

ANNO LXII - 1993-94

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



NUOVA SERIE A - N. 46

INDICE

GIULIANO BALBI, <i>Alcune osservazioni in tema di corruzione</i>	11
MARCO CASSIANI, <i>Il procedimento di nomina del Giudice di pace</i>	41
ALESSANDRO PANDOLFI, <i>Mercantilismo e accumulazione originaria</i>	69

RELAZIONI TENUTE AL CONVEGNO INTERNAZIONALE: "TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO ITALIANO", PRESSO L' UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ANDREA CASTALDO, <i>Tecniche di tutela e di intervento nel nuovo diritto penale bancario</i>	95
PIERO GUALTIERI, <i>Soggetto passivo e persona offesa dal reato, profili differenziali</i>	109
GUSTAVO PANSINI, <i>Il nuovo processo penale italiano, le ragioni del fallimento</i>	131
VITTORIO PARLATO, <i>La tutela giuridica degli interessi religiosi in Italia</i> ..	149
PAOLO PASCUCCI, <i>La libertà di circolazione dei pubblici dipendenti in ambito comunitario</i>	163
EDUARDO ROZO ACUÑA, <i>Il nuovo sistema elettorale italiano: dalla 1^a alla 2^a Repubblica</i>	187
GIOVANNI BATTISTA VARNIER, <i>Valori religiosi e società civile: riflessioni sul caso italiano</i>	207

GIULIANO BALBI

ALCUNE OSSERVAZIONI IN TEMA DI CORRUZIONE

SOMMARIO: 1. I delitti di corruzione: tra antichi problemi strutturali e nuove realtà politico-ordinamentali - 2. La corruzione antecedente, "Incongruenza consolidata" in tema di dolo dell' *intraneus* - 3. Il carattere *generico* del dolo di corruzione - 4. Sulla necessaria "serietà" dell'accordo criminoso - 5. Struttura dell'illecito e bene giuridico tutelato - 6. Un nodo problematico: l'adempimento dell'impegno assunto col *pari inaequalis* - 7. Segni del rapporto tra le fattispecie di corruzione antecedente e il compimento dell'atto oggettivo dell'accordo.

1. - A fronte di un sistema politico-ordinamentale messo in crisi dall'improvvisa riduzione della cifra oscura relativa ai delitti del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione, è apparsa chiara l'inefficienza, l'agilità di quella riforma del settore che, operata dal nostro legislatore nel 1990, avrebbe di lì a poco evidenziato tutta la propria inadeguatezza a definire le occasioni di tutela di un ambito di criminalità dalle potenzialità devastanti (1).

E' anche vero, peraltro, che tale intervento normativo aveva immediatamente mosurato - nella sua genesi frettolosa ed ideologicamente ambigua - una sostanziale inidoneità a soddisfare gli obiettivi politico-criminali che da più parti erano stati individuati a fondamento della sua stessa ragion d'essere (2).

Se le critiche più puntuali avevano avuto ad oggetto l'approssimazione della tecnica redazionale e sistematica, il carattere disorganico ed occasionalmente novelesco della riforma, alcune - anche gravi - imprecisioni o "dimenticanze", l'impressione complessiva fu subito, in realtà, che si fosse perduta un'occasione importante (3).

Molti problemi cui da tempo si cercava una soluzione erano rimasti, infatti, del tutto irrisolti.

Si pensi, per quanto più direttamente attiene allo spettacolo del presente lavoro, alla struttura delle fattispecie di corruzione propria ed impropria, al loro *Apriori*, pur successivamente alla riforma, in massima parte inalterate (4). E se l'incalzare degli avvenimenti di questi ultimi anni ne avrebbe messo in luce l'insidiosa, ambivalente manipolabilità, e, anche la perdute - forse palpabile - simultaneità ad un sistema d'illeganza e d'inefficienza, non può negarsi che già in precedenza esistessero chiari cognati alla cui luce un legislatore attento, ed intellettualmente onesto, avrebbe dovuto aver avvertito l'esigenza di una ben più organica, probabilmente radicale, riforma nazionale.

