quegli immensi territori lasciati finora in quasi completo abbandono » ma in modo da non imitare la « spogliazione arbitraria e violenta » che aveva caratterizzato l'amministrazione ottomana (73).

Un problema speciale era rappresentato da quella specie di manomorta religiosa che passava sotto il nome di *waqf*. I beni *waqf* (*auqaf*), equivalenti ai beni *hubus* (o *babus*) di altri paesi, erano proprietà immobilizzate, anche se il proprietario o costituente ne conservava la piena proprietà, le cui rendite erano devo-

(70) A. FRANZONI, *op. cit.*, p. 18.

(71) La proprietà privata derivava dal sovrano e per il Corano l'uomo non è che « il detentore temporaneo dei beni ». Proprietà « limitata » ma non inesistente, anche a titolo individuale, come dimostra G. CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia*, Napoli, 1914, p. 21-23. Anche M. COLUCCI, *Il regime della proprietà fondiaria nell'Africa italiana*, v. I, *Libia*, Bologna, 1942, p. 248, scrive che è un errore pensare che i musulmani non hanno idea della proprietà privata.

(72) M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 320-340.

(73) A. FRANZONI, *op. cit.*, p. 13-14. La relazione della missione Bodrero-Petternella del 1915 sperava che malgrado le condizioni precarie ci potesse essere una adeguata valorizzazione. La forma di colonizzazione più adatta: « aziende agrarie sperimentali governative » (in *Asmai*, b. 113/1, f. 17).

lute a favore di opere pie o di una fondazione (74). Non tutti i beni *waqf* erano beni religiosi o pubblici; alcuni, detti per ciò « di famiglia », erano cespiti esclusi dall'alienazione ma trasmessi agli eredi per normale successione, salvo il principio che se la discendenza dei beneficiari si fosse estinta il bene stesso sarebbe stato destinato a scopi di fede o di carità. Si tratta di una pratica molto diffusa in tutti i paesi musulmani, regolata scrupolosamente dal diritto coranico, con diverse sfumature fra le diverse scuole dottrinarie (nel caso della Libia va rilevata la più ortodossa e meno flessibile disciplina del rito malechita o melchita, ivi prevalente, rispetto al rito hanafita dominante in Turchia). In Tripolitania e in Cirenaica, tuttavia, essa non aveva la stessa importanza per entità o dimensioni che, per esempio, nei vicini territori del Nord Africa passati sotto la dominazione francese o in Egitto, probabilmente per la povertà del paese e la mancanza di famiglie ricche, le più facili a compiere donazioni e atti di liberalità a vantaggio di moschee, scuole religiose o altre opere pie.

Il governo italiano aveva espresso con molta enfasi, fin dai primissimi atti, l'intenzione di osservare gli usi e soprattutto le credenze e consuetudini religiose. La questione dei *waqf* presentava aspetti molto delicati perché riguardava in modo diretto il rapporto fra la società libica e l'Islam e toccava materie riservate alle convenzioni locali. I più strenui sostenitori della colonizzazione si rendevano ben conto che poteva derivarne un limite alla utilizzazione della terra, dato che anche ai meno rispettosi una manomissione dei beni collegati in qualche modo con il culto appariva un passo grave (75). Al più, si poteva giuocare sul divario fra libici e ottomani. Lo scopo era un diverso e più intenso sfruttamento delle terre coltivabili, sottraendole a un impiego che veniva giudicato improduttivo e inserendole compiutamente nel mer-

(74) La letteratura sul *waqf* è molto estesa. Con riguardo soprattutto alla situazione libica: J. BRIOTTI, *Il « waqf » in Libia*, Roma, 1935-1936; G. CALIFANO, *Il regime dei beni « auqaf » nella storia e nel diritto dell'Islam*, Tripoli, 1913; E. DE LEONE, *Il Waqf nel diritto coloniale italiano*, in « *Rivista coloniale italiana* », agosto 1930; G. DEL RE, *L'istituto dei beni auqaf*, in « *Rivista coloniale italiana* », settembre 1930.

(75) In un appunto del luglio 1916 C.A. NALLINO osservava che essi erano beni religiosi solo entro certi limiti, ma consigliava di lasciarne l'amministrazione ai musulmani perché avevano scopi di culto o di beneficenza (in *Asmai*, b. 113/1, f. 2).

cato, formalmente per il progresso della Libia ma sostanzialmente per permettere l'insediamento di famiglie — a centinaia di migliaia si sperava — di coloni dall'Italia (76).

Un riferimento ufficiale alle fondazioni religiose è contenuto nel decreto di Borea Ricci del 7 ottobre 1911, nel quale si afferma esplicitamente che i beni *waqf* avrebbero continuato ad essere amministrati come in passato « assolutamente senza alcuna ingerenza da parte dell'autorità italiana » se non per quei « consigli » che avrebbero potuto migliorarne lo sviluppo. Altri riferimenti sono contenuti nel decreto sull'ordinamento giudiziario emesso il 30 luglio 1912: le norme consuetudinarie relative alle proprietà immobiliari sarebbero rimaste in vigore in quanto non fossero « contrarie alla morale e all'ordine pubblico ».

Il decreto del 17 ottobre 1912 emanato d'intesa con le autorità turche ripeteva il principio della libertà di culto per i musulmani con un richiamo ai beni *waqf* là dove si dice che il rappresentante del sultano sarebbe stato mantenuto tramite le entrate locali. Abrogato l'ultimo rapporto fra Libia e Turchia, il 22 agosto 1915 fu emanato un decreto che riaffermava integralmente i diritti delle fondazioni pie inquadrandoli ormai esclusivamente nella condizione libica e quindi nel colonialismo italiano. Il 4 novembre 1915, finalmente, venne insediata una commissione mista con il compito di rivedere tutto l'istituto previo un inventario generale dei *waqf* pubblici e privati e fissando le norme necessarie per aumentare la rendita (77).

(76) A. FRANZONI (*op. cit.*, p. 91) non nasconde la preoccupazione che il « sequestro » dei beni immobiliari migliori in una specie di « manomorta intangibile (perché circondata di carattere sacro) » avrebbe finito per compromettere l'opera di colonizzazione. Una sentenza della Corte d'Appello per la Libia del gennaio 1926 così concludeva: « Può desiderarsi che la proprietà fondiaria sia, anche per i beni del *waqf*, regolata giuridicamente in modo che ne favorisca il miglioramento con l'adozione di contratti di godimento più liberi e più consoni alle nostre concezioni in materia immobiliare: ma potrà essere compito del legislatore provvedere a ciò in materia generale ».

(77) Le proposte della commissione diedero origine al decreto del 2 ottobre 1917, che istituiva fra l'altro un apposito Consiglio, composto tutto da musulmani sudditi italiani, per l'amministrazione e la sorveglianza dei beni *waqf* in Tripolitania. Il governo si riservava la facoltà di annullare le deliberazioni del Consiglio per ragioni di ordine pubblico. Per la Cirenaica furono istituiti due analoghi Consigli, con sede a Bengasi e Derna, con decreto in data 21 giugno 1918 (J. BRIOTTI, *op. cit.*, pp. 30-31).

Oltre ai beni *waqf*, le terre potevano essere di proprietà piena e assoluta (*mulk*, *melk*) o demaniali (*amiri*, *miri*), queste ultime date in concessione e possedute quindi per *tapù* (che era la somma che si doveva versare per poterne disporre). Esistevano anche altre forme di proprietà collettive o miste. Sempre pensando alla colonizzazione, l'Italia era interessata alla massima disponibilità della terra, e del resto la proprietà privata si accordava con il nostro diritto, ma ove l'ex-demanio turco fosse stato trasferito, per diritto di conquista, al nuovo potere coloniale, si sarebbe creato automaticamente un patrimonio immobiliare da concedere ai coloni in appezzamenti piccoli o grandi a seconda delle esigenze. È a queste finalità che si ispirano i vari provvedimenti sui beni vacanti (78) o le proposte di sequestrare le terre dei ribelli e di espropriare tutte le terre incolte (79). In pratica l'Italia cercò di aumentare la terra « libera » per i futuri coloni da far venire dalla metropoli a costo di incominciare un lento, per il momento, spossessamento delle popolazioni locali. L'ostacolo della proprietà collettiva venne aggirato sostenendo che — trattandosi di beni « dei quali determinate collettività indigene hanno l'uso ed il godimento, ma non il dominio né di diritto pubblico né di diritto privato » (80) — lo Stato poteva intervenire nell'interesse generale. Un criterio spesso invocato era quello di uno sgravio in vista di una migliore valorizzazione delle terre, apparentemente non coltivate o soggette alla servitù generalizzata del pascolo, come voleva la tradizione di una nazione nomade o seminomade e come funzionale all'ambiente semiarido di gran parte del territorio libico, specie in Cirenaica. La politica fondiaria doveva curarsi anzitutto di ricostituire i vecchi titoli

(78) L'intenzione, si diceva, era quella di « vivificazione » (G. CURIS, *op. cit.*, p. 50 ss.). Il decreto 10 luglio 1912 del Comando militare stabiliva all'art. 1 che « i proprietari di case e terreni compresi entro le fortificazioni italiane... che non si presentino e non si stabiliscano entro 10 giorni dalla data del presente decreto, saranno passibili del sequestro dei beni mobili ed immobili in questa regione posseduti. Persistendo le cause criminose della mancata presentazione, tre mesi dopo l'avvenuto sequestro, questo potrà essere mutato in confisca ». Anche G. MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniale del Regno d'Italia*, Roma, 1927, p. 208, dice che lo scopo non era tanto la colonizzazione quanto il progresso economico. Per le terre abbandonate fu emanato il decreto 26 agosto 1913 che faceva obbligo di occuparle entro un mese; fu rinnovato il 6 settembre 1913 con possibilità di concessione triennale per i terreni non rioccupati (in *Ordinamenti*, p. 376-379).

(79) G. CURIS, *op. cit.*, p. 192-211.

(80) M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 239.

di proprietà sconvolti dalla guerra italo-turca e partendo da lì ripensare il modo migliore di impostare il programma di colonizzazione.

A titolo cautelativo, con il decreto del 24 ottobre 1911, confermato ed ampliato nei suoi effetti da un decreto del 20 novembre 1911, venne stabilito il regime fondiario provvisorio (81). In attesa di un nuovo assetto venne interdetto ogni atto di compravendita di terreni, di giardini, di cave e di miniere; tutti gli atti relativi a questi beni intrapresi prima o dopo l'occupazione italiana e non ancora completati vennero dichiarati nulli. Queste norme verranno derogate limitatamente alle città e ai relativi piani regolatori. Per una colonizzazione intensiva sarebbe stato consigliabile rinnovare i divieti per le terre *melk* nelle zone « di governo civile », come effettivamente si dispose con il decreto 4 gennaio 1914 e, più generalmente, con il decreto 25 febbraio 1915 (cadde la distinzione fra zone civili e militari se le condizioni lo consentivano). La legislazione del 1913 confermò in sostanza i titoli pubblici. Lo scopo era di « tutelare la proprietà indigena dalla speculazione e non compromettere le ragioni dello Stato su quelle terre che potevano essere riconosciute come demaniali » (82). L'azione più importante riguardava il riordino dei titoli di proprietà privata. All'accertamento dei diritti fondiari in Libia si provvede con il decreto 26 gennaio 1913, n. 48, che fissava le procedure e prescriveva la redazione di nuovi titoli.

Per la colonizzazione agricola premeva l'Istituto agricolo coloniale. Tre commissioni inviate in Libia nel 1912-13 arrivarono alla conclusione concorde che la regione più propizia ai fini agricoli era la Tripolitania settentrionale. Segre scrive che « tutti i rapporti esprimevano un prudente ottimismo sul potenziale agricolo della zona e sollecitavano una ricerca ed una sperimentazione intensiva. Tuttavia i rapporti indicavano anche che il paese non era pronto, almeno non lo era ancora, ad un afflusso massiccio di coloni » (83). Relativamente freddo sulla colonizzazione era malgrado tutto il ministro Bertolini. Per l'utilizzo si proponeva di incrementare la coltura asciutta di essenze arboree (olivo, mandorlo, vite, carru-

(81) Il testo fondamentale sulla disciplina fondiaria fu emanato nel 1934. Nel 1921 era stato pubblicato un testo unico che raccoglieva e in parte modificava i molti decreti sulla terra del 1913. Per gli atti del periodo 1911-1913, v. *Ordinamenti*, p. 327-372.

(82) M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 12.

(83) C.G. SEGRE, *L'Italia in Libia*, Milano, 1978, p. 57.

bo, fico d'India) e erbacee (orzo, frumento) e, in parte minore, la coltivazione irrigua delle piante dei paesi caldi. La ricchezza maggiore era rappresentata tuttavia dall'allevamento e dalla pastorizia (84): le basi tecniche della colonizzazione agraria furono poste con l'istituzione dell'Ufficio fondiario (9 marzo 1913), che ebbe per il momento funzioni limitate alla Tripolitania. Prima della guerra ci fu solo la distribuzione in concessione di alcune terre demaniali a famiglie di italiani. I terreni disponibili vennero divisi in lotti di estensione variabile da 4 a 70 ettari, con una prevalenza di lotti di 10 ettari. L'indirizzo fu quello di favorire la formazione di poderi arborati a coltura asciutta mista. La concessione di questi terreni venne divisa in due categorie: piccoli lotti, con estensione inferiore a 50 ettari, e grandi lotti, tutti quelli che oltrepassavano tale misura. Il primo contratto di concessione fu sottoscritto il 29 luglio 1914, la consegna del primo lotto avvenne il 9 settembre dello stesso anno. Nel 1914 si stipularono 32 contratti di concessione per complessivi ettari 1.074,87; 10 concessioni furono consegnate prima dello scadere dell'anno; 22 nel 1915; un lotto era di 667 ettari, cinque erano di complessivi 325 ettari. Nel 1915 furono stipulati 11 contratti per complessivi 248,67 ettari; 9 furono consegnati entro il primo semestre; uno di questi fu ceduto all'autorità militare e quindi non più concesso, uno fu revocato nel 1921. Complessivamente nell'esercizio 1914-15 furono consegnate 41 concessioni (85). La colonizzazione vera e propria decollò solo con gli anni '20.

5. — La guerra mondiale

Fra il 1913 ed il 1914 fu raggiunto il massimo dell'espansione italiana. Soprattutto in Tripolitania la situazione era pressoché sotto controllo. « Esempio spettacoloso di successo coloniale », scri-

(84) E. DE CILLIS, *L'opera della missione agraria in Tripolitania*, in « *Agricoltura coloniale* », Firenze, 1914. Le stime dei capi di bestiame potrebbero essere esagerate.

(85) M. TAPPI, *Considerazioni sulle trasformazioni fondiarie in Tripolitania*, Firenze, 1927. Il giudizio di Bodrero-Petternella sulle concessioni esistenti al momento in cui scriveva, probabilmente nella seconda metà del 1915, era ottimistico (relazione citata, in *Asmai*, b. 113/1, f. 17).

veva Mondaini (86). Il 18 giugno 1914 fu levato lo stato di guerra in tutto il territorio con la sola eccezione del Fezzan (87). Probabilmente, però, le linee erano troppo estese: quando cominceranno i rovesci ci sarà chi rimprovererà ai dirigenti politici e militari di non aver tenuto conto a sufficienza delle possibilità reali di gestione del territorio e della popolazione (88). In Cirenaica il potere concorrente rappresentato dalla Senussia non venne mai completamente eliminato. Lo scoppio della prima guerra mondiale nell'agosto 1914 e l'ingresso dell'Italia in guerra nel maggio dell'anno successivo avrebbero mutato i termini stessi della questione, modificando il quadro delle alleanze, ma nel frattempo le posizioni italiane erano state travolte da quella che allora si chiamò la rivolta araba e che fu di fatto un soprassalto di nazionalismo e indipendentismo politico-religioso delle popolazioni libiche sotto la guida dei loro *leaders* (89).

Il patto segreto che l'Italia firmò il 26 aprile 1915 con Francia e Gran Bretagna come pegno di un prossimo ingresso nella guerra dalla parte dell'Intesa confermava definitivamente il riconoscimento del possedimento libico sul piano internazionale (art. 10). Siccome la Turchia partecipava alla guerra a fianco delle potenze centrali l'Italia si sarebbe trovata davanti lo stesso nemico. La prima guerra mondiale, che aveva tutt'altre origini, fu anche una specie di seconda guerra italo-turca. Nel novembre 1914

(86) G. MONDAINI, 1927, *op. cit.*, p. 317.

(87) G. FORNARI, *Gli italiani nel Sud Libico*, Roma, 1941.

(88) La Relazione sugli avvenimenti del 1914-15 redatta verso il 1925 su documenti ufficiali e informazioni riservate definisce « prematura » l'occupazione del Fezzan (in *Asmai*, b. 122/9, f. 81). Ma critiche sono già incluse nella relazione *La Tripolitania*, *cit.*, redatta nel dicembre 1915 (in *Asmai*, b. 132/2, f. 12): l'azione nella Ghibla viene definita « male ispirata, mal concepita, mal giustificata », sempre in bilico « fra i propositi di pacifiche trattative e quelli di usar la forza delle armi ». L. CADORNA, *Altre pagine sulla grande guerra*, Milano, 1926, p. 48, definisce la spedizione di Miani nel Fezzan l'impresa più « temeraria e intempestiva » della storia coloniale di tutti i tempi.

(89) Alla vigilia dell'ingresso in guerra, il ministro Martini si era posto il problema di una riconsiderazione del problema della « sicurezza ». Egli si rendeva conto che non era possibile « reprimere in tutta la sua estensione una ribellione che d'ogni parte divampa » e suggeriva di valutare se dare la precedenza al concetto politico o a quello militare (Martini al governatore della Tripolitania, 19 maggio 1915, in MINISTERO DELLE COLONIE, *Misurata*, edizione segreta, Roma, 1918, p. 50).

il sultano proclamò la « guerra santa » ma nella dichiarazione deliberatamente non si parlava di Libia e Italia (allora ancora neutrale) (90). Era logico aspettarsi che la Germania avrebbe incoraggiato gli atti ostili dei turchi e degli arabi. L'Italia poteva sperare invece che la Gran Bretagna desistesse dall'aiuto fornito alla Senussia, ma Londra aveva da salvare i suoi interessi nel mondo islamico e non dismise affatto la sua politica di sostegno (91). L'asse Germania-Turchia trovò pertanto — almeno per il teatro della Cirenaica — continue convergenze con l'azione di Londra, che fra l'altro voleva distogliere eventuali mire dei Senussi dall'Egitto (92).

Il mutamento dei rapporti di forza sul campo era iniziato nel corso del 1914. Le incombenze della guerra in Europa rendevano sempre più difficile che le richieste di rinforzi inviate a Roma insistentemente da Tripoli e Bengasi fossero accolte. Non servì a nulla il vorticoso cambio dei governatori (93). C'era ormai

(90) Anche secondo il nostro ambasciatore a Costantinopoli il proclama sulla « guerra santa », che fu trasmesso in traduzione allegata al rapporto del 28 novembre 1914 (in *Asmai*, b. 109/1, f. 5), non coinvolgeva l'Italia (lettera del 17 ottobre 1914, in *Asmai*, b. 109/1, f. 4). In realtà il proclama diceva: « Prendete esempio dai nostri fratelli senussiti dell'Africa che da anni combattono contro una forte potenza europea ».

(91) La Gran Bretagna non considerava il Senusso un ribelle anche perché la sua « capitale », Giarabub, era in territorio egiziano (ambasciatore a Londra a ministro degli Esteri, 21 marzo 1915, in *Documenti diplomatici italiani*, V serie, v. III, n. 165). L'uomo dell'alleanza con Londra fu il nuovo capo della Senussia, *Idris*.

(92) Una relazione dell'Admiralty War Staff Intelligence Division (*The Senussi*, I.D. 0997) in data 26 maggio 1915 riferisce che la Gran Bretagna avrebbe fatto piuttosto da « onesto sensale » perché osteggiando i Senussi si sarebbe provocata un'ondata panislamica difficile da controllare anche a distanza (in *Asmai*, b. 136/1, f. 3). La Gran Bretagna diede assicurazioni all'Italia, soprattutto dopo il suo ingresso in guerra, ma i dubbi restarono. Ancora nel giugno 1915 la Gran Bretagna preferiva trattare da sola con il Senusso senza associare l'Italia. Di questo si lamentò il nostro governo (lettera di Martini a Sonnino, 16 luglio 1915, in *Documenti diplomatici italiani*, V serie, v. IV, n. 435).

(93) Il 16 novembre 1914 Druetti sostituì Cigliana e il 5 febbraio 1915 venne il turno di Tassoni, che diede l'impressione di voler rovesciare la tendenza ma che sarà indicato un po' da tutti come il responsabile maggiore del tracollo. Tassoni fu revocato ingloriosamente il 15 luglio e sostituito da Ameglio nella doppia veste di governatore della Tripolitania e della Cirenaica. La Relazione sugli avvenimenti del

solo lo spazio per le recriminazioni e per i propositi di rivincita quando si fossero presentate le occasioni. Certamente influirono le interferenze esterne, ma tutti gli « agenti » venuti da fuori « trovarono terreno favorevole nelle condizioni precarie dell'occupazione italiana » (94).

I sintomi dello sgretolamento si manifestarono già nel luglio 1914 (95). La guerra in Europa fece divampare ulteriormente la rivolta. In agosto si raccomandò di ridurre il numero dei presidi. In autunno cominciò la ritirata dagli avamposti isolati. Il Fezzan fu abbandonato fra il novembre 1914 e il gennaio 1915. Poi fu evacuata la Sirtica orientale. Nel maggio 1915 fu proclamato lo stato di guerra in Tripolitania. Le forze italiane si trincerarono nelle città della costa lasciando tutto l'interno ai libici. Particolarmente penoso fu l'abbandono della regione di Misurata nel luglio 1915 (96). Al momento dell'inizio della guerra per l'Italia la nostra colonia in Libia era circoscritta a Tripoli, Homs, Misurata marina, Zuara e a Bengasi e Derna più i perimetri dell'immediato *binterland*. Zuara sarà sgombrata il 30 luglio e Misurata Marina il 5 agosto. « Alla fine del 1915 l'occupazione italiana dell'intera Tripolitania era ridotta alle basi navali di Tripoli e Homs » (97). Non diversa la situazione in Cirenaica, dove la potestà italiana era ridotta a poche e ristrette occupazioni costiere, fronteggiate da campi e posti armati turco-senussiti. A questo punto non si può più parlare di una politica coloniale e di un'amministrazione perché c'era solo da difendere poche piazze militari in un mare di ostilità e di ribellione. Ci sarebbe se mai da studiare come fosse organizzato il potere istituito dai libici.

1914-15 è una dura requisitoria contro Tassoni per l'ostinazione con cui cercò di difendere posizioni indifendibili (soprattutto i capitoli XIX-XXI, in *Asmai*, b. 122/9, f. 83).

(94) G. FORNARI, *op. cit.*, p. 227.

(95) Decisiva può essere considerata la disposizione per lo sgombero dato dal governatore Cigliana in data 22 novembre 1914 (all. 14 della citata Relazione sugli avvenimenti del 1914-15 in *Asmai*, b. 122/9, f. 83). Disposizioni in questo senso erano venute dal ministero delle Colonie il 4 novembre (in *Asmai*, b. 122/2, f. 17).

(96) Tutta la documentazione nel volume del MINISTERO DELLE COLONIE, *Misurata*, *cit.*

(97) G. MONDAINI, 1927, *op. cit.*, p. 368.

In Tripolitania si affermò una dirigenza di antiche ascendenze berbere, insofferente verso ogni sovranità straniera, in parte debitrice verso gli ottomani ma molto più forte per sua natura, nonostante le divisioni fra le famiglie e i clan. Grazie a questi contrasti l'Italia continuò ad usufruire di un vago lealismo senza peraltro saperne approfittare. L'esponente più rappresentativo era Suleiman el-Baruni, già deputato e poi senatore a Costantinopoli per il Gebel tripolino, che fu sbarcato presso Misurata nell'ottobre 1916 con l'aiuto dei turchi e dei tedeschi (98). A Baruni il sultano concesse il titolo di « governatore generale e comandante della Tripolitania » (99). A dimostrare l'ispirazione panislamica e nordafricana della resistenza, sulla bandiera verde-rossa di Baruni c'era la carta dell'Africa settentrionale e fra i combattenti figuravano il figlio e il nipote di Abdel Khader, l'eroe della resistenza antifrancese nell'Algeria del secolo prima. Con la fine della guerra, Germania

(98) Baruni non era un capo tribù e non aveva un seguito tribale ma con la sua intelligenza e capacità di *leadership* riuscì a mobilitare i sentimenti popolari. Di idee panislamiche, faticò a intendersi con il Senusso. Nell'ottobre 1913 arrivò in Cirenaica; nel 1915 fu per alcuni mesi tenuto in una condizione di semiprigionia. Tornò a Costantinopoli all'inizio del 1916 e il 18 ottobre 1916 fu sbarcato a Misurata (telegramma da Tripoli del 25 ottobre 1916 e successivo telegramma con più particolari dell'11 novembre, in *Asmai*, b. 150/14, f. 58). Le proteste italiane a Berlino furono smentite dalle autorità tedesche, che asserivano di sostenere il panislamismo contro Francia e Gran Bretagna ma non contro l'Italia (dispaccio dell'ambasciatore a Berlino al presidente del Consiglio, 17 ottobre 1914, in *Documenti diplomatici italiani*, V serie, v. II, n. 3). Baruni si era già messo in luce nel 1912 proclamando un « regno » berbero nel Gebel (in un telegramma al nostro ministero degli Esteri del 31 dicembre 1912 si presentò come « capo del governo indipendente provvisorio », in *Asmai*, b. 136/1, f. 3) e resistendo per alcuni mesi prima di riparare in Tunisia e da lì in Turchia (v. la relazione del governatore sul Gebel del gennaio 1913 in *Asmai*, b. 150/14, f. 55 e la più ampia dell'Ufficio politico-militare delle Tripolitania del dicembre 1916, in *Asmai*, b. 150/14, f. 59). Il 16 marzo 1913 Baruni inviò una lettera al governatore della Tripolitania offrendo il « buon vicinato » ma tenendo fermo il principio dell'indipendenza (in *Asmai*, b. 136/1, f. 3). In effetti, una lettera del ministro delle Colonie al presidente del Consiglio del 22 marzo 1913 riferiva che Baruni « continua a parlare di indipendenza e di relazioni di buon vicinato tra lui e noi » (in *Asmai*, b. 122/1, f. 5). Sulle trattative con Baruni v. la relazione di J.B. Dessi-Puxeddu dell'aprile 1913 (in *Asmai*, b. 136/1, f. 3). Baruni si allineerà alla causa italiana dopo la promulgazione della Legge fondamentale nel 1919.

(99) Telegramma da Tripoli, 28 ottobre 1916, in *Asmai*, b. 150/14, f. 58. Un appello di Baruni con questa dicitura fu lanciato il 18 ottobre.

e Turchia lasciarono il Nord Africa ma si lasciarono dietro una Repubblica di Tripolitania. L'Italia una volta di più si sarebbe trovata a dover scegliere fra una controffensiva puramente militare o un negoziato per definire le rispettive competenze.

Ancora più solido e strutturato era il potere in Cirenaica per la presenza di un confraternita, la Senussia, che anche le fonti italiane dell'epoca riconoscevano dotata di « una vera e propria sovranità » (100) e che Enver Bey (poi Pascià), esponente di punta del regime dei Giovani turchi, mobilitò con abilità contro gli italiani (101).

Fondata nei primi decenni dell'Ottocento da Sheikh Sidi Mohammed Ben Ali es-Senussi el-Khattabi el-Idrisi el-Magiahiri, originario della regione di Orano, la Senussia aveva una vocazione mistica, di contemplazione e estasi, per « immergere l'anima nel pensiero e nell'amore di Maometto », come ha scritto Carlo Giglio (102), ma in realtà era un'organizzazione politico-militare, di assistenza, di autodifesa, di amministrazione, di giurisdizione, perfettamente integrata con la realtà geopolitica e la storia dei vari paesi. Essa trovò in Cirenaica, fra i nomadi, la sua sede più congeniale, realizzando quell'« equilibrio fra le varie influenze locali che meglio avrebbe potuto giovare ai fini di un completo dominio » (103). Si articolava nelle *zauie*, che — nate come celle d'eremiti e luoghi di preghiera — erano diventate centri attivi in termini politici, economici e sociali, regolando la vita degli individui e della collettività. Il rilievo anche internazionale del Senusso era tale che

(100) A. FRANZONI, *op. cit.*, p. 74. Un altro scrittore dei tempi, SAVINO ACQUAVIVA, prendeva spunto dal potere dei Senussi per proporre un accordo, contando anche sulla loro ostilità per il califfo « usurpatore », fino a ipotizzare un protettorato (*op. cit.*). Anche al Convegno coloniale del 1919 si affermò che « il Senusso aspira alla formazione di uno Stato protetto » (*Atti Convegno 1919, cit.*, p. 267). I Senussi erano considerati un'autorità concorrente. Il governatore della Cirenaica, il 27 gennaio 1913, contro le direttive del ministero che sperava ancora in un *modus vivendi*, sollecitava lotta ad oltranza perché la pacificazione sarebbe stata possibile solo con la « distruzione » della Senussia.

(101) V. ENVER PASCIA, *Diario della guerra libica*, a cura di S. Bono, Bologna, 1986. Dopo il suo rientro in Turchia, sembra che Enver si adoperasse per una conciliazione fra Italia e Senussia (ambasciatore a Costantinopoli a ministro degli Esteri, 10 settembre 1914, in *Documenti diplomatici italiani*, V serie, v. I, n. 632).

(102) C. GIGLIO, *La Confraternita senussita*, Padova, 1932, p. 14-15.

(103) L. ZECCHETTIN, *La Senussia in Tripolitania*, Roma, 1942, p. 14.

dopo l'abrogazione del califfato da parte del governo turco kemalista egli pose la sua candidatura a califfo (104): la linea di disconoscimento del califfo adottata dall'Italia dopo la guerra aveva molte ragioni pratiche, non foss'altro perché un califfo avrebbe contraddetto l'autorità di una potenza straniera su una qualsiasi terra islamica, ma un argomento fu anche il timore che di quella carica potesse impadronirsi il nostro avversario.