Tutto questo non è accaduto. E così oggi, se da un lato si è fatto incalzante il dibattito relativo all'opportunità - ed ai termini - di una nuova ristrutturazione normativa della materia (5), dall'altro, *de lege lata*, sono rimasti sostanzialmente inalterati tutti i problemi ermeneutici e ricostruttivi tradizionalmente posti dagli artt. 318-319 c.p. In proposito, infatti, la maggior parte delle posizioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza anteriormente alla L. 26 aprile 1990, n. 86, non hanno perduto la loro attualità (6).

Fra queste ultime, ve ne sono alcune che, non essendo, in realtà, mai state consapevolmente avvertite come davvero problematiche, costituiscono oggi precisi punti fermi nell'interpretazione di tali disposizioni. Alcune di esse - al contrario - meriterebbero probabilmente una più attenta considerazione.

2. - E' dottrina consolidata che i delitti di corruzione antecedente, propria ed impropria, siano caratterizzati dalla presenza del dolo specifico, essendo necessario, per la loro realizzazione, che il pubblico ufficiale - o la persona incaricata di un pubblico servizio - accetti denaro od altra utilità, o ne accetti la promessa, al fine di compiere un atto del suo ufficio (art. 318 c.p.), oppure di ometterlo o ritardarlo o, ancora, di compiere un atto contrario ai doveri di questo (art. 319 c.p.) (7).

Altrettanto costantemente, si è soliti negare ogni rilievo all'eventuale proposito del p.u. di non rispettare l'impegno assunto con l'accordo criminoso (8), e questo perché il carattere fraudolento dell'accettazione non escluderebbe «che vi sia stata - comunque - la compravendita» (9).

Le affermazioni ora ricordate sono, a nostro avviso, strutturalmente incompatibili: se il dolo è specifico, infatti, la configurabilità della corruzione dovrà inevitabilmente venire esclusa qualora il pubblico ufficiale non abbia agito per conseguire il fine indicato dalla norma. Non si può, in altre parole, sostenere che il perseguimento di un certo scopo sia un dato strutturale imprescindibile dell'illecito, e concludere, nel contempo, per l'assoluta irrilevanza dell'assenza del fine medesimo.

E' pur vero che la prospettata incompatibilità non sussisterebbe se si dovesse accogliere l'opinione di chi, autorevolmente, ha individuato il dolo specifico - per i delitti di corruzione - nella «volontà che il soggetto attivo intende manifestare», e non nella «volontà reale che egli vuole tenere nascosta» (10).

Non crediamo, però, che la c.d. «volontà espressa», o che si intende manifestare, possa davvero risultare fungibile ad una volontà "reale" difforme, e questo perché è ben difficile che la presenza di un dato essenziale del-

l'illecito possa essere ritenuta efficacemente surrogabile dalla sua assenza; perché, più in particolare, quel che fenomenicamente ha corrisposto all'antitesi del "voluto" non può essere ricondotto alla categoria della "volontà". Né l'antico, sempre temibile, anelito dommatico a tramutare l'*album in nigrum* potrebbe qui giustificarsi, evidentemente, facendo ricorso a quel principio di affidamento che in altri rami dell'ordinamento pur legittima l'irilevanza assoluta della riserva mentale.

La categoria del dolo specifico, peraltro, viene normalmente strutturata sulla necessità che il soggetto agisca per conseguire il fine indicato dalla norma incriminatrice (11) - cosa che non accade, evidentemente, quando pur manifestandosene l'intenzione si agisca per uno scopo del tutto differente - non sulla base di opinabili scelte ricostruttive, ma perché è la stessa norma incriminatrice a richiederlo in modo tassativo: la «volontà espressa», insomma, non potrà qui surrogarsi alla volontà reale dell'agente, se non al costo di una gravissima elusione del principio di tassatività (12). Nessun obiettivo di ordine prammatico, nessuna argomentazione dalle valenze più o meno accentuatamente - pericolosamente - eticizzanti potrebbe mai legittimarlo.