Nei primi tempi della colonizzazione i rapporti con il Senusso erano stati buoni. Alcuni membri della famiglia erano veri e propri collaboratori. Nell'ottobre 1911 un appello emesso dalle autorità italiane invitava gli abitanti di Bengasi a sottomettersi proprio in quanto fedeli dei Senussi visto che « Sheikh Ahmed es-Sherif (105), augusto capo dei Senussi, ... mantiene con noi forti legami d'amicizia e di cordialità » (106). Senza entrare qui in tutta la questione, anche perché l'esplosione della crisi occuperà piuttosto gli anni '20, si può ricordare che nel 1915 le possibilità di una intesa che lasciasse all'Italia diritti di sovranità sulla Cirenaica erano praticamente sfumate; al più, come verrà concordato nel *modus vivendi* di Acroma dell'aprile 1917, l'Italia avrebbe potuto stabilire i limiti delle rispettive sfere di giurisdizione, accontentandosi di una sovranità nominale che espressamente accettava di non esercitare (107).

L'Italia non riconobbe mai formalmente l'autonomia della Tripolitania, ma essa non era meno reale di quella della Cirenaica, anche se minata dalle rivalità e tensioni interne. L'accordo con i *leaders* tripolitani diede origine alla Legge fondamentale (Statu-

(104) C. GIGLIO, *op. cit.*, p. 37.

(105) Ai tempi dell'occupazione italiana il capo della confraternita era Ahmed esh-Sherif, figlio di un fratello del Mahdi, morto intorno al 1900, perché i suoi figli, Idris e Redda, non avevano l'età. Idris divenne capo dell'ordine nel 1916. Sherif era ritenuto un « fanatico », « nemico degli stranieri » (rapporto dell'Ufficio politico-militare della Cirenaica, 20 dicembre 1913, in *Asmai*, b. 147/1, f. 2); Idris era meglio disposto verso l'Italia ma era pure soggetto all'influenza anglo-egiziana.

(106) Il bando in MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Legislazione della Libia*, Roma, 1912, n. 9 (Comando Navale).

(107) E.E. EVANS-PRITCHARD mette in evidenza la contraddizione di un negoziato col quale l'Italia cercava di farsi riconoscere la sovranità da parte di un'autorità che non si voleva riconoscere come tale (*Colonialismo e resistenza religiosa nell'Africa settentrionale*, Catania, 1979, p. 104). Sui rapporti con la Senussia v. i documenti in *Asmae*, Affari politici, Ex-possedimenti italiani, b. 29.

to) del giugno 1919, estesa in ottobre per analogia alla Cirenaica. Invece dei Consigli consultivi, mai applicati, si prevedeva di varare addirittura dei parlamenti elettivi.

Gli avvenimenti della guerra furono una conferma dell'importanza che avevano in Libia le gerarchie tradizionali. Per certi aspetti ne uscì rivalutata la politica « indigena » che il ministero delle Colonie aveva cercato di realizzare pur applicando contestualmente una politica di assimilazione e di denazionalizzazione. La resistenza, infatti, si organizzò attorno alla struttura tribale dell'interno. Ma le tribù non erano più indipendenti, erano ormai inserite nello Stato in formazione, e gli stessi capi della resistenza si imposero non già sulla base di un rapporto familiare o di parentela bensì per il loro prestigio politico e per la capacità di distribuire ricchezze in competizione con i centri rivali. I poteri che emergevano dallo sfacelo della presenza militare italiana non consentivano più di un condominio. Era il principio stesso dell'« annessione » a cui l'Italia faceva risalire i suoi diritti in Libia ad esser messo in discussione. Invano si tentò di riaprire il discorso sull'« associazione » per contrapporre una gerarchia « amica » ai governi dei « ribelli ». Questo in fondo era l'intento degli Statuti del 1919, che non ebbero peraltro la possibilità di esplicitare tutte le loro potenzialità.

Il confuso alternarsi di approcci diversi — dal decreto di annessione alle prescrizioni « liberali » degli Statuti (108), dalla « po-

(108) È una critica ripresa da G. CIAMARRA nella sua relazione al Convegno di studi coloniali del 1931; l'Italia aveva davanti due strade: o « esercizio del massimo di sovranità » (governo diretto) o « il minimo di esercizio di sovranità » (utilizzare le istituzioni indigene). L'importante era evitare ogni discontinuità. Ed invece « la intermittenza e sovente la contemporanea applicazione dei due indirizzi è stata se non il solo, certo il più aspro degli ostacoli al consolidamento del nostro dominio in quella colonia » (*Atti del Primo Convegno, cit.*, v. V, p. 130-131). Ciamarra passa al vaglio i vari provvedimenti mettendo in risalto come il dualismo risalisse al 1911, fra il proclama del 13 ottobre che parlava di « capi propri » sotto il re d'Italia e il decreto del 5 novembre che statuiva la piena e intera sovranità italiana. L'ordinamento del 1914 tradiva lo spirito del decreto instaurando la collaborazione dell'elemento indigeno. Si andò ancora oltre con la guerra: una vera gara di liberalità. Gli Statuti del 1919 erano coerenti con il proclama e smentivano il decreto (*ivi*, p. 135). Quando fallì il tentativo di una investitura dei capi con una limitata delegazione dei poteri la guerra divenne inevitabile, con l'uso della « maniera forte » e la « riassunzione di tutta la somma dei poteri nelle due colonie » fino alla « completa occupazione territoriale » (*cit.*, p. 137).

litica dei capi » all'amministrazione senza intermediari — fu anzitutto il prodotto di una cattiva preparazione degli italiani a livello conoscitivo (109) ma fu anche la conseguenza di un'occupazione che aveva come principale obiettivo di preparare il terreno all'insediamento di coloni dalla madrepatria. L'infrastruttura amministrativa preesistente fu di fatto distrutta (110). Questa discontinuità nella processualità politica — e l'interruzione dell'integrazione sociale che normalmente nella periferia tiene dietro all'azione dello Stato — peserà a lungo nella storia della Libia, che del resto, dopo le « aperture » del 1919, era attesa alla prova dolorosissima della « riconquista » scatenata dal fascismo (111), che pose fine a qualsiasi ipotesi di collaborazione o evoluzione parallela fra autorità italiana e personalità arabo-libica (112).

(109) Per gli errori nelle operazioni di conquista, v. DE LEONE, 1960, *op. cit.*, p. 376 e 383-84.

(110) È la tesi centrale della ricerca di LISA ANDERSON, che compara la situazione della Libia e della Tunisia (*op. cit.*, p. 270-78).

(111) E. SANTARELLI, *L'ideologia della « riconquista » libica (1922-1931)* in E. SANTARELLI, G. ROCHAT, R. RAINERO e L. GOGLIA, *Omar al-Mukhtar e la riconquista fascista della Libia*, Milano, 1981.

(112) Con il fascismo, notò R. SERTOLI SOLIS, finirono tutti i sistemi tipo « assoggettamento, assimilazione e autonomia ». Gli indigeni vennero ridotti al rango di sudditi e furono aboliti i diritti politici concessi dagli Statuti del 1919, bollati sommariamente come una « aberrazione demagogica » (*Atti del Terzo Congresso di studi coloniali*, Firenze, 1937, v. II, p. 111-121).

NOTA BIBLIOGRAFICA

I documenti relativi all'amministrazione italiana sono raccolti nell'Archivio storico del ministero dell'Africa italiana (Asmai) presso il ministero degli Affari esteri. Una selezione di tali documenti è stata pubblicata nella serie dei Documenti diplomatici italiani e nella serie L'Italia in Africa del Ministero degli Affari esteri. I principali decreti e atti amministrativi concernenti la Libia sono pubblicati nelle seguenti opere: MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Sovranità dell'Italia sulla Libia*, Roma, 1912; MINISTERO DELLE COLONIE, *Ordinamenti della Libia*, Roma, 1914; D. CARUSO INGHILLERI, *I primi ordinamenti civili della Libia*, Roma, 1914. V. inoltre: G. MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione del Regno d'Italia*, Roma, 1927 e G. MONDAINI, *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico e nel suo stato attuale (1881-1940)*, v. II, Milano, 1941.

Opere di carattere generale sulla conquista e colonizzazione della Libia: A. AUSIELLO, *La politica italiana in Libia*, Roma, 1939; A. DEL BOCA, *Gli italiani in Libia*, v. I, Roma-Bari, 1986; E. DE LEONE, *La colonizzazione dell'Africa del Nord*, v. II, Padova, 1960; F. MALGERI, *La guerra libica (1911-12)*, Roma, 1970; G. NICOTRI, *Primavera libica*, Torino, 1912; S. ROMANO, *La quarta sponda*, Milano, 1977; C.G. SEGRE, *L'Italia in Libia*, Milano, 1978; G. VOLPE, *L'impresa di Tripoli, 1911-12*, Roma, 1946; sulla politica agraria: M. COLUCCI, *Il regime della proprietà fondiaria nell'Africa italiana*, v. I, *Libia*, Bologna, 1942; G. CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia*, Napoli, 1914; A. FRANZONI, *Colonizzazione e proprietà fondiaria in Libia*, Roma, 1912; sulla Senussia: A. ACQUAVIVA, *Il problema libico e il senussismo*, Roma, 1917; E.E. EVANS-PRITCHARD, *Colonialismo e resistenza religiosa nell'Africa settentrionale*, Catania, 1979; C. GIGLIO, *La Confraternita senussita*, Padova, 1932; L. ZECCHETTIN, *La Senussia in Tripolitania*, Roma, 1942.

LUCIO MONACO

ITINERARI E PROSPETTIVE DI RIFORMA
DEL DIRITTO PENALE SESSUALE

SOMMARIO: I. Profili generali dell'indagine. — II. Alle origini della riforma: uno sguardo ai lavori preparatori. — III. Orientamenti ideologici e fondamenti politico-criminali della riforma. 1. I riferimenti culturali europei. 1.1. Cenni alla normativa europea in tema di reati sessuali. 1.2. La Risoluzione del Parlamento europeo in data 11.6.1986. 2. Le direttrici politico-criminali della riforma. 2.1. L'aumento della criminalità sessuale. 2.2. L'inadeguatezza delle norme esistenti. 2.3. La necessità di un modello normativo orientato all'*Ab-schreckung*. — IV. La dimensione criminologica della riforma dei reati sessuali. 1. Gli aspetti empirici della criminalità sessuale. 1.1. La violenza sessuale tra "realtà" ed "apparenza": profili statistici e ricerche sulla cifra oscura. 1.2. Il delinquente sessuale come tipo criminologico d'autore: problemi della recidiva e del trattamento. 2. Il reato sessuale e la problematica dei *Beziehungsdelikte*. 3. I risultati della moderna criminologia empirica applicata alle sanzioni: le possibilità ed i limiti della deterrenza. Il *trend* verso la prevenzione generale positiva: cenni. — V. Il nuovo assetto normativo del diritto penale sessuale. 1. L'opportunità della nuova collocazione sistematica ed il problema del bene tutelato. 2. Il sistema delle incriminazioni. 2.1. La fattispecie unificata di "violenza sessuale". 2.2. La nuova figura di congiunzione carnale abusiva. 2.3. Le molestie sessuali. 2.4. La violenza sessuale di gruppo. 2.5. Il sequestro di persona a scopo di violenza sessuale. 2.6. L'omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale. 3. Profili processuali. 3.1. La scelta per la procedibilità d'ufficio. 3.2. Divieti probatori e di confronto tra imputato e parte offesa. 3.3. La costituzione di parte civile delle associazioni per la tutela della libertà sessuale. — VI Valutazioni e rilievi critici sui nuovi assetti del diritto penale sessuale. 1. Le figure incriminatrici centrali del nuovo modello normativo. 1.1. La fattispecie unificata: carenze di struttura ed irragionevolezza delle conseguenze applicative. 1.2. Le molestie sessuali: figura autonoma o fattispecie residuale? 2. Le nuove fattispecie accessorie. 2.1. La *ratio* della violenza di gruppo ed i limiti della fattispecie. 2.2. Dai reati di ratto al nuovo sequestro di persona: luci ed ombre di una riforma necessaria. 2.3. L'omissione di soccorso "sessuale": ovvero, molto rumore per nulla. 3. Le nuove regole processuali. 3.1. La partecipazione delle associazioni: originalità e spregiudicatezza di una nuova parte civile. 3.2. Il problema dei divieti probatori tra tutela della vittima e garanzia dei diritti di difesa. 3.3. Le regole della procedibilità: in particolare, la "specialità" della normativa nel rapporto di coppia.

I — PROFILI GENERALI DELL'INDAGINE

Lo stupro è un'accusa facile da farsi, difficile da dimostrarsi e da cui ancora più difficile è difendersi (1).

Ricordata spesso e volentieri nelle lunghe, talvolta tortuose vicende che hanno segnato i lavori parlamentari sulla riforma dei reati sessuali, la calzante definizione di un giurista inglese del XVII secolo — *Matthew Hale* — si presta a riassumere efficacemente la conflittualità degli aspetti politico-criminali, giuridici, socio-culturali, empirici che nella disciplina penale dei rapporti sessuali il legislatore sobrio è tenuto a comporre.

Un dilemma tutt'altro che semplice: se un bilancio è possibile trarre dalla storia degli ultimi dieci anni di prospettate riforme — spesso osannate, talvolta esecrate, raramente discusse con la serenità dell'argomentazione scientifica ed il supporto delle scienze sociali — è un bilancio assai poco incoraggiante. Dalla "filosofia negativa" che ne ha costantemente ispirato i lavori, la riforma del diritto penale sessuale ha molto da apprendere se e quando dovesse decidere di rimettersi in moto.

Farà innanzitutto bene a riflettere, in tal caso, sulle nefaste conseguenze di una politica criminale troppo permeabile alle insidiose suggestioni "allarmistiche" di quanti — singoli o gruppi, a torto o a ragione — si sentono indifesi e assediati dal crimine; troppo sottomessa ai contingenti "bisogni sociali di pena", che — amplificati, talvolta sollecitati e sapientemente diretti — sono ormai veicolo privilegiato di strategie della "persuasione" di massa che da sempre aspirano — con obiettivi talvolta commendevoli e talvolta meno — ad "intervenire" nella legislazione penale per orientarne le scelte e la qualità delle risposte punitive (2).

(1) Cit. ad esempio dall'On. E.M. MARINUCCI, Relazione della II Comm. permanente (Giust.), Sen. IX Legisl., n. 996-A p. 3.

(2) Il rapporto dei mezzi di comunicazione di massa con il fenomeno "criminalità" è ormai da anni al centro dell'indagine criminologica: importa controllare come essi "riproducono" la criminalità, ma anche come la "producono" suscitando nel pubblico determinate rappresentazioni di essa, ed influenzandone così gli atteggiamenti al riguardo: v. per questi aspetti H. JUNG, in *Kaiser-Kerner-Sack-Schelboss* (Hrsg.), *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, II Aufl. 1985, *Massenmedien und Kriminalität*, 294 ss. Una analisi molto dettagliata della "selezione" operata dalla stampa nel rappresentare la criminalità, e dei problemi che ne discendono, in H.J. SCHNEIDER, in H.S. Schneider (Hrsg.), *Kriminalität und Abweichendes*

Farà ancora bene a riflettere, il neo-riformatore, sulla improduttività — peggio: sulle distorsioni — di una recezione per taluni aspetti parziale, per altri sciatta o addirittura scorretta, di fermenti culturali ed acquisizioni criminologiche che alimentano nella scienza penalistica odierna l'interesse — peraltro mai esaurito — per la *vittima* del reato, ripristinandone finalmente la centralità, da tempo ormai sbiadita, nei programmi della politica criminale e nel delicato meccanismo dommatico cui il sistema penale affida il suo concreto funzionamento (3).

Verhalten, Bd. 2, 1983, *Massenmedien und Kriminalität*, (27 ss.) soprattutto 36 ss. e 47 ss. I più recenti risultati dell'analisi socio-criminologica sul rapporto tra *media* e criminalità, con particolare riguardo alle distorsioni che lo caratterizzano ed ai pericolosi effetti che ne discendono, è offerto da LAMNECK, *Kriminalitätsberichterstattung in den Massenmedien als Problem*, in *Mschkrim* 1990, 163 ss. Sul rapporto tra *media* e strategie politico-criminali orientate alla prevenzione, v. ancora ZIPF, *Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch*, 1980, 181 ss.

(3) La "vittima" è ormai da alcuni anni al centro della discussione scientifica internazionale, e ciò ha prodotto, seppur in misura diversa alle diverse latitudini, un notevole effetto di richiamo sull'attenzione del legislatore: significativa al riguardo è la generale tendenza a riconoscere alle vittime del reato un pubblico risarcimento (cfr. CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *L'indice penale* 1990, 277 ss.). Ma ciò che va qui sottolineato è la centralità che la vittima ha ormai in gran parte riconquistato nel diritto e nel processo penale: per tutti, v. al riguardo l'acuta analisi di W. HASSEMER, *Rücksichten auf das Verbrechensoffer*, in *Fest. Klug*, 1983, (217 ss.) 220 ss. La mole della produzione scientifica su questo terreno può tranquillamente definirsi alluvionale, seppur — come viene argutamente sottolineato — di tanto in tanto non si manca di « riscoprire la ruota » (G. ARZT, *Viktimologie und Strafrecht*, in *Mschkrim*, 1984, 105). Bilanci vengono ormai tracciati con soddisfazione, e si registrano con diligenza gli enormi passi che la vittimologia ha compiuto nel giro di appena pochi anni (K. SESSAR, *Über das Opfer. Eine viktimologische Zwischenbilanz*, in *Fest. Jescheck*, II Hb., 1985, (1137 ss.) 1148 ss. Tralasciando qui ogni commento circa i nuovi e più ampi spazi riconosciuti alla vittima nella teoria del processo penale (v. per tutti T. WEIGEND, *Viktimologische und Kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, in *ZStW* (96) 1984 (760 ss.) soprattutto (772 ss.)), interessa invece sottolineare che la "riscoperta" della vittima nel diritto penale sostanziale si svolge lungo una direttrice assolutamente costante: la "riscoperta" della sua *corresponsabilità* nella genesi del reato, e la conseguente attenuazione del rimprovero all'autore (v. per tutti, U. NEUMANN, *Die Stellung des Opfers im Strafrecht*, in W. HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, (225 ss.) 228 ss. Sul piano dommatico possono considerarsi ormai delineate due distinte posizioni: l'una, più radicale, intende risaltare il ruolo della vittima già sul piano della *tipicità* della fattispecie, negandone la configurazione in presenza di comportamenti che denotino un sostanziale « abbandono » del bene giuridico, (B. SCHÜNEMANN, *Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik*, in *Fest. Faller*, 1984, (357

Dovrà prendere atto, quel riformatore, della scarshezza, per taluni aspetti: della inconsistenza del materiale empirico su cui il suo predecessore — con maggiore o minore consapevolezza — ha strutturato il lavoro e ne ha talvolta legittimato il risultato. Anche per la criminalità sessuale, se non soprattutto per essa, la divaricazione tra dati *reali* e *numero oscuro* non è in discussione: ragion di più perché il limitato nucleo di conoscenze che la criminologia empirica applicata all'analisi della violenza sessuale ha fin qui saputo elaborare, venga integralmente acquisito — *scilicet*: per quel che è, evitando, se possibile, forzature interpretative, talvolta al limite della mistificazione — funzionali ad opzioni politico-criminali rispettabili quanto ogni altra, ma palesemente *pre-costituite* rispetto ai “materiali” da cui vorrebbero invece esser tratte (4).

Infine, non sarà forse inopportuno che qualcuno rammenti a chi si riaccingesse alla riforma dei reati sessuali alcune “verità” che il penalista odierno ha ormai da un pezzo stipato negli armadi del “sapere consolidato”, se non nel ripostiglio delle banalità, ma che evidentemente stentano a farsi riconoscere dal riformatore frettoloso, o ancor poco propenso a lasciarsi “informare” (5).

Che la pena detentiva non è la panacea di tutti i “mali”, è difficile dire se sia più inutile ormai da ripetere o noioso da ascol-

ss.) 361 ss.); l'altra, attribuisce invece rilevanza al comportamento della vittima soltanto sul piano della commisurazione (T. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, 211 ss.). Nella letteratura penalistica di lingua italiana v. di recente l'acuta indagine di V. DEL TUFO, *Profili critici della vittima-donnatica*, 1990, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici alla migliore dottrina straniera.

(4) Sulla pericolosa tentazione della politica criminale a “procurarsi” la criminologia empirica che meglio si adatta alle proprie strategie, v. W. NAUCKE, *Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik*, 1977, 2. Per una vigorosa riaffermazione dell'autonomia della ricerca criminologica e soprattutto delle crescenti difficoltà dei sistemi penale odierni a «neutralizzarne» i risultati, v. K. SESSAR *Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht*, in *Gedächtn. H. Kaufmann*, 1986, (373 ss.) 378 ss. Alla critica di questi atteggiamenti del riformatore italiano è dedicato il par. IV di questo lavoro.

(5) Per una efficace denuncia dei rischi di una legislazione penale le cui “valutazioni” non siano costantemente fondate su materiali empirici scientificamente raccolti e sistematizzati, v. soprattutto K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW* (92) 1980, (19 ss.) 25 e P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, *ibidem*, (73 ss.) 77 ss. Per un'analisi più dettagliata di questi aspetti sia consentito il rinvio a L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati* Anno XLIX, 1980-81/81-82, n. 33-34, (399 ss.) 425 ss.

tare (6). Quanto poi al cieco ottimismo di chi continua a giurare che ad incrementi di pena sono immancabilmente connessi effetti deflattivi sui tassi di criminalità (7), potrà essere opportuno segnalare che la più seria ed aggiornata ricerca applicata allo studio delle sanzioni non apporta davvero elementi di conforto ad una tesi che somiglia sempre più ad una professione di fede piuttosto che ad una ipotesi *empirica* bisognosa, come ogni altra, di supporti e verifica (8). Per quel che concerne poi — più da vicino — la “clientela” del diritto penale sessuale, tutto lascia credere che una politica criminale realisticamente interessata ad incrementare le sue capacità preventive meglio affiderebbe le sue *chances* di successo a strategie che poco o nulla hanno in comune con “intimidazione” e “deterrenza” (9). Attese ancor meno fondate appaiono poi quelle che nell'esecuzione della pena detentiva — ovviamente: di lunga durata — vedono la misura più idonea per contenere l'inquietante fenomeno della criminalità sessuale plurirecidiva (10).

(6) Anche a distanza di ormai 15 anni, non vi è da aggiungere una sola parola al monito che G. MARINUCCI con la consueta lucidità di pensiero e ricchezza di argomentazione scientifica rivolgeva al “riformatore” italiano dei primi anni '70: *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974, (463 ss.), 482 ss.

(7) La lunga stagione dell'“emergenza” è stata segnata, come si sa, da strategie politico-criminali massicciamente orientate in tal senso: per una analisi critica estremamente puntuale v. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III Ed. 1985, 135 ss. Per quanto concerne in particolare i reati sessuali, i lavori di riforma sono stati improntati ad una politica sanzionatoria fortemente caratterizzata verso la deterrenza: v. *postea* III, 2.3. Sulla necessità di abbandonare siffatti modelli ed articolare la riforma penale su scelte criminologicamente fondate e conformi ai principi dello stato di diritto, v. G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in *Marinucci-Dolcini* (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, (349 ss.) 353 ss.

(8) Per un primo approccio ai risultati della più accreditata ricerca empirica sulla prevenzione generale intimidatrice, risultati estremamente negativi, v. H. SCHÖCH, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in *Fest. Jescheck*, B. 2, 1985, (1081 ss.) 1098 ss.; H.D. SCHWIND, *Über Poenologie aus kriminalpolitischer Sicht*, in *Fest. Wassermann*, 1985, (1021 ss.) 1028 ss.

(9) V. per il momento H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes Verhalten*, cit. n. 2, (334 ss.) 343 s.

(10) Sulle persistenti, finora insuperabili difficoltà dell'esecuzione penitenziaria a produrre risultati accettabili sul piano del trattamento, v. in generale G. KAISER, *Strafvollzug im internationalen Vergleich*, in *Gedäch. H. Kaufmann*, 1986, (599 ss.) 616 ss.; sui perniciosi effetti della prolungata o ripetuta permanenza in istituto, v. KAISER-KERNER-SCHÖCH, *Strafvollzug*, III Auflage, 1982, 31 ss. In particolare per la delinquenza sessuale, v. invece H.J. SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1987, 249 s.

Ripercorrere analiticamente le acquisizioni più significative della moderna criminologia empirica applicata alle sanzioni, non è oggetto di questo lavoro (11). Tanto meno è questa la sede per prospettare e discutere gli svolgimenti della riflessione penalistica odierna sulla teoria della politica criminale e le teorie della pena (12). Qui importa solo delineare, seppure per sommi capi, gli aspetti di questa riflessione ed i risultati della ricerca empirica necessari a tracciare un articolato bilancio degli itinerari che la riforma del diritto penale sessuale ha finora percorso nel nostro paese, e delle prospettive cui sembra orientarsi.

Dieci anni di intenso travaglio e di ininterrotto confronto hanno prodotto una messe cospicua di suggerimenti, proposte, progetti di riforma più o meno complessi, non di rado completi. Il tempo ha consentito — come spesso avviene — di sedimentare le idee, le commissioni parlamentari hanno poi provveduto a comporre in testi normativi organici, seppur non sempre tecnicamente perfetti, sui quali le Camere hanno lavorato in profondità, e con desueta passione. Il risultato è certamente apprezzabile, per quanto chiari siano talvolta i segni delle interpolazioni, delle censure impietosamente opposte. Alla fine, la riforma può dirsi attestata intorno ad un nucleo essenziale che ne delinea il profilo e conferisce all'insieme la necessaria coerenza.

Nel breve volgere di nove mesi — dalla fine di giugno del 1988 all'aprile del 1989 — il testo della riforma è sottoposto a ben tre controlli parlamentari, che confermano la stabilità delle scelte di fondo, seppur dando corpo a ripensamenti e incertezze

(11) Per un quadro aggiornato ed esauriente, v. G. KAISER, *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, II Aufl, 1988, 891 ss.

(12) Su questi temi la riflessione penalistica moderna è stata suscitata dagli ormai classici studi di C. ROXIN su *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, ora in C. Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 1 ss. e *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II Aufl. 1973. Nell'impossibilità — ben nota al lettore più informato — di qualunque indicazione bibliografica con la pur minima pretesa di completezza, sarà sufficiente qui ricordare che soprattutto G. JAKOBS (*Schuld und Prävention*, 1976) G. STRATENWERTH (*Die Zukunft des Schuldprinzips*, 1977) e W. HASSEMER (*Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974; di recente, *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in HASSEMER-LÜDERSSEN-NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* 1983, 39 ss.) hanno alimentato il dibattito con contributi di estremo interesse.

nella modifica di aspetti piuttosto marginali (13). Nell'ultima versione il testo è approvato al Senato — nelle forme del disegno di legge — il 12 aprile 1989.

Per comodità espositiva, è questa la “ riforma ” del diritto penale sessuale che in queste pagine viene presa in esame: è superfluo ribadire che in essa si esprimono strategie politico-criminali e scelte di tutela la cui lontana ascendenza autorizza a ritenere sufficientemente consolidate da condizionare l'ormai indifferibile ammodernamento del diritto vigente.

II — ALLE ORIGINI DELLA RIFORMA: UNO SGUARDO AI LAVORI PREPARATORI

Uno sguardo ai lavori parlamentari che hanno preceduto la stesura del testo poi approvato dal Senato il 12 aprile del 1989 è, come sempre, istruttivo. Appare tuttavia opportuno contenere la analisi alle discussioni che — tra il 1988 ed il 1989, dunque nel corso della X legislatura — scandiscono i passaggi parlamentari del disegno di legge unificato che, trasmesso infine alla Camera, vi resterà in attesa della definitiva approvazione (14).

Dalla verifica emergono con chiarezza le ragioni delle convergenze, degli scontri, dei compromessi tra opzioni ideologiche talvolta irrimediabilmente lontane. Ma soprattutto: emerge chiara la *qualità* delle argomentazioni sottese alle scelte di volta in volta a confronto, si possono cogliere con immediatezza le valutazioni politico-criminali “ precipitate ” nei disegni di riforma, si può constatare se e quali materiali empirici siano stati acquistati ed elaborati per impostare i problemi e strutturarne le soluzioni normative.

(13) Si tratta del testo che, nel corso della X legislatura, è stato approvato al Senato il 30.6.1988, trasmesso ed approvato con modifiche alla Camera il 15.3.89, infine tornato al Senato ed ivi ancora modificato il 12.4.1989. I lavori di riforma hanno tuttavia inizio molti anni prima: per una analisi estremamente puntuale v. M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1983, 1464 ss. Per un primo approccio critico ai problemi della riforma del diritto penale sessuale v. il saggio di F. MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma*, in CANEPA-LAGAZZI, (a cura di), *I delitti sessuali*, 1988, (253 ss.) soprattutto 262 ss.

(14) Per i precedenti legislativi, vedi *X legislatura Senato della Repubblica, fascicolo documentazione*, 1988, pag. 15 ss.

Nella X legislatura, quella appunto in corso, il testo base sul quale le Camere lavorano è quello dapprima elaborato da un comitato ristretto della II Commissione permanente di giustizia del Senato, testo che viene poi fatto proprio dalla Commissione stessa: vengono in tal modo unificati quattro disegni di legge di diversa matrice politica (15). È questo il testo che subirà poi via via modifiche ad opera prima del Senato, nell'approvazione del 30.6.1988, poi della Camera, nella seduta del 15.3.1989, verrà ancora emendato al Senato nella seduta del 12.4.1989, e rinviato infine alla Camera per la definitiva approvazione.

a) La prima innovazione che la riforma intende introdurre — ed è l'innovazione più significativa sotto il profilo politico — è di natura *sistemica*: abbandonata ormai l'antiquata sede dei « delitti contro la morale pubblica ed il buon costume », i reati sessuali trasmigrano tra i « delitti contro la persona ». Tale modifica non registra alcun dissenso in campo parlamentare: è infatti considerata espressione di una evoluzione culturale che, riconducendo la libertà sessuale ai fondamentali diritti di libertà personale, la dichiara assistita dalla massima garanzia costituzionale e dunque meritevole di autonoma tutela, in modo del tutto indipendente dal riconoscimento giuridico e sociale che valori distinti e transeunti nei contenuti, quali la morale e il buon costume, possano volta a volta ricevere (16).

Chi lamenta che l'attuale classificazione dei reati sessuali tra i fatti offensivi dei « buoni costumi » sia lesiva della dignità e della libertà di autodeterminazione sessuale, rivendica altresì una identica garanzia di intangibilità per le diverse parti del corpo.

Il sillogismo è: il bene protetto, la libertà sessuale, è unico, parimenti unica quindi è la lesione, sia perpetrata con violenza carnale *ex art. 519 c.p.*, sia derivante dagli atti di libidine violenti *ex art. 521 c.p.*; pertanto è necessario configurare una fattispecie unica, comprensiva di entrambe le modalità di aggressione. Forte di tale convinzione, e anche in ossequio ad una Risoluzione del

(15) N. 730, 731, 924 e 939.