La "fraudolenta accettazione" da parte del p.u. non può dunque essere sufficiente ad integrare i delitti di corruzione se si è ritenuto essere elemento essenziale di questi il fine del pubblico ufficiale di compiere, omettere, o ritardare un atto del suo ufficio, o contrario ai doveri di questo.

Dalla inconciliabilità delle due affermazioni deriva, conseguenza inevitabile, l'inesattezza di una di esse o, diremmo meglio, di almeno una di esse, nulla escludendo - su di un piano di pura logica astratta - che siano infondate entrambe.

3. - Alcune considerazioni, innanzitutto, sul dolo dei delitti di corruzione.

Come è noto, caratteristica dei reati a dolo specifico è che le norme che li configurano contengono la descrizione di un fatto oggettivamente completo, che viene però a costituire reato soltanto se posto in essere per conseguire il fine indicato dalla stessa norma incriminatrice (13). Mutilare un proprio arto, ad esempio, non integra di per sé solo alcuna ipotesi delittuosa, salvo che l'agente abbia agito per riscuotere fraudolentemente il prezzo di un'assicurazione (art. 642 secondo comma c.p.), e così via.

Le figure di reato previste dagli artt. 318-319 c.p. non rispondono, a nostro avviso, a questo schema: gli incisi «per compiere», «per omettere o ritardare», infatti, sono necessari ad individuare il fatto incriminato già sul

piano oggettivo di fattispecie, fornendo concretezza ad una tipizzazione che altrimenti risulterebbe del tutto inafferrabile. Essi, in altre parole, non indicano il fine per il quale il p.u. dovrebbe agire in esecuzione di un generico accordo, ma vengono a qualificare come oggettivamente tipici soltanto quegli accordi tra un terzo ed un pubblico ufficiale, nei quali quest'ultimo si impegna a compiere, a ritardare od omettere un atto del suo ufficio, o a questo contrario, verso il pagamento, o la promessa, di una somma di denaro o di altra utilità che l'*extraneus* consegna o si impegna a consegnare.

Il fine per il quale il p.u. agisce, che sarà normalmente quello di conseguire un ingiusto arricchimento - ma che potrebbe anche essere altro - è, ai sensi degli artt. 318 e 319 c.p., del tutto irrilevante. Il motivo per il quale egli viene retribuito è il suo impegno a compiere, omettere, o ritardare l'atto oggetto dell'accordo.

Proprio questo è il punto. Il «per» che, tradizionalmente, ha indotto dottrina e giurisprudenza a riconoscere come specifico il dolo delle ipotesi in esame, non ha, a nostro avviso, alcuna funzione finale ma, al contrario, una funzione tipicamente causale, incriminandosi negli artt. 318-319 c.p. quell'accordo fra il p.u. e il terzo che abbia la sua causa nella illecita retribuzione di un atto del pubblico ufficiale: non il fine, dunque, ma la causa dell'accordo incriminato dal legislatore.

Sui piani sistematico e strutturale, è lo stesso rinnovellato testo dell'art. 318 c.p. a confortare tale conclusione. Il legislatore, infatti, pur lasciando sostanzialmente inalterato lo schema delle ipotesi di corruzione antecedente e susseguente, ne ha però unificato la disciplina, intervenendo a sanzionare il fatto del «pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità o ne accetta la promessa».

Che la corruzione susseguente sia delitto a dolo generico è indiscusso, e peraltro indiscutibile. Il fine del compimento dell'atto, evidentemente, non può sussistere in un'ipotesi il cui presupposto è proprio che l'atto sia stato già omesso, compiuto o ritardato. Ora, di fronte ad una norma riformulata nei termini appena ricordati, l'avvenuta equiparazione, anche sotto il profilo sintattico-lessicale, delle ipotesi in cui la retribuzione - o la sua promessa - sia stata accettata «per omettere o ritardare» o «per aver omesso o ritardato», «per compiere» o «per aver compiuto» l'atto, rende difficilmente comprensibile un'interpretazione che attribuisca al «per» che precede l'«omettere», il «ritardare» ed il «compiere», una valenza del tutto antitetica rispetto a quella innegabilmente propria del «per» che precede l'«aver omesso», l'«aver ritar-

dato» e l'«aver compiuto».