(16) On. CASOLI, X Leg., Senato della Repubblica, II Comm. perm. giust., Rel. maggior, p. 3; On. R. MASTRANTUONO (PSI), X Legislatura, Cam. Dep. sed. 24.1.1989, res. sten., p. 13; On. M. MELLINI, X Leg. Rel. minoranza, II Commissione giustizia Camera, p. 5.

Parlamento europeo che suggerisce agli stati membri l'abolizione della distinzione giuridica tra stupro e atti di libidine violenti (17), il Comitato ristretto prima, e la II Commissione giustizia del Senato poi, licenzia la nuova figura di « violenza sessuale » sottolineando che l'innovazione è dettata da ragioni di ordine pratico e di politica legislativa (18).

Soppressa la distinzione tra gli atti di libidine rilevanti *ex art. 521 c.p.* e congiunzione carnale *ex art. 519 c.p.*, tali condotte rifluiscono dunque nel nuovo, indistinto concetto di « atti sessuali » (19). Nelle intenzioni del riformatore, la congiunzione carnale cessa così dalla tradizionale funzione discretiva delle due ipotesi criminose, di modo che il compimento illecito di atti sessuali prescinde totalmente dall'eventuale congiunzione: con l'ulteriore vantaggio che, per tale via, risulterebbe definitivamente superato il disagio cui è sottoposta la vittima nel corso di interrogatori imbarazzanti, spesso avviliti, tuttavia necessari al fine di individuare la fattispecie concretamente realizzata (20).

Obiezioni non sono certo mancate. Si è fatto puntualmente notare, ad esempio, che quelle stesse domande "imbarazzanti" che si intendeva eludere con la fattispecie unificata, sarebbero state comunque indispensabili per la graduazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. (21). D'altra parte, una reale equiparazione punitiva tra due delitti quali gli atti di libidine e la violenza carnale, ove il primo è innegabilmente un *minus* rispetto al secondo, e pertanto in quest'ultimo eventualmente compreso, contravviene al principio della « progressione criminosa »: l'identità del bene protetto — si è detto — non esclude affatto una differente gravità dell'offesa, e d'altra parte, argomentando altresì sul piano politico-criminale,

(17) On. A.A. CAPPIELLO (PSI), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 14. In particolare su questi aspetti, v. *postea* III, 1.2.

(18) On. CASOLI, Relatore per la maggioranza, Senato della Repubblica, X Legislatura, Relazione della II Commissione permanente giustizia, pag. 3.

(19) Art. 2 Testo II Commissione giustizia-Senato.

(20) On. R. MASTRANTUONO (PSI), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta 24.1.1989, resoconto stenografico, pag. 13, CAROL JANE BEEBE TARANTELLI, (Sin. Ind.), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta del 24.1.1989, res. sten., pag. 26.

(21) On. M. MELLINI, relatore di minoranza, X Legislatura, Relazione della II Commissione giustizia — Camera dei Deputati, p. 6; On. A. BIONDI (PLI), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta del 20.1.1989, res. sten., p. 21.

si è fatto rilevare che l'appiattimento della sanzione produrrebbe un effetto incentivante a commettere il reato più grave (22).

Per altro verso, è stato ancora notato che sopprimere ogni discriminazione concettuale tra le diverse condotte di aggressione, per punire gli « atti sessuali », significa introdurre una fattispecie di reato che per la sua indeterminatezza renderebbe problematica la configurabilità del tentativo, e rischierebbe soprattutto l'incostituzionalità per contrasto con i principi di legalità e tassatività del precetto penale (23).

b) Da tale indeterminatezza, del resto, è apparsa affetta anche la nuova fattispecie contravvenzionale di « molestie » come prevista all'art. 12 Testo II Comm. Senato, figura — questa — che dovrebbe fungere da delimitazione qualitativa del più grave reato di violenza sessuale (24).

Sia la prima formulazione, in cui veniva incriminata « la molestia che reca disturbo all'altrui libertà sessuale » (25), che la seconda dove « la molestia per motivi di natura sessuale » è punita solo se commessa in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero col mezzo del telefono (26), denunciano chiaramente l'incertezza del riformatore circa il concetto di molestia in materia sessuale, incertezza soprattutto dovuto alla difficoltà di individuare la soglia di confine con un concetto a sua volta scarsamente determinato, quale cioè la violenza sessuale realizzata con la commissione di « atti sessuali ». In una situazione del genere non fa perciò meraviglia che la dubbia costituzionalità della fattispecie « minore » sia stata denunciata non solo per la palese evanescenza del concetto di « molestie », ma anche perché la molestia commessa *per motivi di natura sessuale* sarebbe qualcosa di diverso e di più della molestia sessuale (27).

(22) On. A. BIONDI, *loc. ult. cit.*, On. VAIRO (DC), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten., p. 46.

(23) On. G. LAZINGER (verde), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta 24.1.1989, res. sten., pag. 56.

(24) On. CASOLI, relatore per la maggioranza, X Legislatura, II Comm. giustizia, p. 5.

(25) Testo II Comm. Senato.

(26) Testo approvato dal Senato 30.6.88. L'inciso è stato poi abrogato dalla Camera il 15.3.89, abrogazione confermata in Senato il 12.4.1989.

(27) On. M. MELLINI (FE), Relatore di minoranza X Legislatura, II Comm. giustizia, Camera dei Deputati, p. 11.

La verità è che la differente gravità delle condotte di violenza carnale e di atti di libidine è stata pienamente percepita dalla II Commissione di giustizia del Senato, tant'è che nella stesura del testo unificato è stata abbassata la pena minima edittale portandola da tre a due anni di reclusione, in vista appunto dell'applicazione ai fatti meno gravi. Ciò ha tuttavia provocato il risentimento di quanti intendevano escludere tale reato, in via di principio, dai benefici della sospensione condizionale della pena (28). Questa "lacuna" è stata poi prontamente emendata dalla Camera dei Deputati il 15.3.1989 quando ha riportato la cornice minima a tre anni di reclusione ed ha confermato la nuova struttura della fattispecie unificata, malgrado i molti dissensi. Come si è detto, anche il Senato ha poi confermato tale scelta con il Testo licenziato il 12.4.1989 (29).

c) Il delitto di violenza sessuale subisce poi un aumento di pena — reclusione da quattro a dodici anni — qualora commesso da più persone riunite: col dichiarato intento di punire più adeguatamente la criminalità collettiva in campo sessuale, la II Commissione giustizia del Senato configura la nuova fattispecie di « violenza sessuale di gruppo » non quale aggravante della violenza sessuale *ex art. 609 bis*, bensì come ipotesi autonoma di reato (30). Si tratta, all'evidenza, di un espediente volto ad evitare che l'inasprimento della pena corrispondente ad una ritenuta maggiore gravità del reato venga vanificato per effetto del principio di compensazione *ex art. 69 c.p.* con le eventuali attenuanti, qualora lo inasprimento di pena fosse appunto previsto quale circostanza del reato di violenza sessuale (31).

Nel generale consenso, rimangono completamente disattese le obiezioni, pur sollevate, su questioni tecnico-giuridiche di non

(28) On. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Legislatura, Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten., p. 15.

(29) Dis. Sen. art. 2.

(30) On. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Leg., II Commissione permanente giustizia Camera dei Deputati, in Bollettino Commissioni, 16.11.1988, p. 26 (*contra* vedi On. M. MELLINI, X Leg., Relazione di minoranza, II Comm. perm. giust., Cam. Dep. p. 8; On. R. FILIPPINI (verde), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 36.

(31) On. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Leg. II Comm. perm. giust. Cam. Dep. in Bollettino Commissioni 16.11.1988, p. 26.

poco conto. Non si è mancato infatti di rilevare che, ferma la necessità di sanzionare adeguatamente reati così odiosi, tassatività della legge penale ed esigenze di certezza del diritto, oltre che ragioni di politica criminale, suggeriscono di mantenere diversificate le responsabilità dei concorrenti nel reato di violenza sessuale. Il trattamento paritetico di chi concorre attivamente alla violenza sessuale e chi invece semplicemente assiste, magari dissentendo, sarebbe la aberrante conseguenza applicativa — si è detto — di una norma che incrimina « chiunque partecipa ad un fatto di violenza sessuale... », aberrazione peraltro ulteriormente aggravata dalla latitudine del concetto di « atti sessuali » (32).

d) Infine, la riforma sostanziale del diritto penale sessuale viene completata dall'introduzione di una nuova figura di reato, rubricata « sequestro di persona a scopo di violenza sessuale », destinata a sostituire le ormai arcaiche fattispecie di ratto.

Nella prima formulazione tale reato prevedeva la pena della reclusione da due ad otto anni, diminuita qualora il colpevole avesse riconsegnato la persona sequestrata senza aver compiuto alcuna violenza (33).

Nel prosieguo dei lavori parlamentari è avvenuto poi che la Camera, per escludere il ricorso alla sospensione condizionale, nella seduta del 15.3.1989 ha aumentato la pena edittale sia nel minimo che nel massimo, portandola da tre a dieci anni di reclusione. Tale emendamento è stato poi confermato in Senato il 12.4.1989 (34).

e) Il dibattito parlamentare ha assunto toni particolarmente accesi nella trattazione della questione concernente la punibilità degli atti sessuali commessi con soggetti qualificati « inferiori » in ragione dell'età, di una condizione fisica o psichica patologica, o infine di uno stato limitativo della libertà personale.

Quanto a quest'ultimo, sul presupposto che principio-cardine della riforma è la punibilità della condotta sessuale ogni volta che manchi il consenso, non è mancato chi ha proposto di sopprimere

(32) On. A. BIONDI (PLI) X Leg. Cam. dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 22; On. R. FILIPPINI, (verde), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 36; On. G. LASINGER (verde), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 57.

(33) Testo II Comm. Senato, art. 6.

(34) On. A.A. CAPPIELLO (PSI), X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 17; On. M. MELLINI, X Leg., II Comm. perm. giust. Cam. Dep., Rel. min., p. 8.

il sistema vigente che, *ex art.* 520 c.p., configura il reato a prescindere dal dissenso della persona arrestata, detenuta, in custodia o in affidamento: si proponeva cioè di incriminare il solo rapporto sessuale non assistito dal consenso (35). La proposta, tuttavia, non viene accolta (36).

f) Nel medesimo contesto, si è proposto di configurare come autonoma figura di reato il rapporto sessuale ottenuto con « abuso di autorità pubblica o privata », inserendo tale ipotesi dapprima nella fattispecie di violenza sessuale (testo II Comm. Senato), dipoi come forma aggravata di questa (testo Camera 15.3.1989); infine, l'ipotesi è stata soppressa perché ritenuta — già alla Camera — pericolosa per la sua indeterminatezza, oltretutto sostanzialmente pleonastica rispetto all'aggravante della violenza sessuale commessa « su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà » (testo Senato 12.4.1989) (37).

g) La spinta innovatrice orientata al principio della libertà di autodeterminazione sessuale si è espressa, sul piano propositivo, anche nella soppressione della c.d. violenza presunta, relativa tra l'altro, secondo l'art. 519 c.p., agli atti sessuali compiuti con persone fisicamente o psichicamente menomate. Ritenendo meritevoli di tutela anche le pulsioni naturali provenienti da persone che, malgrado la propria menomazione, ne percepiscono il significato e le sollecitazioni, nel testo presentato dalla II Commissione giustizia del Senato si è proposto di incriminare non la condotta sessuale *tout court*, bensì la commissione di atti sessuali realizzata approfittando dello stato di incapacità occasionale o permanente (38).

L'innovazione viene condivisa da tutti i gruppi parlamentari, non altrettanto la formulazione della norma. Il testo proposto dalla Commissione giustizia del Senato: « chiunque... approfittando dell'incapacità di intendere e volere al momento del fatto, costringe o induce taluno a subire o a compiere atti sessuali,... », testo che aveva peraltro il merito di fare riferimento alla sola incapacità di

(35) Dis. Senato 12.4.1989 art. 7.

(36) On. G. LANSINGER (verde), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 56.

(37) Dis. Sen. 12.4.89, art. 5.

(38) On. M. MELLINI, X Leg., II Comm. penn. giust. Cam. Dep., rel. min., p. 13 e ss.; On. B.V. NICOTRA, X Leg., Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten., p. 19.

intendere e di volere e non anche a quella fisica, in sede di approvazione al Senato, il 30.6.1989, viene così emendato: « Alla stessa pena soggiace chi determina taluno a compiere o subire atti sessuali abusando delle sue condizioni di inferiorità fisica o psichica al momento del fatto ».

Anche questa formulazione, in verità, non va esente da critiche. Dal punto di vista strutturale, si contesta che l'illiceità della condotta sessuale è riferita alla condizione soggettiva dell'approfittamento (peraltro difficilmente dimostrabile) anziché alla condizione oggettiva della reale incapacità della vittima a reagire e resistere ad atti sessuali non voluti (39). Ciò malgrado, la disposizione giunge tuttavia immodificata sino all'approvazione del Senato il 12.4.1989.

b) Altra innovazione, estremamente caratterizzante, riguarda il regime della procedibilità. Argomentando dalla nuova collocazione dei reati sessuali fra i delitti contro la persona, si assume la rilevanza pubblicistica dei beni tutelati, e quindi la necessità di sottrarre la perseguibilità al potere dispositivo dei privati.

La II Commissione giustizia del Senato licenzia perciò un testo che prevede la perseguibilità d'ufficio di tutti i reati di violenza sessuale oggi punibili a querela irrevocabile della parte offesa (40).

È, questo, tema assai delicato, ed è significativo che le divergenze emerse nel corso dei lavori parlamentari si fondino non tanto su argomentazioni di stampo tecnico-giuridico, ma piuttosto su considerazioni connesse a convinzioni personali circa l'opportunità di modificare in tal modo il sistema vigente.

In sede di approvazione del testo elaborato dalla Commissione, il 30.6.1988 il Senato accoglie l'orientamento dominante, secondo il quale la procedibilità d'ufficio si rivelerebbe aberrante soprattutto rispetto ai fatti di violenza sessuale consumati all'interno della coppia-legale o di fatto: essa costituirebbe qui una indebita intromissione, foriera di danni anche irreparabili a carico dei coniugi e dei figli (41). In via emendataria si introduce perciò

(39) On. CASOLI, relatore per la maggioranza, X Leg., II Comm. giustizia-Senato, p. 9.

(40) On. G. LANZINGER (verde), X Leg. Camera Dep. seduta 24.1.89, res. sten. pag. 56; On. G. MACERATINI (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten., p. 6.

(41) On. CASINI, relatore per la maggioranza, II Comm. giustizia-Senato, p. 4.

un doppio regime: procedibilità d'ufficio per i reati sessuali, salvo querela irrevocabile della persona offesa per il reato di violenza sessuale quando tra l'autore e la vittima vi sia un rapporto di coniugio o di convivenza.

La soluzione compromissoria scelta dal Senato non incontra tuttavia alcun consenso tra i gruppi politici della Camera: si crea così una vera e propria spaccatura tra i sostenitori della procedibilità d'ufficio *tout court* e quelli della perseguibilità a querela.

L'opinione prevalente è che il sistema del doppio regime, creando inevitabilmente ed ingiustificatamente una zona franca — quella del rapporto tra coniugi — codificherebbe una disciplina differenziata di dubbia costituzionalità, senza considerare che il rapporto di coniugio e quello di convivenza non esauriscono le tipologie di coppia degne di tutela (42).

Non si manca peraltro di sottolineare che in tal modo verrebbe a crearsi come "zona franca" il rapporto legale o di fatto, proprio quello che più spesso di altri sarebbe caratterizzato da stati di soggezione psicologica della vittima — la moglie — al volere del marito, e pertanto risulterebbe grottesco affidare la procedibilità all'inoltro della querela da parte di persona offesa particolarmente debole. Per queste ragioni si ritiene necessaria la procedibilità d'ufficio estesa anche a tale rapporto (43).

Per converso, si sostiene che la procedibilità d'ufficio non è una diretta conseguenza della collocazione sistematica del reato, bensì il risultato di una valutazione dello Stato circa la rilevanza del fatto e l'opportunità di sottrarre la punibilità del medesimo alla sollecitazione della parte offesa. Inoltre, la rimessione della perseguibilità del reato sessuale al pubblico potere assurgerebbe ad inaccettabile contraddizione con i principi di libertà sessuale e, soprattutto di libertà di autodeterminazione in materia sessuale, che è il principio informatore dell'intero progetto (44).

(42) On. CASOLI, X Leg., II Comm. perm. giust. Senato, rel. maggior. p. 4.

(43) Rimarrebbe esclusa, ad esempio, la coppia che sceglie di non convivere mai né mai di sposarsi: On. R. FILIPPINI (verde), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. pag. 35.

(44) On. C.J. BEEBE TARANTELLI (Sin. Ind.), X Leg., Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten., pag. 26; On. P. ARNABOLDI (DP), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. pag. 40; On. P. FOLENA (PCI), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. pag. 52; On. A.A. CAPPIELLO (PSI) X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89 res. sten. pag. 15.

Il travagliato *iter* di questo articolo del testo di riforma rispecchia puntualmente la diversità degli orientamenti: la norma viene dapprima soppressa dalla Camera dei Deputati il 15.3.1989, con conseguente ritorno al regime della procedibilità d'ufficio *tout court*; poi è di nuovo introdotto al Senato il 12.4.1989, e risulta così ribadita la validità del doppio regime processuale.

i) Innovazione estremamente significativa nel disegno della II Commissione giustizia del Senato, confermato poi in Senato il 30.6.1988, è quella che riconosce la facoltà di intervento nel processo alle associazioni ed ai movimenti aventi tra i loro scopi la tutela degli interessi lesi dai delitti sessuali, subordinando tuttavia l'intervento al consenso della persona offesa o di chi legalmente la rappresenta.

Ha chiaro, il riformatore, che non si tratterebbe qui di una costituzione di parte civile secondo il modello del codice di rito, e tanto meno della necessità di garantire la tutela di interessi diffusi: scopo della partecipazione sarebbe solo il sostegno da prestare alla vittima (45).

Non si manca di obiettare, da più parti, che tale anomala costituzione di parte civile non si regge in realtà su nulla, incapace com'è di trovare il benché minimo sostegno nelle vecchie e nuove regole del codice di procedura con cui si fissano i presupposti indefettibili dell'azione civile nel processo penale. Tale riforma significherebbe perciò — si afferma — un netto arretramento culturale alla vendetta privata di lontana memoria (46).

Sulla scorta di considerazioni più o meno simili, il 15.3.1989, la Camera censura *in toto* la partecipazione delle associazioni, che viene invece reintrodotta al Senato nell'ultima approvazione del 12.4.1989.

(45) On. B.V. NICOTRA (DC), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89 res. sten. p. 19; On. A. BIONDI (PLI), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 23; On. L. CIMA (verde), X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89; res. sten. p. 36; On. G. MACE-RATINI (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 7; On. O. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.80, res. sten. p. 30; On. A. DIAZ (Sin. Ind.), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 54.

(46) On. R. MASTRANTUONO (PSI), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 14; On. GRAMAGLIA (Sin. Ind.), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 59; On. B.G. SERRA (PCI) X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 39.

l) Ancora sul piano processuale, infine, viene introdotta la regola per cui nel corso degli interrogatori sono vietate « domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa », allo scopo di evitare ulteriori, inutili tormenti alla vittima: tali indagini sarebbero infatti irrilevanti ai fini dell'accertamento delle responsabilità penali (47). In verità, una inibizione probatoria di tale portata sembra gravemente limitativa per la difesa dell'imputato, giacché risulterebbero preclusi accertamenti spesso necessari sulla dinamica dei fatti, accertamenti altresì rilevanti per la configurazione di circostanze attenuanti, quali ad esempio la provocazione ex art. 62 n. 2 c.p. (48).

Preoccupata della legittimità di simili preclusioni probatorie, nell'approvazione del 15.3.1989 la Camera dei Deputati inserisce la formula compromissoria secondo cui « non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto », formula, tuttavia, ritenuta capace di eludere il divieto e quindi censurata dal Senato il 12.4.1989.

III — ORIENTAMENTI IDEOLOGICI E FONDAMENTI POLITICO-CRIMINALI DELLA RIFORMA

1. — *I riferimenti culturali europei*

Per molti aspetti, il lavoro del riformatore italiano è stato apertamente ispirato ad idee, normative, progetti che nel corso degli ultimi dieci anni hanno stimolato la riflessione giuridica ed il dibattito politico in tutti i paesi dell'Europa continentale.

Molte delle scelte che il riformatore italiano ha posto a base del nuovo assetto normativo non verrebbero pienamente colte nei

(47) On. M. MELLINI (FE), X Leg. relatore di minoranza II Comm. Giust. Camera, p. 17; On. G. MACERATINI (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 7; On. A. DEL PENNINO (PRI), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 23; On. A. PAZZAGLIA (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 43; On. C. CASINI (DC), X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 33.

(48) On. CASOLI, X Leg., II Comm. perm. giust. Senato rel. maggior. p. 5; On. R. MASTRANTUONO, X Leg., Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 14.

fondamenti ideali o negli orientamenti politico-criminali che le sorreggono, se non venissero altresì ricondotte al clima ideologico, alle pulsioni politiche ed alle esperienze di riforma che hanno dominato la scena politica penalistica europea degli ultimi tempi.

1.1. — *Cenni alla normativa europea in tema di reati sessuali*

Senza alcuna pretesa di completezza, sarà utile gettare uno sguardo alle soluzioni adottate da taluni paesi sui problemi che hanno maggiormente animato i lavori di riforma del diritto penale sessuale.

a) Innanzitutto, la questione del bene giuridico che si intende tutelare: la collocazione sistematica dei reati di violenza sessuale costituisce, al riguardo, un parametro di indubbio valore.

Per quanto strano possa apparire, sono numerose le legislazioni penali europee — per vari aspetti più moderne di quella italiana — che continuano ad includere tali reati fra quelli che offendono la morale ed il buon costume: Svezia, Svizzera, Belgio, Francia, Canada (49). A dire il vero, in Svezia la Commissione Kjiellin, istituita nel 1972 per riformare le norme relative ai reati sessuali, aveva proposto la modifica del Titolo VI del codice penale: non più « Dei reati contro la morale », bensì « Dei reati di coercizione sessuale ». La riforma non venne tuttavia approvata (50).

Il sistema tedesco, invece, così come quello brasiliano (1940), inserisce tale norma tra i « reati contro la libertà sessuale ». In direzione opposta, il codice portoghese (1866) e quello spagnolo (1963) conoscono i « delitti contro l'onore sessuale ».

Una scelta più “forte” è stata fatta dalla Polonia (1970), che ha ritenuto di inserire le aggressioni sessuali tra i « reati contro la dignità umana ».

Sembrerebbe dunque giustificato affermare che le proposte avanzate in Italia sembrano più “progressiste” di quelle adottate in numerosi altri Paesi, soprattutto europei.

(49) Camera dei Deputati, *I reati sessuali in Italia e all'Estero: disciplina legislativa e dibattito per la riforma del sistema vigente*, in *Quaderni di documentazione del servizio studi*, Roma, 1981.

(50) MERZAGORA, *Orientamenti legislativi comparati in tema di delittuosità sessuale*, in *Rass. crim.*, 1986, p. 390.

b) Tra gli aspetti più controversi della riforma è certamente quello relativo alla opportunità di mantenere due fattispecie autonome che puniscano la violenza carnale e gli atti di libidine violenti.

Anche qui numerose legislazioni penali sono ancorate alla bipartizione tradizionale. Solitamente infatti vengono distinti dalla violenza carnale gli atti che tali ancora non sono, atti indicati ora come « attentati al pudore » (art. 332 cod. pen. francese; art. 373 cod. pen. belga), ora come « aggressione al pudore » (art. 149 cod. pen. canadese; in Inghilterra, art. -4 L. 2.8.1956).

Tra le ragioni che hanno sorretto nel nostro Paese la richiesta di una fattispecie unificata di violenza sessuale è — come si è detto, e come meglio si vedrà in seguito — l'esigenza di salvaguardare la vittima dal trauma di domande troppo dettagliate e insistenti. La soluzione adottata in Inghilterra, con la riforma del 1976, prevede limitazioni alla produzione di prove nei procedimenti penali per reati sessuali. « Nel corso di un procedimento per violenza carnale, qualora l'imputato si dichiari non colpevole, non possono, se non con l'autorizzazione del giudice, essere prodotte prove, né formulate domande nel contro-interrogatorio, da parte e per conto dell'imputato, relativamente ad esperienze sessuali della parte lesa con persone diverse dall'imputato » (art. 2).

Per quanto concerne la struttura della fattispecie di violenza sessuale, sarà interessante notare alcune particolarità. Va rilevato innanzitutto che solo in pochi codici penali, come nel nostro, è astrattamente configurabile la coazione sessuale realizzata su un uomo. Così ad esempio il codice danese (1981), che ha eliminato l'uso del maschile per indicare l'aggressore e del femminile per indicare la vittima (51). Più spesso, invece, viene previsto come soggetto attivo dei reati di carattere sessuale la persona di sesso maschile, seppure in alcuni casi viene escluso il minore di anni quattordici (art. 147 cod. pen. canadese). Accade anche, però, che quando la formulazione normativa sia sufficientemente elastica da consentire l'estensione a persone di entrambi i sessi (v. ad esempio il c.p. francese) la giurisprudenza restringe di fatto l'ambito applicativo alla violenza carnale realizzata dall'uomo sulla donna

(51) PETERSON S.K., *Sexual abuse of children, Washington's new hearsay exception*, in *Washington Law Review*, 53/3, 813, 1983.

(52). Per quel che riguarda il soggetto passivo, invece, è opportuno distinguere: soggetto passivo della violenza carnale è sempre e solo una donna, il discorso è invece più articolato per quegli atti che non configurano ancora tale fattispecie.

Alcuni ordinamenti, come quello belga, puniscono allo stesso modo « l'attentato al pudore » con violenza su persona dell'uno o dell'altro sesso (art. 373 c.p.), altri invece prevedono sanzioni penali diversificate. Il sistema canadese, ad esempio, statuisce la reclusione fino a 5 anni per l'ipotesi di aggressione al pudore contro una donna (art. 149 c.p.) e, curiosamente, la reclusione fino a 10 anni quando la vittima sia invece un uomo (art. 156 c.p.). Quanto alla legislazione francese, il vecchio art. 332 faceva riferimento al soggetto passivo dell'uno e dell'altro sesso, mentre la modifica introdotta con la L. n. 80-1041 del 23 dicembre 1980 non sembra fare alcun cenno a tale problematica.

c) Questione tra le più delicate e conflittuali per la riforma dei reati sessuali nel nostro Paese è certamente quella che attiene alle modalità ed ai limiti dell'intervento penale nel rapporto di coppia, sia tale rapporto formalizzato nel legame di coniugio, sia esso meramente di fatto.

Quasi tutte le legislazioni di cui si fa cenno sembrano escludere esplicitamente la possibilità che si possa configurare tra coniugi la fattispecie di congiunzione carnale violenta. Il codice tedesco (artt. 177 e 178) richiede espressamente che tra i soggetti non esista il vincolo coniugale, il codice svizzero esige un rapporto « fuori dal matrimonio » (art. 187), quello canadese descrive il fatto di violenza realizzato dall'autore su una donna « che non sia sua moglie » (art. 143). La moglie infatti non potrebbe dissentire dalla congiunzione, posto che il consenso sarebbe implicitamente prestato all'atto del matrimonio.

La configurazione della violenza sessuale tra coniugi sembra esclusa implicitamente anche nel sistema inglese, laddove si richiede che la congiunzione carnale sia « illecita »: illiceità esclusa dalla esistenza del vincolo matrimoniale (art. 1 L. 22.11.1976).

Nella legislazione svedese la questione è risolta dal c. II dell'art. 1, Capo VI c.p.: nei casi in cui, per il rapporto esistente tra la donna e l'uomo, il reato deve essere considerato meno grave,

(52) MERZAGORA, *op. cit.* n. 50, p. 390.

si applica l'ipotesi minore dell'aggressione sessuale. Da tale previsione si deduce che le manifestazioni di violenza nell'ambito delle relazioni coniugali, o comunque simili, possono essere punite solo a titolo di aggressione sessuale e non di violenza carnale.

La normativa francese è ancora una volta molto generica, è stata quindi la giurisprudenza ad individuare come elementi costitutivi del fatto l'illecita congiunzione carnale e la mancanza di consenso: esclusa l'illiceità della congiunzione tra coniugi, e ritenuto il consenso implicito nel rapporto matrimoniale, discende in tali casi l'impossibilità di configurare la fattispecie (53).

In alcuni stati degli USA, quali il New Jersey e il Michigan, sono state invece abrogate nel 1979 norme simili, che limitavano la violenza carnale alle aggressioni esterne al matrimonio (54).

d) Per quanto concerne la violenza di gruppo, il sistema belga prevede, per l'ipotesi in cui il colpevole sia stato aiutato da una o più persone, un aggravamento della pena edittale (art. 377); allo stesso modo il sistema francese (art. 333). È opportuno precisare tuttavia che in Francia, con una proposta presentata al Senato, si intendeva introdurre per lo stupro collettivo una fattispecie presidiata dalla pena della reclusione da dieci a venti anni. Tale proposta non venne però accolta, e si optò per l'ipotesi aggravata di violenza carnale. Anche in Polonia (art. 168 c. II) la violenza di gruppo è stata introdotta come forma qualificata di congiunzione carnale violenta: la fattispecie si realizza quando il fatto sia commesso da più di tre persone, ed è prevista una pena non inferiore a tre anni di reclusione (55).

A questo punto può essere forse interessante confrontare le cornici edittali che la fattispecie di violenza carnale violenta presenta nelle legislazioni penali di cui si è fatto fin qui cenno. Dalla pena edittale non inferiore ai 2 anni prevista dalla legislazione tedesca, a quella compresa tra 2 e 10 anni di reclusione nella legislazione svedese, fino alla pena dell'ergastolo nel sistema penale canadese. Va sottolineato che la riforma francese ha mirato in modo particolare al ridimensionamento delle pene previste per questi tipi di reato: la pena per la violenza carnale è stata contenuta tra

(53) Camera dei Deputati, *I reati sessuali*, cit. n. 49.

(54) MERZAGORA, *op. cit.* n. 50, p. 400.

(55) MERZAGORA, *cit.* n. 50, p. 395 ss.

i 5 ed i 10 anni di reclusione (precedentemente, da 10 a 20 anni), per l'attentato al pudore, l'arresto da 3 a 5 anni (precedentemente, la reclusione da 5 a 10 anni). Infine, va ricordato che la riforma dell'8 agosto 1985, in Belgio, ha abrogato l'ipotesi di « attentato al pudore » relativa al rapporto tra persone maggiori di anni 18 e persone minori dello stesso sesso consenzienti.

Un cenno a parte merita la riforma della legislazione penale greca in materia di tutela della libertà sessuale, riforma introdotta nel 1984, che ha affrontato e risolto in modo certo interessante le diverse problematiche che in questi ultimi anni hanno attirato la attenzione del riformatore italiano (56).

La prima scelta realizzata con la normativa sui « reati contro la libertà sessuale e reati di sfruttamento economico della vita sessuale » (57) riguarda la previsione in un'unica fattispecie di reato sia della violenza carnale che degli atti di libidine violenta, fattispecie rubricata come « violenza sessuale » (art. 336) comprendente alternativamente le due condotte (58).

Va subito detto che il riferimento testuale al rapporto extraconiugale lascia dedurre la volontà del legislatore greco di escludere la possibilità di punire la violenza carnale tra coniugi. Concordi sono tuttavia la dottrina e la giurisprudenza nel ritenere configurabili in tal caso gli atti di libidine violenti: in altri termini, solo atti « anormali » o contro natura potrebbero dar luogo a

(56) Cfr. SCLAFANI, *Profili di politica criminale e legislativa a proposito dei « reati contro la libertà sessuale e reati di sfruttamento economico della vita sessuale » nella recente legislazione penale greca*, in *Rass. crim.* 1985, p. 381 ss.

(57) Prima della riforma il Capo XIX si intitolava dei « reati contro i costumi ».

(58) Art. 336, comma 1, c.p.: « Violenza sessuale. 1. Chiunque, con violenza fisica o con minaccia di un pericolo grave o immediato, costringe un altro a coito extraconiugale o a tollerare o intraprendere un atto di libidine è punito con la reclusione ». Bisogna sottolineare che l'art. 13 c.p. stabilisce che « violenza fisica è anche il ridurre qualcuno in uno stato di letargia o di incapacità a resistere attraverso mezzi ipnotici, narcotici o altri della stessa natura ». Prima della riforma la violenza carnale era prevista dall'art. 336: « Chiunque, con violenza fisica o con minaccia di un pericolo grave ed immediato, costringe una persona di sesso femminile a coito extraconiugale, è punito con la reclusione », mentre l'art. 337 prevedeva il « Costringimento a libidine. Chiunque, con violenza o minaccia grave ed immediata, costringe una persona di sesso femminile o maschile a tollerare o ad intraprendere altro atto di libidine, è punito con la reclusione fino a dieci anni ».

responsabilità penale, giacché si ritiene realizzabile una diversa violazione della libertà sessuale dell'individuo (59).

A dire il vero, nel disegno di legge era prevista anche la fattispecie del « delitto di violenza sessuale tra coniugi » (par. 3 art. 8), in cui si stabiliva che ove « il fatto di cui al 1. paragrafo (violenza sessuale unificata) fosse commesso tra coniugi », la pena fosse la carcerazione fino a due anni. La fattispecie costituiva, dunque, un'ipotesi meno grave di violenza sessuale: sulla considerazione che nella violenza sessuale verrebbero calpestati il diritto alla scelta del *partner* e quello della scelta dell'approccio sessuale, si riteneva che nel rapporto di coniugio venisse violato solo il diritto alla scelta del « momento », restando la scelta del *partner* ormai effettuata all'atto del matrimonio (60).

È prevista poi l'ipotesi che la condotta tipica venga commessa da « due o più autori che agiscano congiuntamente »: trova quindi posto nella legislazione penale greca una fattispecie *ad hoc* per la violenza di gruppo, escludendo così il ricorso alla fattispecie aggravata o alle norme sul concorso di persone nel reato.

È prevista come causa estintiva del reato il matrimonio tra l'autore e la persona offesa (art. 339, c. III).

Quanto alla perseguibilità della violenza sessuale, l'art. 344 prevede che l'azione penale venga promossa d'ufficio, il procuratore presso la Corte d'Appello può tuttavia eccezionalmente astenersi dall'esercizio dell'azione penale, con decreto motivato, in seguito alla richiesta della vittima, nel caso in cui ritenga che la pubblicità derivante dall'azione penale possa determinare un trauma psichico eccessivo alla parte offesa (art. 344): un'eccezione che mira dunque a tutelare l'interesse della vittima alla riservatezza, evitando che il processo penale possa turbare un equilibrio psichico eventualmente precario.

La *ratio* della perseguibilità d'ufficio della violenza sessuale viene invece indicata dalla Relazione ministeriale in una pluralità di motivi:

1) la necessità di generare un diverso atteggiamento del cittadino nei confronti della vittima di aggressioni sessuali e degli autori;

(59) SCLAFANI *op. cit.* n. 56, p. 397.

(60) SCLAFANI, *op. cit.* n. 56, p. 398.

2) l'esigenza di ridurre la cifra oscura;

3) la necessità di contrastare il fenomeno della rinuncia o della remissione della querela dettate da mero calcolo (61).

1.2. — *La Risoluzione del Parlamento europeo in data 11.6.1986*

Le molteplici e spesso convulse vicende dei recenti tentativi di riforma del diritto penale sessuale nel nostro paese verrebbero certamente lette in una prospettiva parziale, per certi aspetti monca di riferimenti culturali e politici di grande spessore, se non ne venissero altresì acquisite le importanti matrici di carattere internazionale: non è certo un caso — del resto — che gli sforzi di riforma si siano notevolmente intensificati, per arenarsi poi ad un solo passo dal traguardo, negli anni immediatamente successivi ad una presa di posizione puntuale e decisa con cui il *Parlamento europeo*, nel 1986, approvava un'articolata risoluzione in materia di reati sessuali (62). L'autorevole intervento si esprimeva in una *summa* di principi generali volti — da una parte — a sensibilizzare gli stati membri sull'esigenza di ammodernare le legislazioni nazionali in una materia fortemente esposta al rischio di condizionamenti culturali spesso eticizzati, molto spesso obsoleti, in taluni casi medievali se non addirittura arcaici. D'altra parte, obiettivo della Risoluzione era stimolare un processo di riforma per così dire "canalizzato", orientato cioè alla realizzazione di un codice "minimo", capace di armonizzare legislazioni nazionali estremamente diversificate, spesso apertamente confliggenti nei presupposti ideologici e nelle fondamentali scelte di politica della criminalità in ordine alla tutela della libertà sessuale.

Va premesso che il dibattito tenuto al Parlamento europeo nel mese di giugno 1986 — e che trova appunto sbocco nella Risoluzione suddetta — ha per oggetto non tanto la violenza sessuale *tuot court*, quanto invece la violenza contro la donna: era inevitabile perciò che la discussione assumesse dimensioni estremamen-

(61) Relazione ministeriale al disegno di legge, riportata da SCLAFANI, *op. cit.* n. 56, p. 401.

(62) Gazzetta ufficiale delle Comunità europee 14.7.1986, N.C. 176/73 ss.: *Risoluzione sulla violenza contro le donne*.

te ampie, comprensive non solo degli aspetti giuridici, ma anche di quelli economico-sociali afferenti alla c.d. condizione-donna (63).

Non fa perciò meraviglia che dal confronto tra idee ed impostazioni articolate, talvolta divergenti, circa le strategie più idonee a prevenire e reprimere un fenomeno comune agli stati membri — per quanto in forme e dimensioni piuttosto diverse — sia scaturito un complesso eterogeneo di raccomandazioni, a carattere politico-sociale-giuridico, confluyente poi nella Risoluzione dell'11 giugno 1986.

Sarà opportuno sorvolare in questa sede sulle interessanti iniziative di ordine culturale e didattico che il Parlamento suggerisce agli Stati membri per accelerare il superamento della condizione di subalternità femminile (64), né potrà farsi che un accenno alle raccomandazioni circa le modalità operative più idonee a realizzare una politica di effettiva parità sul lavoro (65); allo stesso modo, farà bene il legislatore italiano a non trascurare le considerazioni concernenti le possibilità di incentivare la qualificazione professionale degli organi di polizia, per renderne più proficua la attività investigativa nel settore della criminalità sessuale e meno traumatico l'approccio con le vittime di tali reati (66).

Ciò che importa qui evidenziare, sono invece le raccomandazioni di carattere tecnico-giuridico relative alla repressione della violenza sessuale: l'impulso — per certi aspetti: il condizionamento — che esse hanno esercitato sulle vicende della riforma penale nel nostro paese si è rivelato infatti significativo, in taluni casi addirittura determinante.

Innanzitutto, la Risoluzione del 1986 suggerisce agli Stati membri di innovare la collocazione sistematica dei reati sessuali: dalla tipologia dei fatti offensivi del *pudore*, alla sfera dei delitti contro la *persona* (67).

(63) Il dibattito è riportato sulla Gazzetta europea (Allegato), n. 2-340, *Discussioni del Parlamento europeo*, Sessione 1986-1987, Resoconto integrale delle sedute dal 9 al 13 giugno 1986, Seduta di martedì 10 giugno 1986, p. 32 ss.

(64) V. G.U. n. 2-340, *cit.*, n. 63, soprattutto gli interventi di d'Ancona, Van den Heuvel, Braun Moser, Pantazi, Garcia Arias. V. altresì la risoluzione, *cit.* n. 62, let. D, 1.

(65) V. *Risoluzione*, *cit.* n. 62, punto 37 e ss.

(66) V. *Risoluzione*, *cit.* n. 62, punto 13 e ss.

(67) V. *Risoluzione*, *cit.* n. 62, punto 8.

In secondo luogo, il Parlamento europeo chiede « un riesame della distinzione giuridica tra stupro e atti di libidine violenta », in base alla considerazione che, per la vittima, le conseguenze possono essere ugualmente penose in entrambi i casi (68).

Come appare evidente, il riformatore italiano ha recepito pienamente questa impostazione: non si è limitato, anzi, ad un « riesame » delle due fattispecie, bensì — sul presupposto di una equivalente gravità dell'offesa — ha progettato la riunificazione dei reati nella fattispecie di « violenza sessuale » (69).

Riconosciuta la rilevanza penale della costrizione sessuale interna al rapporto di coniugio, sul piano procedurale il Parlamento si esprime con fermezza a favore della procedibilità d'ufficio per ogni forma di violenza sessuale, singola o di gruppo (70).

Il riformatore italiano — come si è detto — è estremamente sensibile a tale impostazione e non manca di recepirla — con alterne fortune — nelle convulse fasi delle verifiche parlamentari (71).

Ancora sul piano processuale, ma certamente assai più significativi per la forte carica innovativa che li connota, vanno qui segnalati due ulteriori punti della Risoluzione: forse più e meglio che per ogni altro aspetto, sono infatti queste le scelte da cui limpidamente traspare la netta impronta propulsiva che il Parlamento ha impresso al suo lavoro, e la potente suggestione che essa ha esercitato sugli orientamenti più qualificanti — e controversi — della riforma italiana sul terreno delle violenze sessuali.

Punto primo: la Risoluzione si pronuncia affinché « si consenta alle associazioni ed ai movimenti femminili di costituirsi parte civile nei processi di violenza sessuale, ove la parte lesa lo richiede » (72). Con originale elaborazione, il riformatore italiano ha prontamente recepito — come si sa — tale indicazione, ritagliando per tali associazioni una figura inedita nella tradizione penal-processualistica del nostro paese: per così dire, il ruolo di una parte civile « dimezzata », munita cioè di ampi poteri di inter-

(68) V. *Risoluzione*, cit. n. 62, punto 4.

(69) Dis. Sen. art. 2.

(70) V. *Risoluzione*, punto 11, cit. n. 62.

(71) V. *supra*, II.

(72) V. *Risoluzione*, cit. n. 62, punto 11.

vento ma piuttosto fragile — come si avrà modo di osservare più innanzi (73) — sotto il profilo della legittimazione processuale (74).

Punto secondo: il Parlamento europeo chiede infine una « revisione » della « legislazione sulla violenza sessuale nel senso che la ammissibilità di testimonianze relative al passato sessuale della vittima venga sottoposta ai più rigidi controlli » (75). Presso il riformatore italiano, anche questa indicazione trova benevolo ascolto: addirittura troppo, forse, a giudicare dalla rigosità delle scelte che egli appunto compie a questo riguardo. Respingendo qualsiasi tentazione di compromesso, viene infatti deciso che non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa (76): certo, una scelta che nessuno potrà accusare di ambiguità, una scelta che non si presta davvero alla ricorrente accusa — non di rado peraltro fondata — di insufficiente sensibilità alle ragioni di riservatezza della parte offesa. Il dubbio, come si dirà meglio più innanzi, è che scelte così radicali creino invece imbarazzo ai diritti di difesa dell'imputato — indubbiamente meno popolari — in relazione a tipologie criminali così odiose, come quelle a carattere sessuale, ma forse proprio perciò più bisognose di intransigente garanzia (77).

2. — *Le direttrici politico-criminali della riforma*

La riforma del diritto penale sessuale non può essere adeguatamente discussa soprattutto nelle scelte più significative — le scelte per così dire portanti del nuovo assetto normativo e della “ filosofia penale ” cui esso si ispira — senza verificare almeno i tratti essenziali della metodologia che, più o meno consapevolmente, ha orientato i lavori e ne ha collegato le alterne fasi ad alcune chiare direttive comuni. Se la riforma, pur così spezzettata in vicende parlamentari convulse e talvolta intricate, ha mantenuto una fisionomia sostanzialmente unitaria, è senza dubbio dovuto al saldo ancoraggio che a tali direttive essa ha voluto e saputo tenere: poche idee-guida, ma esenti da pericolose incertezze, hanno

(73) V. *postea*, VI, 3.1.

(74) Dis. Sen. art. 10.

(75) V. *Risoluzione*, cit. n. 62, punto 6.

(76) Dis. Sen. art. 15, c. II.

(77) V. *postea*, VI, 3.2.

garantito al progetto stabilità negli orientamenti politico-criminali ed intima coerenza nella definizione dei nuovi modelli normativi.

2.1. — *L'aumento della criminalità sessuale*

L'aumento della criminalità sessuale costituisce lo sfondo su cui il riformatore ha ritenuto di operare (78). L'« impennata » dei reati sessuali negli ultimi anni è stata di continuo e vigorosamente sottolineata anche con riguardo alla violenza sui minori (79) ed alle aggressioni sessuali di gruppo (80). Denunciando « processi di imbarbarimento » e « rischi di regressione antropologica » (81), si è manifestata la preoccupazione che, nonostante l'incremento delle denunce, la dimensione occulta del fenomeno celi tassi di crescita ancor più rilevanti (82): di qui l'esigenza di « inviare un messaggio » che serva da richiamo ad un maggior rispetto della libertà sessuale della donna (83).

2.2. — *L'inadeguatezza delle norme esistenti*

Sulla necessità di « fare presto », non aveva dubbi il riformatore (84), tanto meno sulla resistenza di taluni giudici ad applicare con rigore la normativa esistente (85). Ma soprattutto era sospinta, la riforma, dalla profonda convinzione circa l'incapacità di tale normativa a difendere in modo adeguato la donna ed i suoi elementari diritti di autodeterminazione sessuale dal dilagare di una criminalità sostanzialmente incontrollata (86). Anacronistico (87), indegno di una società civile (88): il mantenimento di un assetto

(78) V. ad esempio On. B. NICOTRA (DC), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 18.

(79) On. A. CAPIELLO (PSI), X Leg., *loc. cit.* n. 78, p. 14.

(80) On. M. MELLINI, Relatore di minoranza, II Comm. perm. Giust., Cam. Dep. X Leg., res. sten. p. 8.

(81) On. P. FOLENA (PCI), X Leg., Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 49.

(82) On. A. CAPIELLO (PSI), X Leg., *loc. cit.* n. 81, p. 13.

(83) On. NICOTRA, *cit.*, n. 78, p. 18.

(84) On. DEL PENNINO (PRI), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.1989, res. sten. p. 21.

(85) V. ad esempio gli interventi degli On. P. FOLENA (PCI), *cit.* n. 81, p. 51 e A. CAPIELLO (PSI), X Leg., Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 14.

(86) V. ad esempio l'intervento dell'On. A. PEDRAZZI CIPOLLA (PCI), *loc. cit.* n. 85, p. 8.

(87) Così On. A. SOMMA (PCI), *loc. cit.* n. 84, p. 18.

(88) Così On. L. CIMA (verdi), *loc. cit.* n. 85, p. 34.

normativo indissolubilmente legato ad un modello di società patriarcale, lontano « anni luce » dalla realtà odierna (89), si traduce — nella visione del riformatore — in una forma di connivenza oggettiva con chi fa della violenza sessuale strumento di lotta « contro la crescita delle donne » (90), o comunque in tale violenza esprime il più assoluto disprezzo, spesso il « desiderio di annientare la sua vittima, di ucciderla », a ciò sospinto da incontrollati sentimenti di « rabbia » e di « odio » (91).

2.3. — *La necessità di un modello normativo orientato all'Abschreckung*

Arginare una criminalità in paurosa ascesa e punire con la dovuta severità i responsabili di offese intollerabili alla dignità della persona: su questi obiettivi, la riforma non ha avuto davvero necessità di discutere (92). Su taluni altri aspetti della politica sanzionatoria cui il nuovo programma normativo risulta improntato, non sarebbe invece stata inutile una riflessione più approfondita, ed una più compiuta “ informazione ” empirica.

In breve, il riformatore del diritto penale sessuale sembra aver orientato le sue scelte ad una strategia politico-criminale sostanzialmente fondata su due nuclei centrali. Primo: non diminuire in alcun caso gli elevati livelli di pena previsti dal codice Rocco, bensì invece incrementarli ogni volta che sembri opportuno (93). Secondo: agire soprattutto sulle cornici edittali inferiori per attestarle su livelli difficilmente raggiungibili, o sostanzialmente preclusi, ai meccanismi special-preventivi di esclusione della pena in concreto, primo fra tutti la sospensione condizionale *ex art. 163 c.p.* (94).

Intimidazione e repressione, prevenzione generale orientata alla deterrenza e politiche special-preventive la cui dichiarazione “ osti-

(89) Così On. DEL PENNINO (PRI), *loc. cit.* n. 84, p. 21.

(90) On. A. PEDRAZZI (PCI), *cit.* n. 86, p. 8; V. anche On. A. SOMMA (PCI), *cit.* n. 87.

(91) Così On. C. TARANTELLI (Sin. ind.), X Leg., *loc. cit.* n. 81 p. 25.

(92) V. ad esempio gli interventi delle On. O. FUMAGALLI CARULLI (DC), *loc. cit.* n. 81, p. 29 e C. TARANTELLI, *loc. cit.* n. 91, p. 25.

(93) V. ad esempio On. A. BIONDI (PLI), *loc. cit.* n. 78, p. 22.

(94) V. ad esempio gli interventi degli On. G. VAIZO (DC), *loc. cit.* n. 84, p. 45, FUMAGALLI CARULLI (DC), *loc. cit.* n. 92, p. 29 e A. CAPPIELLO (PSI), *loc. cit.* n. 79, p. 15.

lità" all'autore si esprime nel favore per l'effettività della pena.

Non è ben chiaro quali incrementi di tutela si aspettasse il riformatore da una strategia di tal genere: se soprattutto puntasse ad una flessione dei tassi di criminalità sessuale, o piuttosto ad un più efficace controllo degli indici di recidività degli autori, o forse addirittura ad entrambi. Probabilmente, una riforma più cauta nell'impostare il nuovo assetto normativo, e più "informata" nella scelta dei modelli politico-criminali su cui organizzarli, avrebbe coltivato attese certo più sobrie, ma anche più fondate.

IV — LA DIMENSIONE CRIMINOLOGICA DEI REATI SESSUALI

1. — *Gli aspetti empirici della criminalità sessuale*

La riforma del diritto penale sessuale è fondata su presupposti *empirici* ai quali in larga misura attinge le ragioni della sua legittimità, ed *empirica* è la metodologia che orienta la scelta del nuovo modello normativo: non certo da oggi, tutto questo è scontato, se non banale (95). Ciò che non cessa caso mai di stupire è la disinvoltura con cui il riformatore "maneggia" i materiali empirici di cui si serve, il sovrano distacco con cui sa all'occorrenza proporre letture bizzarre, piuttosto che ardite, soprattutto: la consumata dimestichezza — si direbbe: l'irresistibile tentazione — a trasformare in giudizi di valore affermazioni empiriche di esiguo spessore, o a suffragarne la scarsa consistenza con il sapiente ricorso a massime di comune esperienza opportunamente "truccate" (96).

(95) Seppur con diversi gradi di consapevolezza, qualunque riforma del diritto penale muove necessariamente dalla rilevazione di una situazione di fatto — c.d. *Ist.-Zustand* — che aspira a modificare in un'altra ritenuta migliore, con i mezzi che a ciò ritiene adeguati: dopo le geniali ricerche di P. NOLL su questo terreno troppo a lungo trascurato dalla scienza penalistica, si registra ormai da alcuni anni un risveglio di interesse che ha prodotto risultati di sicuro spessore. Per alcuni riferimenti essenziali v. innanzitutto NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, 38 ss., 79 ss., 107 ss.; W. HASSEMER, *Konstanten kriminalpolitischer Theorie*, in *Fest. Lange*, 1976, (501 ss.) 508 ss.; K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStw* 1980 (92), (19.) 25 ss.

(96) Particolarmente efficace, al riguardo, la denuncia di W. NAUCKE circa questo diffusissimo "vizio" del legislatore penale: *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, 31 s. Sulla necessità che soprattutto il legislatore

Come e più di ogni altra riforma, la riforma del diritto penale sessuale ha bisogno di un corretto rapporto con l'empiria di cui fa uso: *in primis*, deve imparare a distinguere quella di cui ha bisogno da quella che realmente ha. Quanto poi a questa, il dato empirico non reca mai implicito il significato che ad esso compete nell'elaborazione dei programmi politico-criminali: una riforma che non voglia o non riesca a discernere i fatti dalle valutazioni, lavora imbrogliando se stessa. Infine, la riforma del diritto penale sessuale deve prendere atto che non può corrompere le "leggi" della politica criminale in relazione ai suoi propri bisogni, né può pretendere di fondarne le strategie su materiali empirici selezionati in base ad opportunità o convenienza. Se vuole orientarsi a modelli normativi strutturati secondo tecniche di intimidazione e deterrenza, può farlo: con la consapevolezza, però, che il pendolo della storia, e la teoria scientifica della pena, battono da tutt'altra parte (97). Ma pure al di là di questo: ciò che non può essere comunque ignorato sono le esigenze empiriche da cui modelli siffatti sono strettamente condizionati circa possibilità e limiti di effettivo funzionamento (98).

Non un'empiria "di facciata", per legittimare scelte radicate — a torto o a ragione — su terreni di tutt'altra natura. Acquisire

penale non perda di vista i fatti sottesi alle valutazioni v. ancora P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, in *Fest. Schelsky*, 1978, (353 ss.) 360 s. Una lucida analisi della struttura delle *Alltagstheorien* e del disinvolto uso che ne viene fatto nell'esperienza giuridica, in K.D. OPP, *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozess*, in H. JÄGER (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, (21 ss.) 24 s. e 40 s.

(97) Per una sintesi efficace, v. U. NEUMANN, U. SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, 33 ss. e 101 ss. La discussione scientifica è dominata ormai da vari anni dalla c.d. prevenzione generale positiva, ovvero integratrice: contraendo gravi debiti con la teoria sociologica di N. LUHMANN, un giurista della levatura di G. JAKOBS vede nella prevenzione generale orientata alla « stabilizzazione normativa » l'unica fonte di legittimazione della pena statale (*Strafrecht*, A.T., 1983, 9 s.). Per una attenta analisi dei contenuti della *Integrationsprävention* e delle possibilità di effettiva realizzazione, v. di recente il lavoro di H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht*, in *Fest. Jescheck*, 1985, B. 2, (813 ss.) 820 ss.

(98) V. al riguardo l'ottima ricerca di BERLITZ-GUTH-KAULITZKI-SCHUMANN, *Grenzen der Generalprävention*, in *Krim. Journal* 1987, 13 ss. Cfr. altresì W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 285 ss. e soprattutto M. ROMANO, *Prevenzione generale e riforma del diritto penale*, in ROMANO-STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, (151 ss.) 157 ss.

l'empiria disponibile ed inserirla in programmi politico-criminali verificabili nei presupposti e negli obiettivi: la riforma dei reati sessuali deve "rassegnarsi" alla metodologia dei "piccoli passi", la sola che possa consentirle scelte normative un po' meno emotive, certo un po' più fondate.

1.1. — *La violenza sessuale tra "realtà" ed "apparenza": profili statistici e ricerche sulla cifra oscura*

Da almeno due secoli, l'approccio *statistico* ai fenomeni della criminalità è tra gli strumenti di più largo consumo per il riformatore penale, e un po' per tutti gli "addetti ai lavori": strutture, interrelazioni, tendenze e forme di manifestazione del reato costituiscono acquisizioni di elementare importanza per chi abbia interesse, di qualsiasi natura esso sia, allo studio della "questione criminale", o di taluni suoi aspetti. Da almeno trent'anni, la scienza del diritto penale si interroga però ininterrottamente, seppur con risultati non sempre esaltanti, circa i dirompenti effetti del progressivo incremento di conoscenze empiriche su un piano di indagine che è, rispetto a quello statistico, distinto ma per mille aspetti connesso: la c.d. cifra nera, le sue dimensioni, le "regole" che ne determina la formazione e gli svolgimenti (99).

Certo, la cifra oscura della criminalità è un fenomeno con cui il sistema penale ha da tempo imparato a convivere. Dal momento in cui lo ha "scoperto" (100), a quello in cui ne ha teorizzato la fecondità per la sopravvivenza stessa dei meccanismi giuridico-penali del controllo sociale formalizzato (101), molta acqua è passata sotto i ponti.

(99) Una analisi particolarmente accurata è offerta da G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 356 ss.; per uno sguardo sintetico v. invece F. SACK, *Dunkelfeld*, in KAISER E A., *K.K. Wörterbuch*, cit. n. 2, 76 ss.

(100) Come si sa, è soprattutto negli studi del matematico e sociologo belga L.A. QUETELET che si ritrovano, nella prima metà del secolo scorso, le radici della speculazione scientifica sui rapporti tra criminalità latente e registrata: *Sur l'homme et le développement de ses facultés*, o *Essai de physique sociale*, 1835, p. 95 ss. Una acuta disamina di questi primi svolgimenti è compiuta da A. GARCIA PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminologia*, 1988, 229 ss.

(101) Il riferimento è, ovviamente, a H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, 1968, 17: «se sono troppi quelli che vengono messi alla gogna, non soltanto questa cessa di far paura, bensì anche la violazione della norma perde il suo carattere di eccezione», con l'inevitabile effetto che anche «la pena viene

Tanta acqua, quanta è servita innanzitutto a ridimensionare gli antichi entusiasmi, se non le aperte professioni di fede nell'indagine statistica applicata allo studio delle fenomenologie criminali (102): da tempo, sono ormai succedute valutazioni più sobrie, soprattutto più consapevoli dei molti "ma" e degli ancor più numerosi "distinguo" con cui si può recepire i risultati della analisi empirica in questo settore. D'altro canto, tanta acqua c'è voluta altresì per capire che la ricerca sulla cifra oscura non è affatto alternativa a quella di tipo statistico, né la rende inutile o obsoleta (103).

Verò è invece che è d'obbligo la più grande cautela nell'acquisirne i risultati, ed interpretarne il tipo di rilevanza: sia la *Dunkelfeldforschung* orientata alle vittime o agli autori, ovvero indifferenziata, i *deficit* metodologici ed empirici del prodotto che essa è oggi in grado di offrire alla scienza del diritto penale, ed al legislatore interessato a scelte di politica criminale adeguatamente « informate » (104), non sono pochi, e tutt'altro che irrilevanti (105). Infine, sotto i ponti altrettanta acqua è poi dovuta ancora passare perché fosse chiaro che non semplicemente sulla cifra oscura, bensì sulla corretta elaborazione dei dati afferenti alla sua composizione

spogliata del suo peso morale », p. 17. Per la critica, v. soprattutto B. SCHÜNEMANN, *Das strafrechtliche Dunkelfeld. Stabilisator der Rechtstreue?*, in IRLE-MAYSETZ ED. A. (a cura di), *Die Durchsetzung des Rechts*, 1984, (38 ss.) 46 ss.

(102) Accreditata da QUETELET (*op. cit.* n. 100, 95 s.), confermata dal francese A. GUERRY (*Essai sur la Statistique morale de la France*, 1833), l'ipotesi è che il crimine rappresenti un'entità regolare e costante, prodotto da « leggi sociali » che sarebbe possibile scoprire e descrivere con precisione, attraverso l'analisi statistica. Il definitivo superamento della « legge delle relazioni costanti » tra criminalità reale ed apparente, è ormai il frutto della criminologia degli anni '50: con essa cade altresì la fiducia nella capacità rappresentativa delle statistiche criminali: v. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 357 s.

(103) V. ad esempio H.J. KERNER, *Kriminalstatistiken*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes Verhalten*, cit. n. 2, Bd. 1, (252 ss.) 255 ss.

(104) L'espressione è di K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, cit. n. 5, 25, con riferimento a « valutazioni che poggiano sull'esatta, penetrante conoscenza di un complesso fattuale ».

(105) Circa i limiti della ricerca empirica centrata sulla cifra oscura, v. soprattutto H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, 1980, 159 ss. e H.D. SCHWIND, *Dunkelfeldforschung*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes Verhalten*, cit. n. 2, (213 ss.) 214 ss. Per un bilancio assai equilibrato v. tuttavia G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 359 s.

e alle sue dinamiche una politica criminale oculata può legittimamente impostare le sue scelte (106).

Di queste elementari "verità", non sempre la riforma del diritto penale sessuale ha tenuto il debito conto. Per quel che concerne i fatti di casa nostra, il materiale empirico peraltro molto non è: ragioni di più, ovviamente, per non perderne di vista i tratti salienti.

La criminologia dei reati sessuali ha decisamente orientato i suoi interessi allo studio della vittima, in particolar modo delle conseguenze psico-patologiche dell'aggressione subita; quale che sia la ragione della sporadica attenzione dedicata agli aspetti statistici, i dati realmente disponibili — leggi: raccolti ed elaborati con metodologie scientificamente affidabili — sono limitati sia quanto ai periodi di riferimento, che alla complessività dei parametri esplicativi.