La corruzione antecedente e la corruzione susseguente consistono entrambe - che l'atto sia ancora da compiere o che sia stato già compiuto - nella indebita retribuzione di un atto del p.u., e sono entrambe, a nostro avviso, delitti a dolo generico.

4. - L'idea che l'originario proposito del pubblico ufficiale di disattendere l'impegno assunto non impedisca la configurabilità dei delitti di corruzione antecedente, potrebbe sembrare, a questo punto, fondata su basi più solide. Essa, infatti, risulta compatibile con il ritrovato carattere generico del dolo di corruzione passiva.

Senonché, saggiando la tenuta della tesi da una diversa prospettiva, essa continuerà a mostrare la sua intrinseca fragilità. Il pubblico ufficiale, infatti, che manifesti verbalmente il proprio assenso senza avere, però, alcuna intenzione di rispettare realmente l'impegno assunto con l'*extraneus*, accetta sì l'utilità offertagli, ma - pur fingendo di farlo - non accetta la proposta. Il punto è d'importanza primaria: perché è proprio - e soltanto - l'incontro fra le volontà dei soggetti a costituire l'elemento discrezionale tra le ipotesi di corruzione e quelle di istigazione previste all'art. 322 c.p. (14). Una diversa conclusione, a nostro avviso, sarebbe gravemente viziata dall'incapacità di tradurre nella dimensione prammatica della dommatica critica, quella valorizzazione dei requisiti di tipicità soggettiva dell'illecito che al contrario, su di un piano di pura teoria generale del reato, costituisce un patrimonio - estremamente prezioso - oggi ormai ampiamente acquisito.

C'è di più. Consistendo la corruzione in un accordo mediante il quale le parti si impegnano al compimento di prestazioni corrispettive, prestazioni che ritrovano l'una nell'altra la rispettiva causa, oggetto del dolo di tale delitto non può che essere, infatti, proprio ciò che qualifica - ed individua - tale accordo sul piano giuridico, non può che essere, in altre parole, il *sinallagma* genetico su cui si struttura l'equilibrio stesso dell'accordo criminoso (15): il dolo del corruttore consisterà, dunque, nella volontà di dare o promettere denaro o altra utilità come retribuzione per un atto che il p.u. si impegna a compiere, omettere o ritardare; il dolo del pubblico ufficiale, nella volontà di compiere, omettere o ritardare un atto, verso il corrispettivo di un'utilità che l'*extraneus* consegna o s'impegna a consegnare.

Questo schema ricostruttivo, del resto, si armonizza bene con l'idea - ampiamente diffusa in dottrina ed in giurisprudenza quantomeno in relazione alla corruzione impropria - che l'utilità debba venir offerta, ed accettata,

come retribuzione dell'atto (16). Lo dimostrano la richiesta proporzionalità fra l'utilità e l'atto stesso (17); l'irrelevanza dei *munuscula* e dei piccoli donativi d'uso (18); la non configurabilità dell'illecito qualora il pubblico ufficiale ritenga erroneamente che la retribuzione non sia indebita o che l'utilità non gli sia stata offerta in relazione all'atto (19).

Mutando prospettiva, e analizzando il problema essenzialmente alla luce dei suoi caratteri funzionali e strutturali, si perverrà - crediamo - alle medesime conclusioni.