Ciò posto, una indicazione appare inconfutabile: la riforma del diritto penale sessuale non può trovare alcun conforto nella indagine statistica, se ad essa chiede conferma circa le "proprie" valutazioni intorno ai tassi di criminalità. Nessuna statistica sugli andamenti dei delitti sessuali autorizza a gridare — come il riformatore ha spesso e volentieri fatto — che « Annibale è alle porte »: ciò che essa attesta è infatti un netto, costante *decremento* degli indici di criminalità (107). Ciò corrisponde del resto ad una tendenza che trova puntuale conferma nelle vicende di paesi euro-

(106) K. LÜDERSSEN, *Strafrecht und « Dunkelziffer »*, in LÜDERSSEN-SACK (Hrsg.) *Seminar: Abweichendes Verhalten, I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, 1975, (244 ss.) 255 ss. V. altresì nella letteratura italiana il pregevole studio di G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su « cifre nere » e funzione general-preventiva della pena*, ora in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale*, cit. n. 7, (53 ss.) 63 ss., dove si sottolinea bene la necessità di differenziare la ricerca sul significato della cifra oscura in relazione alle diverse tipologie di reato (63).

(107) Da 1835 denunce per violenza carnale del 1965 si è passati alle 948 del 1987, da 1615 denunce per atti di libidine del 1965 si è passati alle 783 del 1987: statistiche ISTAT. Con riferimento alla violenza carnale, le denunce presentate dal 1961 al 1981 sono passate da un tasso del 4.361 per centomila abitanti al 2.289 con un decremento pari al 47.5%: TRAVERSO-MANNA-MARUGO, *La violenza carnale in Italia*, 1989, p. 30. Analogo rilievo circa il decremento degli indici statistici della criminalità sessuale è puntualmente fatto, pochi anni fa, da M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale*, cit. n. 13, 1472.

pei la cui tradizione culturale e giuridica è da sempre vicina alla nostra (108).

D'altra parte, è anche interessante notare che nell'arco di venti anni — 1961-1981 — le denunce di violenza carnale sono diminuite sensibilmente in *tutte* le regioni italiane, ed in modo piuttosto omogeneo: in altri termini, alla contrazione registrata nelle regioni meridionali non ha fatto riscontro alcun incremento in quelle centro-settentrionali: l'incidenza delle importanti migrazioni interne è dunque da escludersi (109).

Beninteso: le stime della cifra oscura sul terreno della criminalità sessuale sono elevatissime. Si ritiene, per esempio, che solo il 20% dei fatti di violenza carnale consumata o tentata vengano denunciati nella RFT (110), né vi è ragione di pensare che tali indici siano più elevati per altri tipi di aggressione sessuale (111). Detto questo, va subito aggiunto che nessun serio elemento autorizza l'ipotesi che il decremento della criminalità sessuale "apparente" — leggi: registrata nelle statistiche — venga compensato dal corrispondente aumento della criminalità "reale" — leggi: nella cifra oscura.

Innanzitutto: la ricerca scientifica sulla cifra oscura dei reati è certo in pieno sviluppo, ma i suoi campi d'elezione sono altri, assai meno complessi delle tipologie dei diritti sessuali. Per dirla in breve, le difficoltà della ricerca risiedono già nell'esatta determinazione del suo stesso oggetto: « come per nessun altro delitto, il

(108) In particolare: Repubblica federale tedesca, Austria, Svizzera, paesi nei quali — come nota G. KAISER — la criminalità sessuale ha fatto registrare, dal primo dopoguerra ad oggi, sviluppi sostanzialmente omogenei (*Kriminologie*, cit. n. 11, 669 ss.).

(109) V. TRAVERSO-MANNA-MARUGO, *La violenza carnale in Italia*, 1989, p. 33 ss.; TRAVERSO-CARRER, *Considerazioni criminologiche sull'andamento del reato di violenza carnale in Italia nel periodo 1961-1975*, in *Riv. it. med. leg.* 1979, (486 ss.) p. 494 s. Ad una notevole diminuzione dei reati sessuali denunciati, però, fa da contrappeso l'aumento dei delitti commessi da ignoti: si passa dagli 880 delitti del 1968 ai 1574 del 1977, con un incremento del 79% (C. SARZANA, *L'andamento della criminalità sessuale in Italia: rilievi statistici*, in *Rass. crim.* 1980, (121 ss.), p. 125).

(110) K. WEISS, *Vergewaltigung - unbekannt und missverstanden*, in J. KERSCHER (Hrsg.), *Konfliktfeld Sexualität*, 1979, (107 ss.) 108.

(111) A. KREUZER, *Über Giessener Delinquenzbefragungen*, in *Fest. Mallmann*, 1979 (129 ss.) 142 ss.

confine tra ciò che è ancora tollerato, in quanto solo moralmente riprovevole, e ciò che è già penalmente rilevante, dipende solo dalla prospettiva della vittima » (112). Secondo quali criteri questa distinzione venga effettuata, è tutt'altro che chiaro. Certo è che dal modo in cui la realtà viene "costruita" dal soggetto nel ripensare la sua esperienza, dipende la scelta sul *se* denunciare l'episodio oppure no (113): ciò è particolarmente evidente nelle ricerche empiriche fondate sull'analisi del rapporto tra autore e vittima, dove si dimostra che sono appunto le peculiarità di tale rapporto a decidere sul significato dell'episodio e sulla scelta dei successivi atteggiamenti (114).

D'altra parte, la definizione "legale" della violenza sessuale e la "definizione" della vittima non sempre coincidono: la forbice che per delitti quali l'omicidio, il furto, il danneggiamento, è estremamente ristretta, qui si allarga invece in modo preoccupante. Ovviare a questi inconvenienti è possibile, ma sarebbero necessarie ricerche ad amplissimo spettro la cui difficoltà di realizzazione è facile immaginare (115).

A fronte di ciò, è assodato che la sensibilità verso la violenza contro le donne è enormemente aumentata, la soglia di tolleranza verso le « tenerezze imposte con la forza » è fortemente diminuita (116).

Le rivelazioni empiriche circa la percezione sociale del grado di disvalore dei diversi reati, dimostra che nelle valutazioni "maschili" la violenza carnale occupa un posto non lontano dagli atti osceni commessi con bambini (117).

Le scienze criminali smentiscono pienamente il riformatore del diritto penale sessuale che voglia fare necessariamente appello ad una situazione di "emergenza" che in realtà non si rinvie-

(112) Così G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 679.

(113) V. ancora G. KAISER, *op. loc. ult. cit.*; H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes*, cit. n. 2, (334 ss.) 338.

(114) K. WEIS, *Die Vergewaltigung und ihre Opfer*, 1982, 148 ss.; G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 679.

(115) V. G. KAISER, *op. loc. ult.*; cfr. altresì H. KÜHNE-A. AMMER, *Viktimologie der Notzucht*, in *Jur. Schulung*, 1986, (388 ss.) 390 s.

(116) G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 678; A. ELLIS, *The Sex Offender*, in *Psychology of Crime and Criminal Justice*, 1979, (405 ss.) 420.

(117) B. VILLNOW, *Schwereeinschätzung von Delikten*, 1977, 114.

ne: che a siffatte emergenze ritenga necessario attingere legittimità una riforma matura da più di trent'anni, è sconcertante. *Pericolosa* è altresì la riforma che a tali "emergenze" orienti le sue scelte sanzionatorie e l'assetto delle nuove figure.

1.2. — *Il delinquente sessuale come tipo criminologico d'autore: problemi della recidiva e del trattamento*

Nella letteratura criminologica italiana non mancano, negli ultimi venti anni, indagini statistiche circa le caratteristiche degli *autori* di reati sessuali e delle loro vittime. Si tratta però di indagini settoriali, circoscritte territorialmente e relative a spazi temporali mai sufficientemente ampi da consentire conclusioni suscettibili di essere con fondamento generalizzate. È significativo tuttavia che i risultati di tali ricerche siano comunque omogenei tra loro, denotino altresì significative concordanze con i dati di indagini, altrettanto circoscritte nel tempo, ma relative all'intero territorio nazionale (118).

Autori e vittime sono relativamente giovani, di età mai superiore ai 35-40 anni, i tassi di scolarità elementare sono elevatissimi, diffusa quella media, talvolta anche di livello superiore. Gli autori hanno nella grandissima parte dei casi un lavoro stabile, le vittime sono per lo più nubili e casalinghe, spesso studentesse (119). Tipologie non dissimili sono quelle che è possibile trarre dalla letteratura straniera (120), non si manca tuttavia di sottolineare che resta estremamente controversa l'ipotesi secondo cui i reati sessuali sarebbero commessi da specifici tipi d'autore, connotati da tratti personologici particolari (121).

(118) Il riferimento è alle indagini di MAGGIOLINO-D'INTRONO-ROSITO, *La violenza carnale nel circondario del Tribunale di Trani dal 1970 al 1979. Risultati preliminari*, in *Rass. crim.* 1986, p. 343 ss., e di CARDINALETTI-CARRER, *I reati sessuali giudicati a Vicenza tra il 1961 ed il 1976, Considerazioni preliminari*, in *Rass. crim.* 1984, p. 405 ss. A questi, *adde* le indagini cit. in n. 109.

(119) V.C. SARZANA, *L'andamento*, cit. n. 109, p. 134-5; TRAVERSO-PIATTI, *La violenza carnale a Genova. Aspetti statistici comparativi (1961-75 / 1976-82)*, in *Rass. crim.* 1984, (365 ss.) p. 370-1; MAGGIOLINO e a., cit. n. 118, p. 346 ss.; CARDINALETTI e a., cit. n. 118, 408 ss.; TRAVERSO-CARRER, cit. n. 109, p. 498 s.

(120) Per tutti H.J. SCHNEIDER, *Vergewaltigung in kriminologischer und viktimologischer Sicht*, in *Fest. Blau*, 1985, (341 ss.) p. 343 e G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 674 ss.

(121) Così G. KAISER, *op. ult. cit.*, p. 675.

Sono tuttavia altri gli aspetti della più accreditata ricerca empirica applicata, che è qui opportuno evidenziare. Innanzitutto, significato e ruolo dell'*aggressività* che si esprime nella violazione sessuale. Le situazioni in cui la violenza è semplicemente strumentale all'ottenimento dello scopo — appunto il rapporto sessuale — costituiscono di gran lunga l'eccezione nel variegato "universo" della criminalità contro la donna: sono soprattutto i casi delle violenze collettive — sulla cui incidenza statistica persistono tuttora, per molte ragioni, indicazioni estremamente contrastanti (122) — violenze che sottendono cioè dinamiche di gruppo in cui la figura femminile è deformata, "oggettivizzata" nel ruolo di "tramite" di appagamento sessuale (123).

Di regola, la violenza sessuale è invece una modalità espressiva dell'*aggressività* del soggetto: nella grande maggioranza dei casi, poi, essa riveste in realtà carattere *difensivo*. Problemi di virilità più o meno accentuati e delle più varie origini, ma soprattutto insicurezza nella propria identità maschile: la donna viene allora percepita quale antagonista più solido, pericoloso, sessualmente superiore. Nella sottomissione sessuale violenta l'aggressore cerca nevrotiche conferme alla sua conclamata incapacità relazionale (124).

Sulle *cause* della violenza sessuale non appare qui opportuno indugiare. Basterà ricordare che, scontata la difficoltà degli approcci di tipo biologico a trovare riscontri empirici seppur lontanamente soddisfacenti, il paradigma psicanalitico e le teorie socio-culturali dominano ormai da anni la discussione scientifica intorno all'eziologia dei comportamenti sessuali violenti (125).

Più articolati, e soprattutto più interessanti per gli obiettivi di questa ricerca, i risultati dell'indagine empirica circa le possi-

(122) H.J. SCHNEIDER, *op. cit.* n. 120, p. 344-5 riporta una percentuale del 5% sul totale delle violenze sessuali, ma v. in G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 682-3 le contrastanti indicazioni che si ricavano dalla letteratura internazionale.

(123) Così BEN-DAVID, *Die Interaktion zwischen Täter und Opfer während der Vergewaltigung*, in H.J. SCHNEIDER, *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, 242 ss.

(124) Così E. SCHORSCH, *Sexualkriminalität*, in KAISER E. A., *Wörterbuch*, cit. n. 2, (395 ss.) p. 400.

(125) V. soprattutto M. AMELANG, *Sozial abweichendes Verhalten*, 1986, p. 315 ss., e H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, cit. n. 113, p. 338 ss.

bilità ed i limiti del *trattamento* dei delinquenti sessuali. Non importa qui esaminare e discutere le metodologie di tipo somatico, siano esse a carattere medico, ovvero chirurgico — inumane queste, non risolutive le prime (126). Allo stesso modo, può prescindersi in questa sede dall'esame degli approcci psicoterapeutici — siano essi orientati alla terapia di gruppo, siano invece impostati sull'analisi del nucleo familiare, per cogliere appunto in esso le origini remote dei traumi nella prima infanzia, ai quali si alimentano i conflitti emozionali sottesi alle reazioni aggressive (127).

Ciò che è però indispensabile, è che *un* trattamento ci sia: una politica criminale realmente interessata alla tutela di beni primari quali la libertà di autodeterminazione sessuale, non può ignorare che nessun serio argine può essere apposto al recidivismo della criminalità sessuale, finché la pena detentiva resterà il solo "trattamento" su cui l'autore può fare affidamento (128). Che la recidiva sia collocata al 35% dei casi nei cinque anni successivi all'esecuzione della pena *non* accompagnata da specifico intervento di sostegno, è un'ipotesi empirica, come tale suscettibile di discussione e verifica (129). Bisogna essere però consapevoli che la criminologia della violenza sessuale non fa alcun mistero del suo accentuato scetticismo verso l'uso indiscriminato della pena detentiva per il controllo di fenomenologie delinquenziali caratterizzate, come forse poche, da turbe psico-emozionali profondamente radicate (130). Non a caso del resto si fa osservare che, con il crescere delle condanne, il recidivismo dei delinquenti sessuali tende ad aumentare, anche perciò si raccomanda che il ricorso alla sospensione condizionale della pena sia ampiamente utilizzato (131).

(126) V. ancora H.J. SCHNEIDER, *op. ult. cit.*, p. 343 ss. e E. SCHORSCH, *Sexualkriminalität*, cit. n. 124, p. 400 ss.

(127) V. gli autori cit. in n. 126, ed inoltre di E. SCHORSCH v. anche *Therapie mit Sexualstraftätern*, in JÄGER-SCHORSCH (Hrsg), *Sexualwissenschaft und Strafrecht*, 1987, (127 ss.) p. 129 ss.

(128) Così H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, cit. n. 113, p. 343.

(129) H.J. SCHNEIDER, *Vergewaltigung*, cit. n. 120, p. 352.

(130) Come sottolinea da ultimo E. SCHORSCH, *Therapie*, cit. n. 127, p. 127, soprattutto per i delinquenti sessuali « la pena detentiva non ha alcun senso », giacché durante la loro detenzione i loro gravi problemi psicologici si acutizzano di modo che « la recidiva diventa quasi programmata ».

(131) Così H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, cit. n. 113, p. 345.

In breve: nessun sistema penale può oggi seriamente pensare di fare a meno della pena detentiva, anche di lunga durata, per la repressione della criminalità sessuale. Soprattutto il riformatore interessato ad elevare gli *standards* di tutela del diritto penale sessuale non può però davvero permettersi il “lusso” di escludere dai suoi programmi tipologie di intervento forse poco “esemplari”, ma empiricamente assai più fondate.

2. — *Il reato sessuale e la problematica dei Beziehungsdelikte*

La riforma del diritto penale sessuale non può esaurire le sue strategie sanzionatorie nell'inasprimento delle minacce di pena, tanto meno può legittimamente sperare di far fronte agli angosciosi problemi di prevenzione del recidivismo attraverso la mera esecuzione della pena detentiva. Per quanto concerne più in particolare una specifica, vasta categoria di potenziali “clienti”, il diritto penale sessuale deve poi prendere atto che i suoi attuali — leggi: vecchi — modelli sanzionatori, ed ancor più i nuovi — leggi: quelli programmati — non solo sono privi del benché minimo supporto nei risultati della criminologia empirica, ma sono addirittura in conflitto con talune delle sue più interessanti “scoperte”.

Sia le magre statistiche di casa nostra, che quelle più consistenti redatte in paesi culturalmente vicini, concordano nel registrare un dato di enorme importanza: almeno nella metà dei casi di violenza sessuale, autore e vittima si conoscevano — più o meno approfonditamente, per ragioni le più diverse: lavoro, scuola, tempo libero, rapporti affettivi — prima che scoppiasse il conflitto (132). Per situazioni del genere, soprattutto frequenti nei reati sessuali, ma non certo solo per essi, la scienza penalistica di lingua tedesca ha “inventato” un'espressione che è difficile rendere in italiano, ma che — da più di trent'anni ad oggi — è diventata familiare al giurista ed al criminologo, conquistando un posto or-

(132) Per l'Italia, v. le statistiche stilate a questo riguardo da MAGGIOLINO e a., *La violenza carnale*, cit. n. 118, p. 347 e CARDINALETTI e a., *I reati sessuali*, cit. n. 118, p. 411. Per la letteratura straniera, v. soprattutto M. BAURMANN, *Sexualität, Gewalt und psychische Folgen*, 1983, p. 251, secondo cui il 54% dei delitti sessuali viene compiuto da conoscenti o parenti della vittima.

mai consolidato nella terminologia tecnico-scientifica: il riferimento è, ovviamente, al *Beziehungsdelikt* (133).

La "scoperta" che autore e vittima sono avvinti assai più di quanto l'osservatore superficiale possa immaginare da legami pur diversi per intensità e qualità, ma comunque tali da conferire all'episodio criminoso peculiarità inconfondibili, è, probabilmente, la prima vera e propria acquisizione della vittimologia (134).

Nei suoi aspetti generali, la degenerazione criminosa del rapporto autore-vittima viene analizzata in base ai "fattori di rischio" presenti nella vittima ed alla corrispondente "intensità di richiamo" che essi esercitano sull'autore, di guisa che viene favorito l'instaurarsi di una "relazione" tra i soggetti, ovvero viene conferito alla relazione stessa un particolare accento (135). Allo stesso modo, i fattori che, in presenza di determinate circostanze, trasformano un soggetto in "autore", necessitano spesso di una specifica vittima per divenire appunto attivi (136).

Per quanto concerne in particolare le violenze sessuali realizzate tra soggetti comunque legati da relazioni interpersonali socialmente accettate, viene rilevato che la corretta comunicazione dei contenuti e dei limiti delle reciproche attese è posta spesso a dura prova dal fatto che la violenza non si distingue sempre chiaramente dall'azione sessuale più o meno normale (137). Può accadere così che l'episodio venga percepito e "ricostruito" dai due soggetti in modo completamente diverso, al punto che talvolta la violazione è in realtà il frutto di un fraintendimento fortemente condizionato dalla natura sessuale del rapporto tra « autore » e « vittima » (138). In ogni caso, poi, la quantità di « energia delit-

(133) L'espressione venne coniata da H. SCHULTZ, *Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer*, in *SchwZStr.* 1956, 171 ss. Sulla problematica criminologica dei Beziehungsdelikte v. soprattutto G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 686 ss. Per un primo approccio alla problematica processuale, v. invece M. FROMMEL, *Wie kann die Staatsgewalt die Frauen vor sexueller Gewalt schützen?*, in *ZRP* 198, (242 ss.) p. 243 s.

(134) Così K. SESSAR, *Über das Opfer*, cit. n. 3, p. 1143.

(135) Così ancora K. SESSAR, *op. loc. ult. cit.*

(136) K. SESSAR, *op. loc. ult. cit.*; H. JUNG, *Viktimologie*, in G. KAISER e a., *Wörterbuch*, cit. n. 2, (518 ss.) p. 521 s.

(137) Così G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 687.

(138) M. AMELUNG, *Sozial-abweichendes Verhalten*, cit. n. 125, p. 316 ss.; G. KAISER, *op. loc. ult. cit.*; H. KÜHNE, *Viktimologie*, cit. n. 115, p. 390.

tuosa » che è richiesta all'agente nel passaggio dall'azione "ancora" consentita a quella invece vietata, si ritiene essere sempre di gran lunga minore (139), al punto che — non di rado — il soggetto non avverte alcuna "colpa" per il fatto commesso (140).

Le peculiarità dell'aggressione sessuale caratterizzata dalla degenerazione di preesistenti rapporti trovano del resto puntualmente espressione nei meccanismi del sistema penale. Innanzitutto, sul piano della configurazione della fattispecie, in secondo luogo, sul terreno della commisurazione.

Quanto al primo: la forbice tra denunce e condanne è qui particolarmente evidente (141). Ciò che importa ora evidenziare è che essa si accentua con il crescere del grado di conoscenza tra autore e vittima: nel caso di un esperimento recentemente condotto, è emerso che i giudicanti — sia uomini che donne — non hanno alcuna esitazione ad inquadrare l'episodio nella fattispecie di violenza sessuale in presenza di una condotta palesemente aggressiva; invece, la tendenza a "definire" il fatto come violenza sessuale si inverte, riducendosi in progressione costante, quanto più stretta sia la relazione tra i due soggetti (142).

D'altro canto, l'analisi empirica condotta su 171 sentenze di condanna dimostra che uno stretto rapporto di conoscenza tra autore e vittima conduce assai spesso il giudice a ritenere integrate ipotesi delittuose meno gravi rispetto alla fattispecie-base (143): la « corresponsabilità » della vittima nell'eziologia del reato (144) — corresponsabilità che spesso assume le forme della « precipi-

(139) Così H. KÜHNE, *op. ult. cit.*, p. 391. Per la critica del concetto di « energia delittuosa » v. soprattutto M. WALTER, *Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten « kriminellen Energie »*, in *Fest. H. Kaufmann*, 1986, (493 ss.) p. 503 ss.

(140) G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 687.

(141) V. M. FROMMEL, *Wie kann die Staatsgewalt*, cit. n. 133, p. 243.

(142) GREUEL-SCHOLZ, *Deliktsspezifische Kenntniss und Einstellungen als psychologische Bedingungen des Urteilsverhaltens in Vergewaltigungsfällen*, in *Mschbr.krim.* 1990, (177 ss.) p. 182 s.

(143) R. GREGER, *Strafzumessung bei Vergewaltigung*, in *Mschbr.krim.*, 1987, (261 ss) p. 274 ss.

(144) V. soprattutto l'analisi di G. ARTZ, *Viktimologie und Strafrecht*, in *Mschbr.krim.* 1984, (105 ss.) p. 109 s. circa le componenti di questa "nuova" categoria dommatica.

tazione del delitto» (145) — trova chiara espressione nel decremento dei livelli medi di pena e nella scelta delle fattispecie attenuate.

La minaccia di pene elevate può forse servire — è stato acutamente rilevato (146) — ad accentuare la “validità” delle norme a tutela della libertà sessuale, ma la prassi recepisce le peculiarità dei *Beziehungsdelikte* restringendo la “validità” delle sanzioni. Cornici di pena adeguate nei minimi e nei massimi ad esprimere il disvalore di episodi in cui molto spesso si intrecciano componenti psichiche e sfasature comunicative estremamente complesse, modelli sanzionatori sufficientemente flessibili per consentire il più ampio ricorso all'intera gamma delle “risorse” special-preventive di cui il sistema penale odierno fa uso: sarebbe miope una riforma del diritto penale sessuale che si precludesse — contro ogni indicazione della ricerca applicata — la via della più ampia articolazione delle sue risposte punitive.

3. — *I risultati della moderna criminologia empirica applicata alle sanzioni: le possibilità ed i limiti della deterrenza. Il trend verso la prevenzione generale positiva: cenni*

La tentazione legislativa di affidare a macroscopici incrementi di pena la realizzazione di più efficaci tutele a beni giuridici che sono — o vengono ritenuti — insufficientemente protetti, ha alle spalle, come ognuno ben sa, una lunga tradizione giuridica. Il legislatore italiano, poi, non ha mai mancato — sotto questo profilo — gli appuntamenti importanti: incurante delle vibrante proteste della scienza penalistica più sensibile ed aggiornata, ha regolarmente fronteggiato le “emergenze” degli ultimi venti anni mediante incrementi sanzionatori che hanno fatto rimpiangere anche la politica criminale della deterrenza alla maniera del codice Rocco (147).

(145) Altresì definita «victim precipitated», nella terminologia coniata dal sociologo americano WOLFGANG in una ormai datata ricerca sull'omicidio doloso: *Patterns in criminal Homicide*, 1958, p. 252.

(146) M. FROMMEL, *Wie kann die Staatsgewalt*, cit. n. 133, p. 244.

(147) V. ad esempio gli sferzanti giudizi di G. MARINUCCI, che non esitò a bollare come «terrorismo sanzionatorio» la politica delle pene tutta fatta «al rialzo» negli anni della c.d. emergenza: *Politica criminale*, cit. n. 6, p. 466.

La prassi — si sa bene anche questo — non manca poi di “correggere” le squilibrate scelte sanzionatorie che sarebbe chiamata ad applicare, riportandole — con una politica della commisurazione saldamente attestata sulle cornici inferiori, e col sapiente uso di un giudizio di bilanciamento sostanzialmente a senso unico (148) — a livelli sotto ogni aspetto più congrui. Sarebbe tuttavia auspicabile che la riforma del diritto penale sessuale evitasse, finché è in tempo, di perpetuare un “gioco delle parti” che è ormai anacronistico, più che ingiustificato.

Se invece riterrà — come sembra — di continuare sul vecchio binario, sarà bene che qualcuno rammenti al riformatore sessuale che la strategia politica della deterrenza lo conduce ormai per una strada dove ogni comunicazione con la scienza empirica delle sanzioni è irrimediabilmente preclusa (149).

In breve: la ricerca applicata all'analisi dell'efficacia general-preventiva delle minacce di pena, segnala ormai da anni la perdurante assenza della benché minima conferma empirica all'ipotesi secondo cui inasprimenti dei livelli edittali, ovvero specie di pene più afflittive, incrementerebbero le capacità preventive del sistema (150). Risulterebbe invece una “correlazione negativa” tra la probabilità, reale o presunta, di essere scoperti e la frequenza di comportamenti criminosi (151). D'altro canto, la criminologia empirica non fornisce alcun sostegno neanche al riflusso della politica dell'esecuzione penale su modelli depurati da qualsivoglia apertura in seno liberale: il ripensamento delle strategie interessate alla mitigazione del regime carcerario e ad un più esteso ricorso a misure sostitutive della detenzione, è senza dubbio espressione del crollo di un mito — quello del trattamento — costruito troppo in fretta e troppo in fretta bruciato, ma non ha certo alcun rapporto

(148) V. la lucida analisi di A.M. STILE, *Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in ZStW 1982 (94), p. 173 ss.

(149) V. da ultimo in H. SCHÖCH, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in Fest. Jescheck, 1985, p. 1081 ss. una dettagliata analisi empirica dei complessi meccanismi dai quali è condizionato l'effetto dissuasivo delle minacce di pena: meccanismi del tutto inconciliabili con la mera politica della deterrenza.

(150) ALBRECHT-DÜNKEL-SPIESS, *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik*, in MschrKrim. 1981, (310 ss.) p. 313 ss.

(151) ALBRECHT e a., *op. loc. ult. cit.*

con i prodotti della indagine empirica internazionalmente più accreditata (152).

Di recente, meritano infine di essere segnalati i risultati "in positivo" che la ricerca sugli effetti deterrenti delle sanzioni penali sta incominciando a produrre. Con l'ausilio di complesse metodologie analitiche, si sottopone a verifica se la scelta per la commissione di un reato dipenda dall'attesa del « vantaggio » che ne derivi all'autore: intendendo per « vantaggio » la risultante di un giudizio soggettivo circa il valore delle diverse conseguenze della azione e la ritenuta probabilità delle stesse (153). In particolare, oggetto dell'indagine è verificare se ed in che misura sulla "scelta" del reato influiscano la valutazione individuale circa la probabilità della condanna e l'entità della pena.

Lavorando con sofisticati modelli formalizzati, e su campioni meticolosamente selezionati tra soggetti sottoposti ad esecuzione della pena e soggetti liberi, si sono ottenuti risultati di estremo interesse: da parte dei soggetti in libertà, minacce di pena superiori a circa tre anni di reclusione *non* vengono più differenziate tra loro; da parte dei detenuti, tale appiattimento si verifica invece per minacce di pena superiori a cinque anni. Per converso, un

(152) La crisi della risocializzazione è scoppiata in Europa, come si sa, nei primi anni settanta, ed è stata registrata dalla dottrina penalistica con grande preoccupazione: v. ad esempio A. ESER, *Resozialisierung in der Krise?* in *Fest. Peters*, 1974, (505 ss.) p. 512 ss. Era infatti chiaro che essa rappresentava in realtà solo il punto di emergenza di un ripensamento più profondo, che investiva la stessa concezione di politica criminale che nell'idea del trattamento trovava qualificata espressione: v. H.H. JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik*, ZStW 1979 (91), p. 1037 ss. È noto altresì che, almeno sul piano scientifico, la reazione è stata pronta ed efficace: all'idea di risocializzazione non esiste, sul piano teorico, alcuna alternativa praticabile (G. KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist*, *Fest. (Würtenberger)* 1977, (359 ss.) p. 363 ss., tanto meno poi in ordinamenti giuridici ove essa risulti costituzionalmente radicata (E. BENDA, *Resozialisierung als Verfassungsauftrag*, in *Fest. Faller*, 1984, (307 ss.) p. 310 s. Al di là di questo, i risultati della ricerca empirica non dimostrano affatto il fallimento della politica del trattamento: dimostrano invece che i successi, seppur esigui, ci sono e che la ricerca deve essere intensificata e differenziata molto di più di quanto oggi non sia (R. ORTMANN, *Resozialisierung durch Sozialtherapie*, in ZStW 1984 (96), (794 ss.) p. 801 ss.; SCHÜLER-SPRINGORUM, *Die sozialtherapeutischen Anstalten, ein kriminalpolitisches Lehrstück?*, in *Gedäch. H. Kaufmann*, 1986, p. 167 ss.).

(153) M. VILSMEIER, *Empirische Untersuchungen der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen*, in *Mschrkrim*. 1990, p. 273 ss.

notevole effetto intimidativo viene rilevato già in presenza di valori relativamente modesti circa il giudizio soggettivo di probabilità della condanna (154).

La domanda che la scienza empirica della pena pone ormai con crescente insistenza è se minacce di pena superiori a tre-cinque anni abbiano un effetto preventivo corrispondentemente più elevato (155). Una riforma fondata su questa certezza sarebbe oggi un passo indietro, ancor più che un azzardo: tra l'altro, lì dove più di venti anni orsono le pene per la violenza carnale furono sensibilmente elevate, i tassi di criminalità non subirono alcun decremento (156).

La scienza del diritto penale ha preso atto ormai da anni delle serissime "obiezioni" empiriche che rendono strategie politico-criminali orientate alla prevenzione mediante deterrenza problematiche nell'applicazione, ancor più incerte nei risultati (157). Nell'odierna discussione scientifica, della prevenzione generale si accentuano componenti *positive*, interessate soprattutto a confermare la piena "validità" della norma, scossa dalla commissione del reato (158): quel che conta, è che la pena ribadisca il significato della norma quale schema orientativo per l'organizzazione dei rapporti sociali. Più che intimidire, l'obiettivo è rafforzare la coscienza giuridica della collettività, e quindi la sua conformità ai valori penalmente tutelati (159).

(154) M. VILSMEIER, *op. cit.* n. 153, p. 278 ss.

(155) M. VILSMEIER, *op. loc. ult. cit.*; cfr. H. SCHÖCH, *Empirische Grundlagen*, cit. n. 8, p. 1098 ss.

(156) In Pennsylvania, intorno alla metà degli anni '60: v. SCHWARTZ, *Journal of criminal law and criminology*, 1968, p. 509 ss.

(157) Con particolare chiarezza, W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, n. 287 ss.; v. altresì H.J. ALBRECHT, *Generalprävention*, in G. KAISER, K.K. *Wörterbuch*, cit. n. 2, p. 132 ss.

(158) V. soprattutto C. ROKIN, che ha introdotto la c.d. prevenzione generale integratrice nella moderna teoria della pena (*Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Fest. Bockelmann*, 1979, (279 ss.) p. 304 ss); di recente, ROKIN ha più dettagliatamente descritto il suo pensiero circa le componenti della prevenzione così intesa, nel suo lavoro *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in H. SCHÖCH (Hrsg), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, (37 ss.) p. 47 ss.; al riguardo, v. anche G. JAKOBS, *Strafrecht A.T.*, 1983, p. 4 ss.

(159) V. H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, cit. n. 97, n. 823 ss.

Strumenti di *questa* prevenzione — per quanto fluidi ne siano ancora i contorni ed incerti i contenuti (160) — *non* sono certo pene elevate, né forzature dei principi del sistema a scapito di talune categorie di autori. Al contrario, proporzionalità tra fatto e pena, rispetto della colpevolezza individuale, *in dubio pro reo* e garanzia dei diritti di difesa. Non vi è ragione alcuna perché la riforma del diritto penale sessuale si orienti a strategie general-preventive scientificamente screditate, e di legittimità costituzionale assai dubbia (161).

V — IL NUOVO ASSETTO NORMATIVO DEL DIRITTO PENALE SESSUALE

Intervenendo su questo delicato terreno, la riforma si articola intorno ad alcuni capisaldi fondamentali, inquadrabili sia sotto il profilo della tecnica di configurazione delle fattispecie, sia sotto il profilo più propriamente sistematico.

1. — *L'opportunità della nuova collocazione sistematica ed il problema del bene tutelato*

Muovendo proprio da quest'ultima visuale, si constata che in sede parlamentare un generale consenso ha sostenuto la scelta di una ricollocazione sistematica dell'intera categoria. L'art. 1 del Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 12 aprile 1989 inserisce i delitti contro la libertà sessuale dopo la Sezione II del Capo III del Titolo XII del II Libro del Codice Penale. Per intendersi, cioè, dopo i delitti contro la libertà personale e prima dei delitti contro la libertà morale.

(160) Sia consentito, a questo riguardo, il rinvio a L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello « scopo » nella teoria della pena*, 1984, p. 105 ss. Da ultimo, v. H. ZIPF, *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, in *Fest. Pallin*, 1989, (479 ss.) soprattutto p. 482 ss. per una efficace messa a punto in ordine alla terminologia ed ai contenuti.

(161) Per tali aspetti v. soprattutto le riflessioni di P. BADURA, *Generalprävention und die Würde des Menschen*, in *JZ* 1964, p. 337 ss. e più di recente W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in ROMANO-STELLA (a cura di), *Teoria e prassi*, cit. n. 98 (49 ss.) p. 63 ss.

Con specifico riguardo all'oggettività giuridica del novero di fattispecie poste a presidio della libertà sessuale, la sistematica adottata dal Codice Rocco non solo appariva troppo ideologicamente orientata, ma neppure teneva l'interprete al riparo da numerose aporie interpretative. L'inquadramento dei reati di violenza sessuale nel titolo dei delitti contro la moralità pubblica da un lato evidenziava infatti la nota tendenza del legislatore del '30 alla pubblicizzazione degli oggetti di tutela (162), dall'altro lato costringeva l'interprete a ricostruire l'oggettività giuridica delle singole figure sullo sfondo di un concetto — la moralità pubblica — per un verso intrinsecamente eterogeneo, per altro verso troppo idealizzato, se non inafferrabile (163). La praticabilità interpretativa di un siffatto concetto di bene giuridico, anche in una chiave angustamente metodologica, era pressoché nulla: sicché non stupisce che l'interpretazione giurisprudenziale abbia sostanzialmente ignorato tale concetto, sostituendolo mentalmente con il più definito bene giuridico della libertà sessuale.

L'esplicito cambiamento dell'oggetto di tutela, che concretizza — per così dire — lo spirito della riforma, non rappresenta pertanto che la doverosa razionalizzazione di una evoluzione interpretativa finalmente libera da condizionamenti ideologici che inevitabilmente oscuravano un dato incontestato: la pertinenza cioè della sessualità alla sfera personalissima dei diritti di libertà.

Con ciò non si vuole disconoscere l'importanza non solo programmatica che questa riqualificazione del bene assume negli intenti dei riformatori: è vero infatti che l'espresso ricollegamento delle fattispecie di violenza sessuale alla sfera dei diritti inviola-

(162) V. di recente M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1989, (53 ss.) p. 58 s. ed E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Digesto IV (Disc. pen.)*, 1988, p. 26 s. (estr.).

(163) Sulla persistente presenza di fattispecie orientate alla tutela della morale piuttosto che della libertà sessuale nel riformato diritto penale tedesco, v. R. LAUTMANN, *Der Zwang zur Tugend*, 1984, p. 83 s. Per la dottrina italiana, v. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, 1984, p. 84 ss., con acuti rilievi circa la determinatezza del concetto di «buon costume»; v. altresì M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà*, cit. n. 13, p. 1474 ss., e F. LEMME, *Libertà sessuale*, in *Enc. dir.* XXIV, p. 555 ss.

bili del cittadino piuttosto che all'area di un pubblico interesse alla moralità (in cui cioè la tutela dell'individuo è garantita solo in via mediata), avrebbe un significativo impatto sulla qualità della tutela stessa. Si pensi ad esempio come in sede di accertamento processuale cambi, nei fatti, il ruolo della persona offesa, a seconda che sia concepita come l'unico titolare del bene leso, ovvero come lo strumento dell'offesa al bene istituzionale che la trascende, sì da esporla in questa seconda ipotesi ai noti rischi di "criminalizzazione" processuale, quasi fosse un partecipe necessario di un attentato ai *boni mores*.

Dal punto di vista sistematico, questa scelta che ricolloca l'autodeterminazione sessuale ai vertici della gerarchia dei beni costituzionali (164) per un punto soltanto può forse lasciare perplessi: laddove cioè le fattispecie di cosiddetta violenza sessuale « presunta » risultano accorpate alle altre figure in cui la coartazione fisica o morale è requisito espresso del fatto. Delle due l'una, infatti: o si ritiene che in tali casi il consenso prestato sia viziato e quindi insussistente (165), o si deve in realtà intravedere una coartazione implicita nel particolare stato di fatto o di diritto in cui il soggetto versa. Se si vuole rifuggire però da queste finzioni, occorre riconoscere che in tali casi il bene offeso non attiene alla libertà delle scelte sessuali, bensì si configura in termini di vera e propria intangibilità sessuale (166). Si tratta cioè di specifici *limiti* all'autodeterminazione sessuale, in cui si esprimono preoccupazioni legislative di diversa natura (167).

(164) Per la migliore dottrina penalistica del secolo scorso, la libertà sessuale costituisce un bene giuridico primario, dotato di piena autonomia: v. il recente studio di G. FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di F. Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto della tradizione*, in *Riv. it. d. proc. pen.*, 1988, (903 ss.) p. 909 ss.

(165) Per questa impostazione v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, I, 1981, p. 427; per la critica v. invece E. CONTIERI, *La congiunzione carnale violenta*, 1967, p. 19 ss.

(166) Così, esattamente, E. CONTIERI, *op. ult. cit.*, p. 21.

(167) Nel testo della riforma approvata alla Camera il 18.10.1984 tutte le ipotesi di congiunzione carnale c.d. presunta risultavano estromesse dalla norma-base, centrata appunto sull'uso della violenza o minaccia, e venivano unificate in una autonoma fattispecie (art. 609 ter); v. al riguardo il commento di E. CONTIERI, *La riforma legislativa in tema di delitti sessuali*, in *Giust. pen.* 1985, I, (119 ss.) p. 122.

2. — *Il sistema delle incriminazioni*

Intorno a questo nucleo di tutela, il riformatore del 1989 ha predisposto un meccanismo di incriminazioni fortemente innovativo rispetto alla disciplina del '30. È opportuno percorrere le articolazioni principali del nuovo sistema di incriminazioni, per metterne a fuoco i tratti essenziali — almeno con riferimento alla criminalità sessuale fra adulti (168) — così da poterne in un secondo momento valutare in senso critico gli aspetti più rilevanti.

2.1. — *La fattispecie unificata di « violenza sessuale »*

La novità principale è senz'altro rappresentata dall'unificazione legislativa in un unico tipo criminoso delle due sinora distinte figure della congiunzione carnale (art. 519 c.p.) e degli atti di libidine violenti (art. 521 c.p.). Subentrerebbe ora l'unitaria fattispecie di « violenza sessuale ». Le modalità tipizzanti della condotta restano le stesse: violenza o minaccia. Cambia invece la descrizione del tipo di condotta penalmente rilevante: alla « congiunzione carnale » o rispettivamente agli « atti di libidine diversi dalla congiunzione », subentra, per un verso più generica, per altro verso più comprensiva, la categoria dell'« atto sessuale ». Se vogliamo, appunto un concetto di genere entro cui facilmente rientrano, in qualità di *species*, le distinte condotte di cui agli artt. 519 e 521 c.p. Entro cui, verosimilmente, possono rientrare in linea teorico-concettuale anche altri ulteriori atti che abbiano una connotazione sessuale, seppur non immediatamente espressivi di impulsi « libidinosi ». Cambia inoltre la cornice edittale della pena: alle due comminatorie da tre a dieci anni e, rispettivamente, da due anni a sei anni e otto mesi, si sostituisce una cornice edittale da tre ad otto anni (come si vede, una sorta di media ponderale fra le due comminatorie vigenti). In questa risistemazione viene dal canto suo soppressa *tout court* l'autonoma figura della congiunzione carnale fraudolenta (realizzata mediante sostituzione di persona): la sua

(168) I problemi della riforma del diritto penale sessuale « minorile » sono stati acutamente discussi da G. SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori*, in *Riv. it. d. proc. pen.*, 1990, p. 72 ss.

pressoché totale latitanza nella prassi giurisprudenziale ne ha verosimilmente decretato l'abbandono (169).

2.2. — *La nuova figura di congiunzione carnale abusiva*

Finalizzata ad una già avvertita esigenza di razionalizzazione del sistema, appare poi l'enucleazione dell'ipotesi di rapporti sessuali con persona affetta da malattia fisica o psichica al momento del fatto. La novità consiste anzitutto nell'aver richiesto come ulteriore requisito di fattispecie l'abuso delle condizioni di inferiorità del *partner* incapacitato: laddove precedentemente l'assolutezza del divieto (incriminato era il rapporto *per sé*) inibiva di fatto a soggetti in condizioni di infermità fisica o psichica il primordiale diritto alla sessualità. Importante è inoltre la chiara delimitazione legislativa delle condotte rispettivamente riconducibili all'ipotesi-base di violenza sessuale ovvero all'ipotesi specifica di rapporti abusivi. In questo modo, si superano i vecchi contrasti dottrinali e giurisprudenziali circa l'applicabilità del primo ovvero del secondo comma dell'art. 519 c.p., ovvero di entrambi, nel caso in cui si verifici una congiunzione carnale violenta ai danni di una persona inferma. In proposito si è sottolineato infatti che « alcuni autori sostengono il concorso formale di reati, altri il concorso apparente di norme, con prevalenza o della norma sulla congiunzione carnale abusiva o della norma sulla congiunzione carnale violenta » (170).

2.3. — *Le molestie sessuali*

Corollario quasi indispensabile della riunificazione in un'unica figura — con un livellamento verso l'alto del modello sanzionatorio — delle due attuali fattispecie di violenza sessuale, sembrerebbe, almeno a prima vista, l'enucleazione della nuova fattispecie di « molestie sessuali » ricavata ritagliando verso il basso dalla figura-base quelle condotte pur genericamente espressive di una pulsione a sfondo sessuale, e ancor tuttavia inidonee ad assumere i connotati dell'aggressione sessuale vera e propria. Ecco allora spe-

(169) V. M. BERTOLINO, *Commento all'art. 519 c.p.* in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, 1986, p. 864.

(170) E. CONTIERI, *La congiunzione carnale*, cit. n. 165, p. 26.

cificata nell'ambito della figura di cui all'art. 660 c.p. il sottotipo bagatellare della « molestia recata per motivi di natura sessuale ».

2.4. — *La violenza sessuale di gruppo*

La configurazione di una fattispecie *ad hoc* di « violenza sessuale di gruppo » appare senza dubbio orientata alla valorizzazione in chiave sanzionatoria della fenomenologia di comportamento sessuale a sfondo violento che più aveva contribuito a fomentare nell'opinione pubblica l'allarme sociale, e la conseguente istanza di (maggior) criminalizzazione cui la riforma ha in così ampia parte attinto. Secondo la diffusa valutazione del riformatore, il nuovo modello dovrebbe contribuire in modo determinante a fronteggiare forme nuove e più insidiose di aggressione al bene della libertà sessuale.

La principale caratteristica strutturale di questa nuova figura è rappresentata dalla configurazione di un reato a concorso necessario, nel quale incriminata è già la sola partecipazione ad un fatto di violenza sessuale perpetrato nell'ambito di un gruppo.

Va subito osservato che sembra apprezzabile lo sforzo del riformatore di definire *ex lege* il concetto — più criminologico che penalistico — di « gruppo » mediante il riferimento ad una terminologia (le « più persone riunite ») ampiamente presente nel codice vigente (v. artt. 112, 304, 305, 416, 625 n. 5 c.p.). A questo proposito, va anche aggiunto che il raffronto testuale di questa nozione di « gruppo » proprio con gli artt. 416, 416 *bis* e 625 n. 5 c.p. — ad esempio — porta indiscutibilmente a concludere che per integrare la fattispecie di cui al progettato art. 609 *sexies* c.p. è sufficiente il concorso di *due sole persone* (alla formula « più persone riunite » corrisponde infatti in tutte le norme sopra citate la locuzione « tre o più persone »). Questa distinzione di requisiti fra fattispecie, d'altra parte, è già riprodotta nel codice vigente laddove la cospirazione politica *mediante accordo* si perfeziona con il concorso di « più persone » (art. 304) mentre la cospirazione politica *mediante associazione* esige la partecipazione di almeno « tre o più persone » (art. 305 c.p.).

L'aspetto più caratterizzante della nuova struttura è certo rappresentato dalla sufficienza, ad integrare questo tipo qualificato di violenza sessuale, della mera partecipazione (evidentemente anche morale) senza che sia necessaria l'esecuzione materiale di atti

propriamente sessuali da parte di ciascuno degli appartenenti al gruppo: la realizzazione della violenza anche da parte di uno solo di essi è infatti sufficiente ad integrare la fattispecie. Nella prospettiva del riformatore, non può infine far meraviglia che i livelli sanzionatori di questa speciale figura criminosa siano considerevolmente incrementati rispetto alla corrispondente ipotesi di realizzazione monosoggettiva. Se si considera poi che la sanzione è ulteriormente aggravata in presenza di taluna delle circostanze previste dall'art. 609 *ter*, ne discende che la cornice edittale raggiunge dimensioni a dir poco considerevoli: da 5 anni e 4 mesi fino ad un massimo di 16 anni di reclusione.

2.5. — *Il sequestro di persona a scopo di violenza sessuale*

Ancora un'istanza di razionalizzazione della materia — in questo caso, anche di semplificazione — è alla base della norma (art. 609 *septies* introdotto dall'art. 7 del Disegno di legge) che configura la fattispecie autonoma di « sequestro di persona a scopo di violenza sessuale ». La *ratio* di questa modifica è la sacrosanta soppressione del complesso di figure di « ratto » (artt. 522, 523, 524 c.p.), complesso che forse più e meglio di ogni altra fattispecie del diritto penale sessuale portava ad espressione l'impronta arcaica e patriarcale sottesa alle scelte legislative del '30. La nuova figura valorizza direttamente la lesione del bene tutelato, arricchendo la tipicità del fatto con il solo riferimento al dolo specifico di « violenza sessuale »; ne sortisce un reato plurioffensivo in cui è solo e soltanto la libertà individuale del soggetto passivo, nelle sue diverse espressioni, a costituire il fulcro della tutela.

Opportunamente riformulata, è stata mantenuta anche nella nuova fattispecie la circostanza attenuante speciale fondata sulla spontanea liberazione della vittima, prima della condanna e senza che alcuna violenza sessuale sia stata realizzata: liberato dal patetico onere di ricondurre la parte offesa « alla casa donde la tolse, o a quella della famiglia di lei », o comunque di « collocarla » in « altro luogo sicuro » (art. 525 c.p.), il sequestratore dovrà soltanto « restituire spontaneamente in libertà » il soggetto passivo — ormai capace, nella valutazione del riformatore, di provvedere da sé al ritorno nella casa paterna o perlomeno a conquistare un idoneo rifugio. Degno di nota, infine, il meccanismo delineato allo ultimo comma dell'art. 609 *septies*: per irrigidire la risposta san-

zionatoria nelle ipotesi di concorso del sequestro di persona con la violenza sessuale, il riformatore sterilizza di fatto il meccanismo discrezionale che presiede agli aumenti di pena in caso di continuazione, fissando la soglia minima ad anni quattro di reclusione (laddove la disciplina dell'art. 81 c.p. avrebbe consentito *quantum* di pena anche di un solo giorno superiori ai tre anni).

2.6. — *L'omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale*

Una scelta travagliata è apparsa invece quella di estendere la tutela della sfera sessuale al terreno degli obblighi di solidarietà sociale penalmente sanzionati. Emblematica espressione di questa valenza propulsiva del diritto penale contemporaneo è, come si insegna, la fattispecie dell'omissione di soccorso (171). Proprio ad una sottospecie di questa figura ha pensato il riformatore, a un certo punto dell'*iter* parlamentare quando — anche sulla scorta dell'emotività suscitata da episodi di cronaca particolarmente effe-rati — ha voluto didascalicamente stigmatizzare con la pena l'indifferenza collettiva di fronte alle aggressioni alla libertà sessuale (172).

Nel testo licenziato dalla Camera il 15.3.1989 era prevista un'autonoma figura di « omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale » (173). Forse a sua volta tradito dall'emotività, il legi-

(171) Sulla c.d. valenza propulsiva del diritto penale — che in esso vede cioè uno strumento per la « realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla Costituzione »: così G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del diritto penale*, in *Dem. e dir.*, 1977, p. 682 s. — v. le riflessioni critiche di F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, 1983, p. 121 ss., e M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *JUS* 1985, p. 413 ss. Per quanto concerne in particolare le radici solidaristiche dell'art. 593 c.p., v. R. PANNAIN, *Omissione di soccorso*, in *Nov. dig. it.*, XI, (899 ss.), p. 900.

(172) L'eco di taluni fatti di cronaca particolarmente allarmanti è continuamente emerso nei lavori parlamentari — v. le citazioni in n. 15 ss.

(173) Art. 21: Omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale (art. 593 bis c.p.): chiunque trovando una persona che subisce o che sia in pericolo di subire atti di violenza sessuale, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'autorità, è punito con la reclusione da tre mesi ad un anno.

La pena è della reclusione da sei mesi a due anni se da siffatta condotta colpevole deriva una lesione personale, ed è da due a cinque anni se ne deriva la morte.

Le pene sono aumentate se il fatto è commesso dal genitore, dal tutore, dallo adottante o dal coniuge, ovvero da un pubblico ufficiale.

slatore proponente aveva tuttavia costruito una fattispecie sbilanciata per eccesso rispetto agli obiettivi di tutela ragionevolmente perseguibili. Il modello era certamente rappresentato dall'omissione di soccorso in senso stretto (2 comma dell'art. 593 c.p.) (174), modello che all'evidenza poco si prestava ad essere puramente traslato alla ipotesi di pericolo derivante da violenza sessuale. Alla stregua della comune interpretazione della figura-base, la concretizzazione dell'obbligo alternativo gravante sull'autore (prestare assistenza/dare avviso all'autorità) non è liberamente rimessa alla discrezione dell'autore stesso: sono le impellenze del caso che decidono della condotta dovuta nel caso di specie. Rispetto all'ipotesi *de qua* sarebbe dunque conseguita una tutt'altro che sporadica imposizione al *quivis de populo* di doveri di intervento in una aggressione in atto: precipitando così l'individuo nell'assurda scelta fra il compimento di un reato e l'esposizione a rischio della propria incolumità personale. E l'esito sembrava spingersi fino al paradosso se si considera che la minaccia di pena attingeva i due anni nell'ipotesi in cui la vittima subisse una lesione personale e addirittura cinque anni ove dalla violenza fosse derivata la morte.

Dando prova di maggior realismo e senso della misura, il riformatore del Senato ha opportunamente optato per una soluzione più modesta, rinunciando ad autonomizzare l'ipotesi delittuosa e accontentandosi invece di estendere il modello dell'omesso avviso all'autorità (previsto dal comma 1 dell'art. 593 c.p.) ai casi in cui esso concerna episodi di violenza sessuale in atto.

3. — *Profili processuali*

Un ultimo tratto caratterizzante della nuova disciplina proposta, riguarda alcune rilevanti modifiche alle regole processuali concernenti la perseguibilità e l'accertamento dei reati di violenza sessuale.

3.1. — *La scelta per la procedibilità d'ufficio*

Viene anzitutto in considerazione, a questo proposito, uno dei punti di discussione più accesi dell'intera riforma, sintetizzabile

(174) Art. 593 c.p., II c.: Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altresì in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'autorità.

nel quesito: perseguibilità d'ufficio o a querela di parte, per i reati di violenza sessuale? La prima risposta, fornita dal Senato il 30.6.1988, sanciva la regola della procedibilità *d'ufficio*, temperata tuttavia dalla previsione della querela per i soli casi in cui fra autore e vittima intercorresse al momento del fatto un rapporto di coniugio o una convivenza di tipo coniugale (175). Nel successivo passaggio alla Camera il 15.3.1989 tale scelta veniva ribaltata a vantaggio della più drastica soluzione che negava qualsiasi spazio al regime della *querela* (176). Nuova inversione di rotta al Senato, che nel testo approvato il 12.4.1989 ripristinava il regime della procedibilità *d'ufficio* temperata, riservando la necessità della querela alla persecuzione delle violenze sessuali fra coniugi. Restava in ogni caso ferma l'irrevocabilità della querela proposta, nonché il meccanismo di conversione della procedibilità a querela in procedibilità d'ufficio se l'atto sessuale violento risultasse connesso ad un reato procedibile *ex officio*.

3.2. — *Divieti probatori e di confronto tra imputato e parte offesa*

La preoccupazione legislativa di evitare la criminalizzazione della persona offesa, come talvolta emersa nella prassi giudiziale a causa di tattiche difensive sprezzanti dei più elementari canoni deontologici, ha sovrinteso alla fissazione del rigoroso *divieto probatorio* contenuto nell'art. 15 del Progetto. Nella sua precedente versione il *divieto di domande* circa la vita privata o la sessualità (177) della vittima faceva tuttavia salva l'ipotesi in cui i quesiti posti a tal riguardo fossero « necessari alla ricostruzione del fatto » (178). Nel passaggio al Senato tale riserva significativamente scompare. Seppur non è dubbio che talvolta domande del genere possano essere utili o addirittura indispensabili per accertare l'esatta dinamica delle relazioni interpersonali in cui l'episodio violento si è ambientato — ovviamente per i soli casi in cui la violenza ses-

(175) Art. 12.

(176) Art. 17, con cui viene abrogato, tra l'altro, l'art. 543 c.p.

(177) Nel testo approvato alla Camera il 18.10.1984 si prevedeva il divieto di domande circa le « relazioni sessuali » della persona offesa: art. 11.

(178) Art. 15 c. III del Disegno di legge approvato alla Camera il 15.3.1989: « Nei procedimenti relativi ai reati indicati nel comma precedente non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa, se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto ».

suale assuma la forma di *Beziehungsdelikt* in senso proprio (179) — il riformatore ha evidentemente ritenuto di sacrificare tali esigenze di fronte al rischio che questa clausola di salvezza divenisse la breccia attraverso cui, interpretativamente, ridare spazio a tattiche difensive spregiudicatamente improntate al dileggio morale della parte offesa, e quindi alla sua delegittimazione come vittima.

Ispirata alla stessa logica di massima tutela della vittima anche nell'ambito del processo — con particolare riguardo ai rischi che un equilibrio psicologico spesso faticosamente riconquistato venga turbato dal contatto con gli aggressori e soprattutto dalle insidie delle strategie difensive — appare l'ulteriore *divieto di confronto* tra imputato e parte offesa a meno che — qui la clausola di salvezza è rimasta — esso sia « necessario per la prova del reato o delle sue circostanze ».

Va tuttavia precisato, a quest'ultimo proposito, che la sopravvenuta riforma del codice di rito, con particolare riferimento alle regole processuali di formazione della prova, renderebbe estremamente ardua la scrupolosa osservanza di tale divieto (180).

3.3. — *La costituzione di parte civile delle associazioni per la tutela della libertà sessuale*

L'art. 609 *decies* prevede infine che possano intervenire nel processo le associazioni che abbiano tra i loro scopi « la tutela degli interessi lesi dai delitti contro la libertà sessuale ». L'intervento è subordinato al consenso della persona offesa e, realizzandosi nelle forme previste per la costituzione della parte civile, conferisce all'associazione l'esercizio di numerosi diritti e facoltà processuali nel dibattimento e fuori di esso (si pensi emblematicamente alla facoltà di partecipare all'interrogatorio dell'imputato e di richiedere al pubblico ministero di proporre impugnazione contro la sentenza di proscioglimento).

Per sottolineare da un lato l'enorme significato, dall'altro lato l'opinabilità di questa innovazione che renderebbe il processo per stupro una sorta di “procedimento speciale”, è opportuno ricordare che nelle più recenti vicende legislative la disposizione in esame — assente nel testo unificato approvato dalla Camera il 18

(179) V. *antea sub* IV, 2.

(180) V. *postea sub* VI.3.2.

ottobre 1984 — è stata dapprima confermata in tutta la sua completezza (181), subito dopo radicalmente soppressa (182) e successivamente ancora interamente ripristinata nel definitivo testo approvato dal Senato.

VI — VALUTAZIONI E RILIEVI CRITICI SUI NUOVI ASSETTI DEL DIRITTO PENALE SESSUALE

L'impianto — testè tratteggiato — sistematico e di specifica disciplina della progettata novella sulla violenza sessuale, merita ora una considerazione più ravvicinata, che ne metta in evidenza sia le aporie tecniche e, conseguentemente interpretative, sia il significato politico-criminale delle sottese scelte da affidarsi ad un attento vaglio critico.

In proposito è opportuno anzitutto distinguere il piano delle valutazioni riferite agli aspetti della riforma di carattere propriamente *sostanziale* da quelli, pure assai caratterizzanti, di natura processuale. Fra i primi, d'altra parte, si può distinguere fra scelte complementari a talune fondamentali opzioni sul modello di tutela della libertà sessuale, e scelte caratterizzanti la nuova ossatura della reazione penale alle diverse fenomenologie di esercizio violento della sessualità.

1. — *Le figure incriminatrici centrali del nuovo modello normativo*

Iniziando l'analisi critica dal nucleo centrale della disciplina, è indispensabile soffermarsi sulla *nuova fattispecie unificata* di « violenza sessuale ».

1.1. — *La fattispecie unificata: carenze di struttura ed irragionevolezza delle conseguenze applicative*

La progettata fusione in un'unica fattispecie delle condotte attualmente ripartite tra congiunzione carnale ed atti di libidine violenti, porta anzitutto ad espressione sul piano della tecnica legislativa un'esigenza di carattere ideologico che al legisla-

(181) Art. 10 Dis. legge approvato al Senato il 30.6.1988.

(182) Nel testo del Disegno di legge approvato alla Camera il 15.3.1989.

tore stava ancor più a cuore che non gli stessi aspetti concreti di una più effettiva tutela del bene giuridico. Si allude cioè a quella logica di impiego dello strumento penale in chiave di affermazione di un determinato bene come valore, piuttosto che nella sua prammatica dimensione dell'efficace tutela degli interessi cui la tutela stessa è rivolta (183). Di passaggio: non è certo questa la sede per dibattere problematiche di tanto spessore, ma è almeno opportuno ricordare che la moderna scienza penalistica ha da tempo avanzato le più ampie riserve su questo modo di concepire la funzione della norma penale, se non del sistema nel suo complesso (184).

In questa prospettiva si possono collocare i due principali intenti che hanno orientato il riformatore verso questa scelta. La fattispecie unificata, da una parte, dovrebbe restaurare anche nello ambito penale la sessualità come diritto, in tutte le sue espressioni e senza discriminazioni o arcaiche gerarchie fra diverse forme di esercizio violento (gerarchie alla cui base risiedeva, in ultima analisi, il tabù della verginità); dall'altro lato, dovrebbe ribadire che oggetto dell'aggressione sessuale è soltanto la persona, la cui dignità è unitaria e inscindibile, qualunque sia la parte del corpo materialmente aggredita.

È appena il caso di rilevare che l'affermazione di tali principi non può che trovare il più ampio consenso, ma proprio in quanto *affermazione di principio*. Altro discorso è invece scorgere

(183) Le matrici culturali meno remote si ritrovano soprattutto nel pensiero penalistico di H. WELZEL: la funzione primaria del diritto penale è di natura « etico-sociale », e consiste nel riaffermare l'incorruttibilità dei « valori elementari di azione »; in tal modo il diritto penale assicura altresì la tutela dei beni giuridici (*Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., 1969, p. 3 ss.); cfr. altresì, più di recente, l'impostazione di D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 143 s. Per una fine analisi critica di tali complessi svolgimenti che la teoria del bene giuridico ha vissuto nell'esperienza penalistica moderna, v. F. ANGIOLI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983, *passim* e soprattutto p. 42 ss.

(184) È di C. PALIERO uno studio che segna una tappa importante per la scienza del diritto penale: con rigore di metodo e non comune ricchezza di referenti culturali, sono indagate le premesse teoriche, le componenti concettuali ed i problemi politico-criminali di un diritto penale interessato al paradigma di « effettività » (*Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. dir. p. pen.*, 1990, 430 ss. ed in particolare p. 505 ss.). A tale studio si fa qui integralmente rinvio, anche per la vasta indicazione bibliografica cui si fa riferimento.

nella norma penale la sede più idonea per sancirne la validità, e soprattutto se a questo fine davvero decisiva sia l'operazione tecnica di ricondurre sotto un unico tipo ed un'unica comminatoria condotte aggressive che restano comunque ontologicamente diverse.

Sostenere che la libertà sessuale è unica, ed è quindi irrilevante a graduare la gravità della lesione la parte del corpo concretamente aggredita (185), è una battuta piuttosto che un artificio dialettico meritevole di appropriata confutazione. Quasi poi che anche il patrimonio e la stessa integrità personale — ad esempio — non siano beni "unitari", suscettibili però di essere intaccati secondo una vasta scala di gravità di volta in volta connessa alle modalità ed agli oggetti concreti dell'aggressione (186).

A queste *rationes* assiologicamente orientate si affiancano — negli intenti del riformatore — esigenze di carattere eminentemente pratico.

Si tratta, in particolare, per un verso di sottrarre la vittima ad interrogatori minuziosi ed umilianti circa il tipo di rapporto sessuale subito, per l'altro verso di eliminare in radice ogni possibile controversia circa l'inquadramento giuridico-penale del fatto nell'una piuttosto che nell'altra fattispecie di violenza. La *reductio ad unum* delle figure consentirebbe di superare questi inconvenienti di cui si lamenta l'incidenza sul piano dell'accertamento giudiziale.

Ma proprio queste preoccupazioni che sembrano presupporre un substrato di natura pratico-empirica, si dimostrano in realtà prive di ogni fondamento. Invero, se c'è un'esigenza che non può oggi essere invocata a sostegno di una riforma del diritto penale sessuale, è quella che riguarda i bisogni di certezza nella prassi. Quarant'anni di giurisprudenza sui reati sessuali hanno ormai condotto ad un'elaborazione assolutamente costante circa i contenuti ed i confini delle due figure principali di delitto: si può dunque affermare che casi di dubbia interpretazione hanno cessato d'esistere. Si può continuare a discutere sulla validità delle singole scelte interpretative — si pensi ad esempio alla configurabilità della

(185) V. n. 17.

(186) A mero titolo esemplificativo, v. nella fine analisi di S. MOCCIA come la ricostruzione del patrimonio quale oggetto di tutela penale venga effettuata proprio in una prospettiva metodologica che valorizza le differenti modalità di aggressione: *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, 1988, soprattutto p. 111 ss.

coniunzione carnale violenta nell'ambito del rapporto di coniugio (187), all'integrazione o meno di questa stessa fattispecie nei casi di rapporti c.d. abnormi (188) — ma non risulta che in nessun momento la riforma sia stata sospinta da esigenze indotte dal desiderio di correggere una prassi ritenuta insoddisfacente nei risultati. Di fatto, si è piuttosto verificata — come fra un attimo meglio si dirà — una sorta di “unificazione prasseologica” delle più comuni condotte di violenza sessuale nella fattispecie *maior* di cui all'art. 519 c.p., con un sostanziale svuotamento del delitto di atti di libidine.

Quanto poi all'istanza di una maggior tutela della *privacy* della vittima, la struttura della/delle fattispecie incriminatrici è irrilevante rispetto al doveroso compito giudiziale di accertare la esatta dinamica del fatto aggressivo. L'ontologica differenza e la naturalistica gerarchia fra le condotte sussumibili sotto qualsiasi modello — unitario o articolato che sia — di violenza sessuale, impone comunque ad un giudice vincolato al principio di colpevolezza (art. 27 comma 1 Cost.) e orientato, nell'esercizio della sua discrezionalità, dalla criteriologia di cui all'art. 133 c.p., di svolgere ogni indagine possibile e consentita per la corretta ricostruzione dell'episodio.

Che sia o no consapevole la finalizzazione verso questo risultato, è certo che con l'unificazione si attrae nella sfera applicativa della nuova fattispecie non soltanto — come ovvio — tutta la gamma di atti di congiunzione carnale violenta in senso stretto e in senso ampio, così come elaborati dalla giurisprudenza (189), ma anche tutte le altre attività di carattere sessuale che per costante prassi applicativa rientrano nella sfera concettuale e di tipicità degli atti di libidine violenta.

Si pensi ai toccamenti lascivi anche se *non* sulle carni nude,

(187) La dottrina più risalente propendeva, come si sa, per la soluzione negativa (G. MAGGIORE, *Diritto penale*, II, 1, p. 549). L'opinione dominante, condivisa anche dalla giurisprudenza, è nettamente favorevole alla configurabilità del reato: E. CONTIERI, *La congiunzione carnale*, cit. n. 165, p. 52 s.; per la giurisprudenza, v. da ultimo C 88/179754.

(188) L'orientamento prevalente è per la soluzione affermativa: C 86/174647; C 85/167988.

(189) V. ancora il commento di M. BERTOLINO all'art. 519 c.p., in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario*, cit. n. 169.

ovvero *non* sulle parti intime — è questo il caso di un medico che aveva abbracciato la paziente; si pensi ancora al fatto di introdurre una mano sotto le vesti per toccare una gamba, o per accarezzare il seno (189 bis).

Come appare evidente, le condotte ricollegate dalla prassi allo art. 521 c.p. sono quelle con cui anche solo *si limita* la libertà di disposizione del proprio corpo nella sfera sessuale. In definitiva, quindi, ciò che rientra *oggi* nella figura di cui all'art. 521 c.p. sono *soltanto* i cosiddetti « toccamenti lascivi »: tutto ciò che vi esorbita nel segno di una maggiore caratterizzazione in senso propriamente sessuale realizza il più grave delitto di violenza carnale.

Detto per inciso: la prassi interpretativa della violenza e della minaccia, soprattutto nei reati sessuali, ha da tempo proceduto a “spiritualizzare” i concetti con cui lavora, riducendone i contenuti ad un nucleo di elementi oggettivi ogni volta più smilzo, fino ad attestarsi su un simulacro di “costrizione” ormai spoglio dei contenuti pur minimali che una qualsivoglia idea di “violenza” dovrebbe pur presentare. Si va cioè da un concetto di violenza *implicita* nelle « particolari circostanze di tempo e di luogo che inducano la vittima a non opporre alcuna resistenza » (190), ad uno di violenza meramente *potenziale*, che si configura nei casi in cui al di fuori di ogni coazione fisica il soggetto abbia agito « insidiosamente o rapidamente », superando così la contraria volontà della vittima (191). Appare quindi suggestiva ma scarsamente coerente con il quadro vigente della legislazione, e soprattutto della prassi in materia, la tesi di chi prospetta l'opportunità di espellere dal diritto penale sessuale i tradizionali requisiti di fattispecie della violenza o minaccia (192), incentrando queste figure — non diversamente dalla violazione di domicilio — sul dissenso del soggetto passivo. Questa espulsione in realtà c'è già stata da tempo a livello prasseologico e, per le ragioni che si è già avuto l'opportunità di esporre (193), non sembra davvero meritevole di essere razionalizzata *ex lege*.

(189 bis) C. 86/174652; C 86/174423; C 71/118647; C 67/105780.

(190) C 86/172715; C 82/155286; C 80/146278.

(191) C 86/172715; C 24.3.1976, in *C. pen.* 1978, p. 1287, m. 1293.

(192) È questa la proposta, finemente argomentata, di T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 1301 ss.

(193) V. la giurisprudenza cit. in n. 190 e 191.

E comunque: se la *soglia minima* degli atti di libidine già ora comprende condotte che con l'esercizio della sessualità in senso stretto hanno un legame ancora molto labile, c'è da chiedersi se una fattispecie centrata sul concetto di « atti sessuali » — certamente più ampio del concetto di « atti di libidine » — non abbia come immediata conseguenza un'ulteriore abbassamento di tale soglia.

Se tutto questo è vero, non può che guardarsi con apprensione al trattamento sanzionatorio previsto per la nuova fattispecie unificata. Le perplessità concernono ovviamente la *pena minima*, da cui dipende nella gran parte dei casi la possibilità di accedere alla multiforme tipologia dei benefici specialpreventivi (*in primis*, la sospensione condizionale). E' agevole immaginare infatti che le condotte meno gravi e meno caratterizzate sotto il profilo della idoneità lesiva potrebbero usufruire di tali benefici tutte le volte in cui una commisurazione attestata sui livelli più bassi (il minimo edittale, non si dimentichi, è di tre anni) conducesse altresì al riconoscimento delle attenuanti generiche. Paradossalmente, tuttavia, il meccanismo regolativo dell'accesso alla sospensione condizionale sarebbe frustrato nelle ipotesi in cui il concorso di altre fattispecie portasse la pena minima per la continuazione, seppur di un solo giorno, oltre la soglia della sospendibilità. Molto spesso accadrà, in concreto, che il concorso con il reato di atti osceni condurrà all'esecuzione della pena detentiva, sempreché la progettata nuova figura di sequestro di persona a scopo di violenza sessuale non finisca per realizzare un'ipotesi di concorso formale *in re ipsa* con il reato di violenza sessuale (194). A questo punto, è legittimo il sospetto che obiettivo non dichiarato della riforma in questo suo punto sia quello di escludere normativamente il "tipo d'autore" del delinquente sessuale dall'istituto della sospensione condizionale (una sorta di preclusione soggettiva ulteriore).

Quanto ciò sia compatibile con la logica di benefici centrati sulla persona assai più che sul fatto, è difficile dirlo. Certo è che in relazione alla fenomenologia in esame la preclusione finirebbe per colpire *soltanto* gli autori dei casi *più lievi*, se non addirittura bagatellari (beninteso all'interno di una categoria *per sé* non bagatel-

(194) V. *postea* sub VI, 2.2.

lare): essendo scontato che gli episodi di media ed alta gravità sono in partenza estranei al campo applicativo della sospensione.

1.2. — *Le molestie sessuali: figura autonoma o fattispecie residuale?*

Anche alla luce di queste considerazioni, tanto più opportuna apparirebbe perciò la previsione di una figura "minore" di violenza sessuale che raccolga, ritagliandole verso il basso, per lo meno tutte quelle condotte comunque orientate dall'impulso sessuale, ma sicuramente lontane dalla soglia dell'atto di libidine in senso stretto (195). È assai dubbio però che a questa esigenza possa far fronte l'ipotesi speciale di « molestie sessuali ». Va anzitutto premesso che la giurisprudenza già aveva enucleato nella "comune" figura di « molestie » (art. 660 c.p.) le condotte sorrette da un impulso *lato sensu* sessuale, concretizzando il « biasimevole motivo » richiesto dalla fattispecie contravvenzionale anche in quell'insieme di comportamenti provocatori e petulanti comunemente noti sotto il nome di "gallismo". Dal momento che qualunque tocco *fisico* a carattere lascivo ancorché non libidinoso confluirà fatalmente, come si è visto, nella fattispecie di « violenza sessuale », nella nuova figura di « molestia sessuale » rifluiranno inevitabilmente solo le molestie *verbali*, cioè quelle stesse condotte che la costante giurisprudenza da sempre riporta alla sfera applicativa del vigente art. 660 c.p.: e dunque, il « corteggiamento insistente per strada », il « pedinamento non gradito », gli « apprezzamenti estetici grossolani », e così via » (196). Il fatto è che, mentre appare coerente con l'oggettività giuridica tutelata dall'art. 660 c.p. — l'ordine e la tranquillità pubblica — che la punibilità sia circoscritta ai fatti commessi in luogo pubblico o aperto al pubblico, sembra strano che queste stesse limitazioni si pensi di far valere per la molestia a sfondo sessuale, che aggredisce un bene sicuramente diverso, attinente alla sfera della

(195) Per giurisprudenza costante, anche condotte quali il bacio, o l'abbraccio, o qualunque altro atto che implichi un contatto corporeo sono sufficienti a realizzare la fattispecie di cui all'art. 521 c.p.; v. ancora il commento di M. BERTOLINO, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario*, cit. n. 169, art. 521.

(196) C 9.5.1958, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1959, 986; C 5.2.1962, in *Giust. Pen.* 1962, II, 961; C 31.1.1966, *C. pen. mass. ann.* 1962, 139.

persona piuttosto che alla collettività, e la cui fenomenologia più insidiosa, anche nelle manifestazioni soltanto *verbali*, si verifica notoriamente in ambienti *privati* (*in primis*, il posto di lavoro).

L'unica innovazione, pertanto, rispetto all'esistente, riguarda soltanto la cornice di pena: per la molestia a sfondo sessuale si passa da un arresto fino a sei mesi *alternativo* ad un'ammenda fino ad un milione, ad un arresto da tre mesi ad un anno. Sfugge però francamente la ragione di un trattamento così radicalmente diverso per fenomenologie sostanzialmente affini: con buona pace del tanto evocato principio di proporzionalità, se non anche del principio di sussidiarietà (197).

In conclusione: la progettata fattispecie di molestie non servirà a convogliare le aggressioni di scarsa rilevanza alla libertà sessuale altrui, e servirà invece ad inasprire il trattamento sanzionatorio del corteggiamento più incivile. Una riforma forse opportuna (198), certo non la più urgente. C'è da chiedersi invece se sia accettabile una fattispecie unificata di « violenza sessuale » destinata a raccogliere l'eredità per certi aspetti « pesante » dell'odierna prassi degli atti di libidine: una prassi che poteva almeno giovare, finora, di una cornice edittale minima di anni due per condotte — come si è detto — sicuramente lontanissime dalla violenza sessuale in senso proprio. Elevare tale soglia, come avviene appunto con il nuovo modello, appare assurdo più che ingiustificato. Se non si ritengono maturi i tempi per *abbassare* tale livello minimo entro confini adeguati alla fenomenologia meno lesiva — e che comunque formerà parte non insignificante della prassi applicativa — sembra doveroso almeno *confermare* le scelte notoriamente assai poco lassiste del codice Rocco, lasciando la cornice inferiore ai livelli attuali.

(197) Sui principi di proporzionalità e sussidiarietà, quali criteri ineludibili della politica criminale moderna, ancorata ai valori dello stato di diritto, v. rispettivamente H. ZIPF, *Kriminalpolitik*, 1980, p. 101 ss. e A. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Fest. Henkel*, 1974, p. 89 ss.

(198) È appena il caso di sottolineare che riforme di tal genere non contribuiscono davvero ad avviare il recupero in chiave special-preventiva di strumenti, quali la sospensione condizionale della pena, che la prassi ha da tempo trasformato in un *bonus* di automatica applicazione. Al riguardo, v. di recente T. PADOVANI, *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle « modifiche al sistema penale »*, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1983, p. 1249 ss.

2. — *Le nuove fattispecie accessorie*

Se è certo che la fattispecie unificata di violenza sessuale è l'innovazione che meglio di ogni altra reca ad espressione la svolta ideologica ed il programma politico criminale cui la riforma ha così vistosamente tratto alimento, è evidente tuttavia che le istanze di razionalizzazione del diritto penale sessuale, e soprattutto l'aspirazione ad incrementarne l'idoneità di tutela, sono in larga parte affidate alla ristrutturazione delle fattispecie "satellite", di quelle fattispecie cioè destinate a fronteggiare talune specifiche forme di manifestazione — fra le più odiose ed allarmanti — dell'odierna criminalità di tipo sessuale.

Il massiccio inasprimento della risposta penale è il denominatore comune che riconduce le singole proposte ad un modello sanzionatorio decisamente caratterizzato in senso general-preventivo. Ad un più attento esame è tuttavia lecito il dubbio che, inavvertitamente o meno, un'idea distinta — seppur per certi versi affine — abbia progressivamente modificato la strategia della riforma: non tanto minacce di pena esemplari, protese ad opporre più robuste barriere alla diffusione di fenomenologie criminali particolarmente insidiose per la libertà individuale, quanto piuttosto la trasmissione di un "messaggio", quasi la formalizzazione per atto solenne della stigmatizzazione sociale di taluni comportamenti, soprattutto della "cultura" che li nutre (199).

Violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di violenza sessuale, omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale: questi appaiono i capitoli, non originali ma per certi versi bizzarri, che forse arricchiranno gli ormai cospicui annuali della legislazione penale *simbolica* nel nostro paese (200).

2.1. — *La ratio della violenza di gruppo ed i limiti della fattispecie*

Che la nuova fattispecie di violenza sessuale di gruppo (art. 7) serva a colmare vuoti di tutela legale del codice vigente, sarebbe affermazione palesemente errata; che tale tutela denotasse

(199) V. quanto esposto *sub* III.2.

(200) Sui caratteri della legislazione simbolica, e sui suoi perniciosi effetti, v. soprattutto C. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit. n. 184, p. 537 ss.; P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitsch. schweiz. Recht.* 1981, p. 348 ss., ed infine W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *Neue Zeitsch. f. Strafrecht*, 1989, p. 553 ss.

reali bisogni di essere incrementata, sarebbe perlomeno difficile da argomentare. I partecipi dell'episodio di violenza risponderebbero, secondo le regole del concorso di reati, per il delitto di violenza carnale continuata, delitto per cui è prevista — di regola — una pena massima di anni 30 di reclusione. Tale pena viene poi pluriaggravata, se ne ricorrono i presupposti, ai sensi dell'art. 112 n. 1, 2, 3 e 4 c.p., raggiungendo dimensioni non più controllabili.

Non sulla pena *legale* intendeva intervenire il riformatore, bensì su quella *giudiziale* per evitare che modesti aumenti a titolo di continuazione ed un giudizio di bilanciamento favorevole alle eventuali circostanze attenuanti contenessero la commisurazione intorno o al di sotto del minimo edittale di 3 anni.

Che questa fosse l'unica preoccupazione del riformatore, era già emerso con evidenza — per non andare più indietro nel tempo — nel testo approvato alla Camera nel 1984 (201): la pena massima di anni 12 di reclusione segnava infatti un incremento soltanto apparente rispetto ai livelli consentiti dal diritto positivo, giacché la struttura della fattispecie escludeva la configurabilità della continuazione e gli aumenti connessi alle aggravanti di cui all'art. 112 c.p. (202). La pena minima veniva invece fissata a 5 anni, costringendo così la commisurazione ad attestarsi su valori medi notevolmente elevati, evidentemente ritenuti *ex lege* più congrui al disvalore del fatto e — soprattutto — alle esigenze preventive del sistema.

Il riformatore del 1989 ha apportato poche ma significative variazioni all'assetto della nuova figura. I livelli sanzionatori restano sostanzialmente immutati, ad eccezione di una modesta flessione della pena minima che scende da 5 a 4 anni di reclusione; d'altra parte, la pena edittale — come si rilevò — è aggravata in presenza di talune delle circostanze previste dall'art. 3 del disegno, cosicché la cornice inferiore raggiunge i 5 anni e 4 mesi di reclusione se anche solo una persona del gruppo sia per esempio armata o, più semplicemente, mascherata. Ma al di là di questo: la novità più rilevante consiste nell'aver espressamente previsto che la fattispecie è realizzata quando anche *una soltanto* delle più per-

(201) Art. 5 Dis. legge 18.10.1984.

(202) Veniva infatti delineato un reato plurisoggettivo necessario, in cui peraltro la pluralità dei reati — presupposto della continuazione — si configurava come elemento essenziale di fattispecie.

sone riunite abbia commesso atti di violenza sessuale. La pluralità delle violazioni non è più elemento del reato, con la conseguenza che risulterà configurabile la continuazione tutte le volte in cui gli atti di violenza siano più di uno, reiterati da parte della stessa persona ovvero da altro componente del gruppo: mettendo così in moto quel meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 81 c.p., che risulterà ovviamente ancor più gravoso per coloro che — non avendo partecipato attivamente all'episodio — rispondessero a titolo di mero concorso morale.

Beninteso: che fatti di selvaggia aggressione sessuale quali la cronaca talvolta registra meritino, sotto ogni aspetto, risposte adeguate, nessuno seriamente discute. È lecito invece dubitare che il riformatore abbia compiutamente valutato la congruità di siffatte scelte sanzionatorie anche in relazione alle fasce "inferiori" di violenza sessuale cui dovranno essere applicate. I contenuti tipici della violenza di gruppo restano infatti comunque definiti alla stregua della fattispecie unificata: il meccanismo sanzionatorio "sbloccato" verso il basso rischierà di produrre effetti iniqui per quella vasta gamma di condotte sicuramente comprese nell'ampissima sfera concettuale degli « atti sessuali » tipici ai sensi dell'art. 2, ma tuttavia incapaci — sotto il profilo materiale e soprattutto per il disvalore sociale che li connota — di attingere il nucleo più intimo della libertà sessuale, sulla cui violazione è stata in realtà "irrigidita" la risposta penale. Se si considera infine che con grande frequenza tale reato concorrerà con il sequestro di persona, è facile immaginare quale ulteriore impennata dovrà subire il livello delle sanzioni: su questi aspetti, tuttavia, si avrà modo di tornare tra breve.

2.2. — *Dai reati di ratto al nuovo sequestro di persona: luci ed ombre di una riforma necessaria.*

È stato già rilevato che l'introduzione della nuova fattispecie di « sequestro di persona a scopo di violenza sessuale » può giovare di un giudizio positivo per taluni aspetti scontato: basterebbe, a giustificcarlo, l'abolizione delle figure di ratto, e delle loro grottesche formulazioni. L'iter della riforma, ed il risultato che ne è scaturito nel Disegno di legge in esame, reca tuttavia chiari i segni — talvolta addirittura esaltati — delle molteplicità degli impulsi politico-criminali, spesso eterogenei se non confliggenti, e delle istan-

ze ideologiche che hanno fortemente condizionato il riassetto di una zona del diritto vigente come poche bisognosa di essere radicalmente ripensata.

Il riformatore del 1984 aveva dato prova di intelligente moderazione ritagliando una fattispecie essenziale nella struttura e ben calibrata negli aspetti sanzionatori. Cominciando da questi ultimi, aveva innanzitutto ritenuto sostanzialmente congrue le entità di pena previste dal codice Rocco: si era limitato infatti ad elevare la cornice massima fino ad 8 anni di reclusione — dando giustamente spazio, in tal modo, all'incrementata dignità di tutela che la libertà sessuale assume nel nostro tempo — ma si era altrettanto opportunamente preoccupato di contenere la cornice minima entro i 2 anni di reclusione, scontando così la diversa gravità che le condotte di sequestro possono in concreto assumere in relazione agli aspetti oggettivi del fatto — modalità, durata, etc. — e soprattutto soggettivi — qualità del movente, fini ulteriori dell'azione, etc. (203). Tale impianto sanzionatorio, dapprima confermato al Senato (204), non ha tuttavia resistito a lungo nel più recente clima della riforma, tutt'altro che interessato — quel clima — ad una politica criminale orientata a moderazione e realismo. Le pene edittali sono prontamente lievitate attestandosi su una cornice compresa tra i 3 ed i 10 anni di reclusione, suscettibile di incrementi ulteriori in presenza — tra l'altro — delle aggravanti di cui all'art. 339 c.p. (ad esempio, il travisamento o la pluralità degli agenti).

Che simili minacce di pena siano utili — se non necessarie — sotto il profilo preventivo, è possibile; che siano altresì *proporzionate* a fatti la cui tipicità espressamente prescinde dall'effettiva realizzazione di violenze sessuali, è assai più improbabile.

Del resto, non c'è davvero alcun dubbio che il riformatore dei reati di ratto abbia orientato le sue scelte sanzionatorie a criteri di ben diverso tenore: più che alla deterrenza, la clausola limitativa della commisurazione prevista all'ultimo comma dell'art. 7 Dis. Sen. sembra espressione di una filosofia special-preventiva,

(203) Art. 6 del testo approvato il 18.10.1984: « Chiunque sequestra taluno al fine di commettere atti di violenza sessuale, è punito con la reclusione da due a otto anni ». Per una positiva valutazione al riguardo v. L. SARACENI, *Difficoltà e ambiguità della riforma dei reati sessuali*, in *Quest. Giust.* 1985, (23 ss.) p. 28 s.

(204) Art. 7 del Dis. legge del 30.6.1988.

per così dire, negativa. Precludendo al giudizio di commisurazione le quantità di pena inferiori ad anni 4 di reclusione, il riformatore ha dato prova più di temerarietà che di ardimento: la sterilizzazione delle regole del concorso di reati al di sotto di quel limite di pena, costituisce infatti una "spregiudicatezza" sistematica che si traduce — sul piano della politica delle sanzioni — nella emarginazione di una categoria di autori del variegato arsenale di "sostitutivi" penali che la moderna penalogia ha saputo fin qui organizzare. Scelte di tal genere non sono mai semplici da giustificare: questa, non può di sicuro giovare del supporto di informazioni e di analisi che le scienze empiriche applicate allo studio della criminalità sessuale sono oggi in grado di offrire (205).

Accentuazione delle risposte di pena — per inciso: si può davvero immaginare di dilatare ulteriormente le cornici prendendo a modello la sciagurata figura del sequestro a scopo di estorsione? (206) — massima estensione della sfera applicativa della fattispecie: queste le ombre che hanno gravato la riforma dei delitti di ratto, condizionandone sfavorevolmente gli sbocchi.

Dell'incremento sanzionatorio si è detto. Quanto alla dilatazione della fattispecie: non è irrilevante notare che nel testo del 1984 era stata opportunamente definita la condotta punibile con il termine « sequestrare ». L'abbandono della terminologia ottocentesca del codice Rocco — « sottrae » o « ritiene » — costitutiva certo atto dovuto, posto che quanto da quella terminologia viene evocato non è di certo la lesione della libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale, quanto piuttosto la violazione di posizioni di supremazia o di controllo che altri abbiano sulla sessualità della donna. Appare ovvio perciò che la scelta della nuova formula si orientasse verso l'espressione — appunto: sequestrare — più idonea a definire le modalità della condotta in relazione alla offesa che tipicamente ne discende. Le degenerazioni interpretative che l'equivocità di termini quali « sottrarre » o « ritenere » hanno sicuramente favorito, sono troppo note per meritare qui anche solo un richiamo: ormai *ad pompam*, non si manca — in giurisprudenza

(205) V. da ultimo E. SCHORSCH, *Therapie mit Sexualstraftätern*, cit. n. 127, p. 127, il quale sottolinea come l'autore di reati sessuali costituisce il « prototipo di una delinquenza nevrotica », di solito affetta da patologie che la pena detentiva può solo aggravare.

(206) Cfr. M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale*, cit. n. 13, p. 1484 s.

za — di sottolineare puntualmente che ratto e violazione sessuale presentano diverse strutture, ed offendono beni diversi; per concludere poi inevitabilmente che « la ritenzione deve ritenersi concretata anche se momentanea e limitata al tempo necessario a dare sfogo alla propria libidine », cosicché il concorso tra i due reati è configurabile « anche se le due condotte si esauriscono nel contesto di una sola azione » (207), ed a nulla rileva la distanza del luogo in cui la persona offesa viene condotta o la durata della sua ritenzione (208). In sostanza, un'ipotesi di concorso "necessario" di reati.

Il termine « sequestrare » non è certo sconosciuto al moderno legislatore (art. 289 bis), è dotato di una espressività semantica capace di fissare con tutt'altra potenza il nucleo dell'offesa e il disvalore che la connota. Aver abbandonato questa terminologia a favore di quella ben più sbiadita di cui fa uso l'art. 605 c.p. — « chiunque priva taluno della libertà personale... » — è un guadagno solo per chi avesse interesse a trasferire nella nuova figura delittuosa le originali elaborazioni giurisprudenziali che hanno dilatato a dismisura le possibilità operative dell'archetipo del sequestro di persona (209).

Così, è opinione assolutamente consolidata che la *durata* del sequestro sia irrilevante: un lasso di tempo breve, brevissimo, anche *minimo* basta ad integrare la fattispecie (210). Quanto al *grado* della privazione di libertà, basta che sia pur solo *limitata*, e circa i *modi* per realizzarla, la minaccia implicita negli « atteggiamenti » dell'agente è idonea ad annullare nel soggetto passivo la libertà di autodeterminazione (211). La forza espansiva di elaborazioni di tal genere non poteva che essere, fin qui, limitata: per buona sorte, il sistema penale del sequestro conosce fattispecie strutturate su tipologie di dolo specifico — finalità di terrorismo o di eversione (art. 289 bis c.p.), scopo di estorsione (art. 630) — che le pone per ciò stesso al riparo, o almeno rende estremamente improbabili

(207) C 88/178433.

(208) C 67/105855.

(209) Sia consentito il rinvio a quanto esposto da L. MONACO in sede di commento all'art. 605 c.p.: CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario*, cit. n. 169, II ed. (in corso di stampa).

(210) C. 24.10.1980, in *C. pen.* 1982, 499; C. 22.3.1976, in *C. pen. mass.* 1977, 1155; C 85/169982.

(211) C 84/167163; C 85/170482; C 89/182005.

interpretazioni stiracchiate come quelle che la prassi dell'art. 605 c.p. quotidianamente incrementa. C'è da chiedersi se il dolo specifico di compiere « atti sessuali » sarà in grado di opporre la stessa resistenza: il rischio che la fattispecie possa ritenersi integrata per limitazioni della libertà personale di « minima » durata, realizzate con « atteggiamento minaccioso implicito nelle stesse circostanze del fatto », atteggiamento sorretto dal dolo specifico di realizzare « toccamenti » o simili, è un rischio estremamente concreto. Per queste tipologie, la clausola di sbarramento che fissa la pena a 4 anni di reclusione rende manifesto come deviazioni non sufficientemente meditate da principi generali espongano il sistema al pericolo di distorsioni così macroscopiche, da compromettere il raggiungimento di un qualsiasi ragionevole effetto, compreso quello di « cieca » deterrenza (212).

Ad una prassi interessata ad evitare deviazioni del genere, non mancherebbero ovviamente gli strumenti per farlo: il più a portata di mano è probabilmente « interno » alla stessa fattispecie di sequestro a scopo sessuale. Ritornando sui suoi improvvidi passi, il riformatore ha infatti reintrodotto la circostanza attenuante speciale — abolita nel testo del 1984 (213) — riconosciuta all'agente che liberi la persona *sequestrata* senza aver compiuto alcun atto sessuale. Che in tempi di così spinta « premialità » si eliminassero clausole del genere — per giunta configurante come « semplici » cause di attenuazione della pena — era certo bizzarro più che originale. Ma al di là di questo: la restituzione in libertà di una persona « sequestrata » per un tempo brevissimo o addirittura minimo, senza che alcun atto sessuale sia stato imposto con violenza o minaccia, non sembra davvero riconducibile alla sfera di tipicità della norma, che sembra invece configurarsi solo quando la « restituzione in libertà » segua ad un lasso di tempo almeno tanto consistente da rendere effettiva la restituzione della libertà quale conseguenza del *sequestro* della persona, e rendere pertanto significativa la rinuncia al compimento di atti sessuali violenti nel tempo in cui l'agente ha avuto la vittima nel suo esclusivo potere.

Infine, un accenno alla « spontaneità » della liberazione del sequestrato: ovvero, l'occasione mancata per eliminare un'espres-

(212) Con particolare lucidità, M. ROMANO, *Prevenzione generale*, cit. n. 98, p. 157 ss.

(213) Art. 6 Dis. legge del 18.10.1984.

sione dal tono inutilmente eticizzante. I tempi in cui il sistema penale esigeva « pentimenti » o « motivi interiori particolarmente apprezzabili » nei suoi clienti per riconoscere effetti favorevoli a condotte obiettivamente riparatorie, sono irrimediabilmente lontani. Tramontate da un pezzo le sottili disquisizioni dommatiche circa la diversità di contenuti tra « spontaneità » e « volontarietà » dell'azione, il riferimento a quest'ultima è da tempo sufficiente ad escludere dall'ormai variegata tipologia dei "benefici penali" le condotte immeritevoli di premio.

2.3. — *L'omissione di soccorso « sessuale »: ovvero, molto rumore per nulla*

Per completare questa breve rassegna critica sui profili sostanziali di maggior rilievo, qualche considerazione sulla progettata estensione del dovere di soccorso *ex art. 593 c.p.* a favore di coloro che « subiscono » atti di violenza sessuale (art. 21).

La proposta — come si è detto — è recente, e soprattutto nella sua prima formulazione tradisce chiaramente lo spirito "propulsivo" che la animava: da una parte, l'obbligo di azione veniva problematicamente anticipato alle situazioni *prodromiche* alla coazione, situazioni peraltro sbrigativamente descritte mediante il solo riferimento al « pericolo » che taluno subisse atti di violenza sessuale; dall'altra, la cornice edittale massima saliva a due o addirittura a cinque anni di reclusione ove si fosse verificata — rispettivamente — una lesione personale o la morte della vittima. Infine, le pene venivano ancora aumentate per l'autore che fosse legato alla persona offesa da relazioni di parentela, ovvero rivestisse la qualifica di pubblico ufficiale.

Sull'aggravamento di pena fondato nella particolare natura dei rapporti tra omittente il soccorso e vittima della violenza, non è ormai il caso di indugiare. Va rilevato però che l'improvvisazione — si sa — è sconsigliata al legislatore penale, se si accompagna ad intenti pedagogici ne discende poi una miscela che di rado produce effetti commendevoli: può finanche sfuggire, ad esempio, che rapporti di coniugio o di tutorato, in particolar modo poi relazioni parentelari, generano obblighi di *garanzia* più che di mera solidarietà (214). Ma ancor più estemporanea appariva l'indiscriminata

(214) V. al riguardo G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, 1983, p. 295 ss.

previsione dell'aggravante a carico del pubblico ufficiale che avesse ommesso il soccorso: *qualsiasi* pubblico ufficiale, quali che ne fossero le funzioni, a prescindere da ogni collegamento tra l'esercizio di queste ed il mancato intervento. E dunque: il fattorino postale che omettesse il soccorso durante l'espletamento delle mansioni di consegna della corrispondenza e dei plichi (215), il professionista incaricato dall'Isveimer di svolgere accertamenti relativamente alle pratiche di finanziamento (216), il privato investito delle notifiche degli atti del comune (217), e così via dicendo.

Dando prova di sobria oculatezza il Senato provvidenzialmente operò una intensa potatura, che lasciò in piedi, alla fine, la sottofattispecie dell'omissione di soccorso nei termini di cui si è detto (218). L'incriminazione appare ora circoscritta, a giudicare dalla collocazione, all'ipotesi di cui al 1 c. dell'art. 593 c.p. — il mancato avviso all'autorità — nei soli casi di violenza sessuale in atto. Certo, le circostanze aggravanti di cui all'ultimo comma dell'art. 593 c.p. si applicheranno anche a questo tipo di omissione; il dubbio è tuttavia un altro: e cioè che, sancito espressamente il dovere di soccorso mediante allertamento dell'autorità, anche il soccorso mediante « prestazione dell'assistenza occorrente » diventi obbligato ex art. 593 c.p., II c., in tutti i casi in cui l'intervento diretto di chi si imbatte in una aggressione a carattere sessuale sia il modo più idoneo di aiutare « una persona... altrimenti in pericolo ».

Ma al di là di questo, la scelta di sanzionare penalmente la violazione di un elementare dovere di solidarietà sociale che impone di attivarsi — come pur sia — per soccorrere chi sta subendo una aggressione sessuale, è sicuramente compatibile con i canoni della politica criminale di un paese civile e moderno: sussidiarietà, frammentarietà, proporzionalità tra fatto e pena, nessuno di questi principi soffrirebbe onta da un'incriminazione come quella in parola (219). Tanto meno farebbe poi storcere il naso l'idea che l'“ in-

(215) C 85/169145.

(216) C 86/173764.

(217) C 80/145601.

(218) V. *antea sub V*, 2.6.

(219) Per una efficace sintesi della insostituibile valenza politico-criminale di tali principi, e per una efficace precisazione dei rispettivi contenuti, v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, p. g., II Ed. 1989, p. 40 ss.

dolente", non avendo trovato il tempo o la voglia per dare avviso all'autorità che una persona patisce un'aggressione sessuale, sia poi costretto — *ex art. 185 c.p.* — a trovare almeno il modo di risarcire, alla vittima che glielo chieda, il danno provocato dalla sua dolosa omissione (220).

C'è tuttavia un principio, e non di poco conto, che uscirebbe piuttosto malconcio da una siffatta scelta di penalizzazione: si tratta, come è ovvio, di quell'art. 3 Cost. che, pur nella sua portata minima, ben difficilmente potrebbe accettare discriminazioni tra obblighi di solidarietà sociale sostanzialmente simili, soprattutto quando essi siano funzionali alla salvaguardia del medesimo bene di categoria — ad esempio, la libertà della persona — ovvero di beni dotati di una dignità di tutela pari o superiore alla libertà sessuale — ad esempio, l'integrità fisica o addirittura la vita.

La scelta non può consistere dunque nel sanzionare l'indolenza verso le sole aggressioni sessuali: si tratta di decidere se i doveri *minimi* di solidarietà verso il prossimo debbano o no essere penalmente presidiati, quando il pericolo è determinato dall'altrui condotta aggressiva dei beni primari. Probabilmente, i tempi sono favorevoli ad una riforma di tal genere (221).

3. — *Le nuove regole processuali*

3.1. — *La partecipazione delle associazioni: originalità e spregiudicatezza di una nuova parte civile*

Innanzitutto, qualche breve considerazione sulla norma che consente di intervenire nel processo alle *associazioni* che abbiano quale scopo la tutela, in senso lato, dei diritti della donna.

Nel complesso *iter* di riforma del diritto penale sessuale, il *record* della conflittualità è stato certamente conseguito da questa

(220) Cfr. R. PANNAIN, *Omissione di soccorso*, in *Nov. dig. it.*, XI, (899 ss.) p. 900.

(221) È forse opportuno segnalare che in altri paesi, come ad esempio nella R.F.T., tale soluzione viene acquisita per via interpretativa: è infatti opinione diffusa che il § 323c dello StGB incriminando l'omesso soccorso in occasione di « disgrazia », faccia riferimento anche a fatti delittuosi provocati dolosamente, quale ad esempio un tentativo di violenza carnale (v. CRAMER, in: *Schönke - Schröder, StGB-Kommentar*, 23 Aufl. 1988, § 323c, RN. 7).

norma, che non solo risulta — nei passaggi tra Camera e Senato — inserita e disinserita nel breve volgere di pochi giorni, ma ha scatenato una messe di discussioni forse anche eccessive rispetto al suo obiettivo significato nell'intero contesto cui va ricondotta.

Sembrava certo strano, per un verso, che la facoltà di intervento delle associazioni venisse riconosciuta proprio in una riforma centrata sulla "riconduzione" sistematica dei reati di violenza sessuale dalla sfera pubblicistica a quella della libertà di autodeterminazione individuale. D'altro canto, a superare perplessità e riserve non serviva certo il vecchio argomento secondo cui la violenza sessuale « è un fatto collettivo che offende, oltre la vittima, tutte le donne che sentono aggredita la propria dignità di donne e persone » (222); restavano, insuperabili almeno con affermazioni del genere, tutte le difficoltà che avevano tradizionalmente impedito l'ingresso di tali associazioni nei processi per stupro, sotto le spoglie della parte civile (223).

In breve: rispetto alle regole del vecchio codice di procedura, la partecipazione dei movimenti di difesa della donna non poteva in alcun caso assumere le forme di cui agli artt. 91 ss., per evidenti carenze di legittimazione. Nessuna titolarità di interessi diffusi, non certo parte lesa dal reato: la partecipazione prevista dalla riforma rappresentava un *mixtum compositum* di difficile inquadramento.

Con il nuovo codice di rito, il problema dovrebbe ormai avere, tuttavia, ben altre prospettive. L'art. 212 delle norme di attuazione (224) fissa infatti definitivamente il principio che, all'infuori delle ipotesi di esercizio dell'azione civile nel processo penale (225), l'intervento in giudizio è consentito solo nelle forme e nei limiti di cui agli artt. 91 ss. Una disciplina dunque articolata e ben definita che consente ormai un'efficace garanzia per gli interessi collettivi o di gruppo, secondo uno schema che non presta il fianco

(222) Così G. LUCCIOLI, *Sulla costituzione di parte civile delle associazioni in difesa dei diritti della donna nei processi per violenza carnale*, in *Cass. pen. mass. ann.* 1979, (1015 ss.), p. 1026.

(223) V. al riguardo F. MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma*, in CANEPA - LAGAZZI (a cura di), *I delitti sessuali*, 1988, p. 276 s.

(224) D. Lgs. 8 luglio 1989, n. 71: Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale.

(225) Artt. 74 ss. c.p.p.

ad obiezioni, almeno non a quelle tradizionali. L'intervento non è più infatti impropriamente assimilato a quello della parte civile, bensì al ruolo della persona offesa dal reato, con le opportune garanzie per quest'ultima e con le necessarie precauzioni circa la serietà e la rappresentatività dell'associazione stessa (226).

3.2. — *Il problema dei divieti probatori tra tutela della vittima e garanzia dei diritti di difesa*

a) Sconosciuta nel testo unificato che la Camera approvò nel 1984 ed il Senato modificò poi nel 1988, la regola secondo cui il *confronto* tra imputato e parte lesa è ammesso solo se necessario all'accertamento del reato e delle sue circostanze, compare nel testo licenziato dalla Camera il 15.3.1989, e viene confermata circa un mese dopo al Senato (art. 15 c. 4). L'obiettivo di risparmiare alla vittima un trauma molto serio, o anche solo il dolore di ripercorrere più intensamente la sua triste esperienza di violenza nel rinnovato contatto con l'aggressore, è ovviamente palese, e nessuno ne disconoscerebbe la legittimità. È lecito tuttavia domandare quanto sia realistico, per il riformatore, fissare una barriera processuale di tal fatta.

L'eccezione è infatti inevitabile: il confronto è un mezzo essenziale di prova (227), non è neanche pensabile che se ne possa prescindere quando serva appunto a far luce su un qualsiasi elemento del fatto.

Se anche il riformatore non l'avesse scritta, la deroga al divieto di confronto sarebbe stata imposta dalla logica stessa del processo penale, quale ne sia la struttura, purché appunto di *processo* si tratti, e non di giustizia di parte. Il nuovo codice di rito, d'altronde, definisce con rigore gli spazi di ammissibilità del con-

(226) V. G. BARONE, *Enti collettivi e processo penale. Dalla costituzione di parte civile all'accusa privata*, 1989, p. 205 ss. Seppur con specifico riferimento alla posizione del fisco nei reati tributari, v. ora P. CASULA, *Considerazioni sulla posizione del fisco quale persona offesa dai reati tributari nel nuovo processo penale*, in *Il Fisco*, 1991 (in corso di stampa), per una acuta messa a punto dei distinti ruoli processuali della parte civile, della persona offesa dal reato, e dell'ente esponenziale di interessi diffusi.

(227) V. al riguardo gli artt. 211 e 212 c.p.p., nel commento di V. GREVI al titolo II, libro III del nuovo codice: in CONSO - GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 1990.

fronto, riservandone l'effettuazione alle sole ipotesi in cui vi sia disaccordo « su fatti e circostanze importanti » (art. 211 c.p.p.) in relazione all'oggetto della prova (art. 187 c.p.p.). Correttamente utilizzato, è questo uno schermo idoneo a garantire che venga risparmiata alla vittima ogni partecipazione non indispensabile allo accertamento giudiziale della responsabilità: di più, significherebbe privare il processo penale di strumenti di controllo indispensabili anche alla salvaguardia di coefficienti di garanzia faticosamente ottenuti. Iniziare a smantellarli, sarebbe miope oltre che improduttivo.

b) La seconda "barriera" processuale a tutela della vittima, è di gran lunga più collaudata nei progetti di riforma: per impedire « morbose curiosità » ed « inutili interferenze » nella sfera privatissima di chi ha subito un'aggressione sessuale, si stabilisce il fermo *divieto di domande* che comunque a quella sfera possano attentare (228). Nella sua assolutezza, il divieto è tutt'altro che convincente (229): è certo tuttavia che la clausola di riserva prudentemente inserita alla Camera — « ... se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto » (art. 15, c. 3) — viene prontamente eliminata al Senato.

Ancora una volta: sulle finalità del divieto, condivisibili e commendevoli oltre ogni dire, non è neanche il caso di soffermarsi. D'altra parte, sarebbe ben strano il contrario: se una ragione hanno i c.d. *divieti probatori* nei sistemi processuali europei, è senza dubbio la tutela dei diritti di personalità e di riservatezza di soggetti che — nell'un ruolo o nell'altro — tali diritti corrono appunto il rischio di vedere lesi nel processo penale (230). Che tale lesione di una qualche utilità possa pur essere, è fuori discussione: quanto meno

(228) Così si esprime la Relazione della 2ª Commissione permanente giustizia (Rel. CASOLI), in *Atti parlamentari*, X Legislatura, Disegni di legge nn. 730, 731, 924, 939-A, p. 5.

(229) V. la Relazione di minoranza (Rel. MELLINI) presentata nell'ambito della medesima 2ª Commissione permanente giustizia, in relazione ai medesimi disegni di legge: in *Atti parlamentari*, cit. n. 228, p. 20. V. altresì. SARACENI, *Difficoltà e ambiguità*, cit. n. 203, p. 29 s. e M. VIRGLIO, *Riforme penali, processi e violenza sessuale*, in *Pol. dir.* 1983, (481 ss.) p. 501 ss.

(230) Una recente analisi circa fondamento e struttura dei divieti probatori nei sistemi processuali europei e di stampo nord-americano è compiuta da J. HERRMANN, *Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote*, in *Fest. Jescheck*, 1985, B. 2, (1291 ss.) p. 1292 ss.

gli ostacoli sulla via dell'accertamento dei fatti, tanto maggiori le *chances* di ottenere i risultati appunto auspicati (231).

Il problema è dunque un altro: la funzione dei divieti probatori è proprio quella di evitare che la realizzazione del diritto materiale — e dell'idea di giustizia che in esso si esprime — avvenga a scapito di valori ideologici e principi politico-criminali che per il « giusto processo » dello stato di diritto moderno sono altrettanto essenziali (232).

Processo penale e tutela della personalità individuale: una vecchia questione, che reca implicita nella natura stessa dei termini che la compongono l'impossibilità di procedere per scelte globali, come se si potesse decretare la prevalenza definitiva dell'un "contendente" (l'accertamento del fatto) sull'altro (i diritti di personalità individuale), o viceversa (233). Su questo terreno, la logica del bilanciamento non ha alcuna alternativa: se è certo che la ricerca della verità non è affatto un "valore assoluto" nel processo penale (234), è inevitabile verificare di volta in volta quale delle contrapposte esigenze debba prevalere, ed in che limiti (235). Un divieto probatorio che sacrifichi alla tutela della riservatezza della vittima le esigenze processuali di accertamento del reato o della responsabilità dell'imputato, sarebbe dunque inconcepibile: quale che sia il criterio di proporzionalità posto a base di un tale raffronto, il rango degli interessi esclude di per sé che la scelta possa realizzarsi in termini così drastici (236).

Si tratta allora di verificare *quali* esigenze probatorie possano essere comprese a garanzia della *privacy* della vittima, senza che ciò comporti restrizioni intollerabili per la funzionalità del meccanismo processuale o — peggio ancora — per i diritti di difesa, che in quel

(231) V. al riguardo le osservazioni di C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 20 Aufl. 1987, p. 140 ss.

(232) V. K.H. GÖSSEL, *Die Beweisverbote im Strafverfahren*, in Fest. Boockelmann, 1979, (801 ss.) p. 808 ss.

(233) D. KRAUSS, *Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess*, in Fest. Gallas, 1973, p. 365 ss e, più di recente, T. KLEINKNECHT, *Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung*, in Fest. Schmidt Lechner, 1977, (111 ss.) p. 116 ss.

(234) Così C. ROXIN, *op. cit.* n. 231, p. 142.

(235) Così J. HERRMANN, *op. cit.* n. 30, p. 193.

(236) V. ancora C. ROXIN, *op. loc. ult. cit.*, e GÖSSEL, *op. cit.* n. 232, p. 809.

meccanismo sono l'ingranaggio forse più delicato, certo il più "indisponibile".

Su un punto non vi dovrebbero essere dubbi: nessuno degli aspetti concernenti il rapporto tra autore e vittima può essere escluso dall'accertamento processuale nei reati a carattere sessuale (237). Se nella vita privata, addirittura nella vita sessuale della parte offesa l'imputato era già presente *prima* del fatto, schermare tali zone precludendole all'indagine probatoria, significa amputare il processo penale di elementi essenziali alla ricostruzione dell'episodio (238). Almeno per quella cospicua parte di reati sessuali nei quali la violenza è stemperata nelle sfaccettature di un rapporto già per altri aspetti degenerato, per quella fascia di reati sessuali nei quali la percezione del reale dissenso del *partner* è ostacolato dalle peculiarità dei piani di comunicazione in cui si svolge il rapporto: in breve, per quella vasta casistica in cui il fatto oggetto di imputazione non è il solo legame intercorrente tra autore e vittima, ma costituisce invece solo un episodio di una relazione più estesa, spesso assai più intricata di quanto la dommatica penale della "coartazione" riesca a comprendere (239), per tutte queste situazioni non è pensabile alcun divieto che escluda dal processo la vita privata della parte lesa (240).

Il processo penale può invece, e deve arrestarsi, dinanzi ad ogni altro aspetto della vita privata della vittima quando manchi un collegamento diretto con l'imputato: qui il divieto probatorio deve avere la massima espansione, per evitare che nelle pieghe dell'esistenza di un soggetto — soprattutto quelle più intime, e perciò gelosamente nascoste — si scavi non per cercare le tracce dell'inno-

(237) Così da ultimo U. NEUMANN, *Die Stellung des Opfers im Strafrecht*, in W. HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, p. 242. Anche P. RIESS, *Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, 1984, Rdnr. 161, esprime forti perplessità circa l'opportunità di divieti probatori nel processo penale.

(238) Cfr. L. SARACENI, *Difficoltà ed ambiguità*, cit. n. 203, p. 29. Perplessità esprime anche M. VIRGILIO, *Riforme penali*, cit. n. 229, p. 502.

(239) Sulla necessità di ritagliare il concetto di violenza secondo profili di volta in volta adeguati alla specificità delle fattispecie in cui risulta inserito v. J. WOLTER, *Verfassungskonforme Restriktionen und Reform des Nötigungstatbestandes*, in NZSt 1986, p. 241 ss.; M. FROMMEL, *Opferschutz durch höhere Strafdrohungen. Der vergiftete Apfel vom Baume des Positivismus*, Mschkrim. 1985, p. 350 ss.

(240) Cfr. F. MANTOVANI, *I delitti sessuali*, cit. n. 223, p. 269.

cenza di un imputato, bensì le occasioni per screditare moralmente un testimone (241).

Vi è da chiedersi se per ottenere un tale risultato il diritto penale sessuale abbia davvero bisogno di ricorrere a "divieti" processuali con l'inevitabile corollario di "eccezioni" più o meno controverse. Invero, le norme del nuovo codice di rito che definiscono l'oggetto della prova e ne disciplinano l'assunzione, sembrano più che sufficienti a garantire che la sfera di riservatezza della vittima di reati sessuali sia violata solo nei limiti strettamente imposti dalla corretta dinamica processuale.

In breve: premesso che la testimonianza « su fatti che servono a definire la personalità della persona offesa dal reato è ammessa solo quando il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona » (art. 194 c.p.p.), l'esame testimoniale è saldamente ancorato al principio della *pertinenza*, ed è doveroso per il giudice assicurarne il rispetto (art. 499 c.p.p.) (242). Domande sulla vita privata della vittima di reati sessuali non potranno essere ammesse se non ne sia chiara la pertinenza ai fatti relativi all'imputazione: solo quando la domanda concerna i rapporti sociali — quali che ne sia la natura ed il grado di intimità — tra i due soggetti processualmente contrapposti, risulta necessaria alla ricostruzione dei profili psichici dell'azione, e dunque pertinente all'imputazione. Al di fuori dei segmenti di vita privata cui l'imputato è partecipe, le strutture del nuovo rito non consentono alcuno spazio ad "incursioni" sostanzialmente estranee al tema del giudizio.

3.3. — *Le regole della procedibilità: in particolare, la « specialità » della normativa nel rapporto di coppia*

a) Nel sistema vigente, i reati sessuali sono perseguibili, come si sa, a querela di parte; tuttavia, è altresì previsto che si proceda d'ufficio quando il fatto sia commesso — tra l'altro — dal genitore o dal tutore, o risulti comunque connesso ad altro reato procedibile d'ufficio (art. 542 c.p.).

In un ordinamento che espressamente attribuisce allo Stato il potere-dovere di esercitare la pretesa punitiva, sottraendola così alla

(241) V. M. VIRGILIO, *Riforme penali*, cit. n. 229, p. 501.

(242) V. al riguardo il commento di G. ILLUMINATI, in CONSO-GREVI, *Profili del nuovo codice*, cit. n. 227.

libera disponibilità dei privati, la perseguibilità a querela rischia di apparire di per sé un corpo estraneo: secondo la migliore dottrina, la sua ragione d'essere ha tuttavia un fondamento più solido soprattutto quando è espressione di un accentuato riconoscimento dei diritti della vittima, nelle cui mani viene rimessa la persecuzione pubblica di talune tipologie criminose per evitare che danni ulteriori derivino proprio a chi dal reato ne ha già subiti molti e gravi (243).

Non è dubbio, del resto, che tale fu l'intento del legislatore del '30, il quale si preoccupò peraltro di dichiarare irrevocabile la querela per evitare « turpi accomodamenti e ripugnanti estorsioni » (244), creando così un meccanismo la cui costituzionalità è stata anche più volte confermata (245).

Il regime della procedibilità dei reati sessuali è stato, come si è detto, tra i temi più conflittivi della riforma. L'importanza del bene tutelato — la “ rivalutata ” libertà di autodeterminazione sessuale — e la necessità di alleviare la vittima di un onere che spesso non riesce ad adempiere — la querela — sono gli argomenti di cui si nutre la proposta di adottare il sistema della procedibilità d'ufficio, con l'eccezione, tutt'altro che pacifica, per i fatti commessi allo interno di un rapporto stabile di coppia (246). Dall'altra parte, si fa osservare l'evidente disagio di procedere, nei reati sessuali, anche contro la volontà di chi non può o non vuole affrontare gli ulteriori, inevitabili traumi connessi al processo penale.

Ripercorrere analiticamente i *pro* ed i *contra* delle scelte per l'una o l'altra soluzione, sarebbe ormai inutile: troppe volte, ed anche troppo a lungo, se ne è dibattuto, fino ad identificare la *ratio* della riforma con l'urgenza di scardinare un meccanismo processuale che impedirebbe, di fatto, un'efficace repressione della criminalità sessuale (247).

Un punto dovrebbe essere fuori discussione: gran parte dei reati sessuali non sono affatto procedibili a querela, secondo le regole del diritto positivo. Risultano invece attratti nella sfera della pro-

(243) Così M. ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 1990, pre-art. 120, p. 224.

(244) *Relazione al Re sul codice penale*, n. 175.

(245) C.C. 9.7.1974 n. 216, in *R. pen.* 1974, p. 982; Ordinanza del 12.4.1978, n. 42, in *G. Cost.* 1978, I, 524.

(246) V. ad esempio i rilievi di M. VIRGILIO, *Riforme penali*, cit. n. 229, p. 493 ss.

(247) V. ancora M. VIRGILIO, *op. ult. cit.*, p. 496.

cedibilità d'ufficio dalla connessione con reati quali gli atti osceni in luogo pubblico, la detenzione di armi, e così via. La risposta penale è paralizzata non dalla mancanza di querela, bensì dalla mancata *denuncia*, da parte della vittima o di terzi. In altri termini: quale che sia il meccanismo della procedibilità, senza o addirittura contro la volontà della parte lesa non è pensabile alcuna seria repressione della criminalità sessuale. Rinunciando a sporgere denuncia, o negando il proprio indispensabile contributo all'accertamento processuale dei fatti: alla parte lesa non mancheranno gli strumenti per mantenere comunque la scelta sull'*an* della reazione pubblica all'aggressione subita (248).

Detto questo, è probabile che i tempi siano ormai maturi perché il processo dei reati sessuali prenda atto di trasformazioni da tempo avvenute nel costume sociale, e si assuma dunque anche il rischio di agire senza il conforto della parte privata (249).

b) Un capitolo a parte, è quello che concerne il regime processuale dei reati commessi nell'ambito del *rapporto di coppia*, sia esso formalizzato nel matrimonio oppure no.

Tra Camera e Senato, lo scontro è stato vivace: nel generale consenso sulla scelta-base circa la procedibilità d'ufficio, è risaltata ancor più la contrapposizione tra i fautori della linea "morbida": procedibilità a querela solo per i reati sessuali all'interno della coppia, ed i sostenitori della linea "dura": soprattutto per essi è invece necessario fare a meno della volontà della parte lesa. Gli argomenti a sostegno delle distinte posizioni sono di varia natura e spessore. Non è tuttavia arbitrario ricondurli a due strategie politico-criminali orientate, rispettivamente, ad una visione "minimalistica" del diritto penale sessuale, preoccupata di evitare intrusioni automatiche e comunque distruttive in ambiti così privati; dall'altra parte, una visione decisamente "interventista", che identifica nella violenza sessuale il sintomo di una rottura ormai insanabile dei legami familiari, e attribuisce alla mano pubblica il ruolo "autoritativo" di tutela nei confronti di soggetti psicologicamente soggiogati nel rapporto di coppia, ed incapaci perciò di reagire (250).

(248) Cfr. G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 686 s.

(249) *Contra* v. M. ROMANO, *Legislazione penale*, cit. n. 162, p. 65 s.

(250) Così la *Relazione della 2ª Commissione permanente*, Relatore CONSOLI, cit. n. 28, p. 4.

Non è obiettivo di questa indagine enucleare e discutere in dettaglio le molteplici componenti che caratterizzano in modo del tutto autonomo le tipologie della violenza sessuale nel rapporto di coppia. Del resto, non è certo un caso se la stragrande maggioranza delle legislazioni penali europee conosce limitazioni fortissime alla configurabilità e/o alla perseguibilità dei reati sessuali all'interno del matrimonio (251). Nella foga del confronto parlamentare, è accaduto che le due distinte opzioni processuali circa la perseguibilità dei reati sessuali nella coppia siano state imprudentemente irrigidite su punti di vista sempre fondati, ma decisamente marginali rispetto al substrato empirico della fenomenologia in discussione.

Nel rapporto tra coniugi, la violenza sessuale assume caratteri del tutto autonomi rispetto alla coartazione tra estranei: il significato dell'atto sessuale imposto al proprio *partner* di vita non può che essere ricercato tra le pieghe più intime di una relazione che spesso si serve di strumenti comunicativi difficilmente comprensibili all'osservatore esterno (252). In un sondaggio commissionato da milioni e mezzo di donne della RFT ritenevano di essere state "violentate" dal marito almeno una volta: nessuna aveva tuttavia mai neanche pensato di sporgere denuncia, non certo perché soggiocata dal *partner* più forte (253).

La volontà di "conservare" il rapporto gioca un ruolo senza dubbio importante, assai meno la paura di reazioni violente (254). Il dato essenziale è tuttavia un altro, ed è elaborato dalla criminologia empirica delle *Täter-Opfer-Beziehungen*: alla stessa dinamica del rapporto che "produce" il fatto criminoso appartiene anche la successiva "assimilazione", il superamento del fatto stesso, cosicché ciò che alla fine prevale è la risoluzione del conflitto *interna* al rapporto interpersonale che lo alimenta (255). Soprattutto per convivenze onuste di anni, i canali della comunicazione

(251) Per un quadro aggiornato ed esauriente v. da ultimo A. GODENZI, *Die eheliche Intimität wird antastbar: Vergewaltigung in der Ehe im europäischen Vergleich*, in *MschKrim.* 1988, (255 ss.) p. 256 ss.

(252) Cfr. D. KRAUSS, *Vergewaltigung in der Ehe*, in W. HASSEMER (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, 1983, (65 ss.) p. 74 s.

(253) V. D. KRAUSS, *op. ult. cit.*, p. 83.

(254) V. K. SESSAR, *Über das Opfer*, cit. n. 3, p. 1145.

(255) V. ancora K. SESSAR, *op. loc. ult. cit.*

emotiva si servono spesso di fasce impenetrabili alla comprensione esterna, così come le soglie di inibizione subiscono — con l'evolvere dell'intimità di vita — spostamenti del tutto impensabili al di fuori dello specifico contesto di coppia: se la coartazione sessuale sia il segno di una rottura ormai irreversibile delle relazioni affettive, o sia invece una modalità di espressione di una crisi che nel rapporto può ancora essere risolta, è una scelta che solo "dallo interno" può essere fatta (256). Il diritto penale sessuale deve poi prenderne atto: di più non può essergli chiesto.

* * *

La riforma del diritto penale sessuale ha molte ragioni di venir realizzata: l'ostacolo più serio da superare è che la tentazione di legiferare per "simboli" prevalga sul sobrio lavoro di "riapposizione dei confini" tra il penalmente illecito e ciò che è socialmente "ancora" tollerato. Non sempre a questa tentazione ha saputo sottrarsi il riformatore del 12 aprile 1989.

(256) V. D. KRAUSS, *Vergewaltigung*, cit. n. 252, p. 74 s.