Per l'esistenza dei delitti di corruzione, infatti, non è evidentemente necessario che il p.u. compia, ometta o ritardi l'atto oggetto dell'accordo criminoso: trattandosi di fattispecie a tutela anticipata (20), il momento della consumazione coincide con quello dell'accordo. Ma l'accordo "tipico", l'accordo cioè astrattamente idoneo a determinare un'apprezzabile possibilità di lesione al buon andamento della pubblica amministrazione (21), non può essere, evidentemente, il solo accordo verbale, ché se questo non è accompagnato dalla reale volontà del p.u. di compiere, omettere o ritardare l'atto, non è dato rilevare - neanche in astratto - la benché minima potenzialità di pericolo.

La corruzione, d'altronde, non si esaurisce certo nell'ingiusto arricchimento di un pubblico ufficiale - elemento comune, peraltro, ad un'ampissima gamma di fattispecie -, strutturandosi, al contrario, essenzialmente nella indebita retribuzione di un suo atto.

La sola intesa verbale, se accompagnata dalla intenzione del pubblico ufficiale di non soddisfare la richiesta dell'*extraneus*, è dunque inadeguata ad integrare le fattispecie di corruzione. E questo perché "accordo", come reale incontro di volontà, non vi è stato; perché il compimento, l'omissione od il ritardo dell'atto sono, lo abbiamo visto, oggetto imprescindibile del dolo del p.u., e, ancora, perché il bene tutelato non è assolutamente posto in pericolo. In altre parole, perché il fatto - rispetto allo specifico delle fattispecie di corruzione - non è tipico, non è colpevole, non è lesivo.

Il p.u. che non abbia alcuna intenzione di stare ai patti, potrà rispondere di truffa (22), ma non sarà un pubblico ufficiale corrotto. L'*extraneus* dovrà rispondere di istigazione alla corruzione, perché il pubblico ufficiale, pur dicendo il contrario, non ha accettato la sua proposta. La stessa unanime dottrina, peraltro, non considera sempre irrilevante la volontà del p.u. di disattendere l'impegno assunto, distinguendo il caso della accettazione fraudolenta da quello della c.d. accettazione simulata, ipotesi, quest'ultima, che si avrebbe nel caso in cui il pubblico ufficiale abbia finto di accettare al solo scopo di assicurare l'istigatore alla giustizia. La prima sarebbe sufficiente ad

integrare la corruzione, non però la seconda (23).

Più nello specifico, nel caso di accettazione fraudolenta entrambi i soggetti dovrebbero rispondere di corruzione; nel caso di accettazione simulata il pubblico ufficiale non dovrebbe rispondere di nulla, l'*extraneus* di istigazione alla corruzione. L'*extraneus* - in altre parole - dovrebbe rispondere di corruzione o di istigazione alla corruzione, a seconda di quale sia il motivo per il quale il pubblico ufficiale abbia finto di accettare.

Si tratta di una conclusione che non soltanto risulta insostenibile, a nostro avviso, sul piano della pura razionalità, travolgendo ampiamente - nel contempo - un'ampia gamma di garanzie ordinamentali: dal principio di personalità a quello della responsabilità per il fatto, a quello, ancora, della stessa uniformità di trattamento.

Alla luce di così gravi incongruenze ricostruttive, diviene indispensabile dedicare a questo aspetto del discorso una più attenta considerazione.

Il tentativo di ricercare la ragione tecnica sulla base della quale la nostra dottrina esclude che la *simulata accettazione* possa integrare gli estremi della corruzione consumata, non è peraltro agevole. Questa conclusione, infatti, è ora riportata apoditticamente (24), ora motivata sulla base delle argomentazioni più diverse.

Alcuni autori, in particolare, pervengono ad essa sulla base della teoria dell'agente provocatore (25).

Ora, indipendentemente dalle necessarie distinzioni e precisazioni, comunque indispensabili per delimitare i termini di non punibilità dell'agente provocatore (26), ciò che appare decisivo ad escludere, nel caso di specie, il ricorso a tale figura, è il rilievo che il pubblico ufficiale che finga di accettare con il solo obiettivo di far scoprire l'istigatore e di assicurarlo alla giustizia, non è un agente provocatore perché il suo operato si colloca tutto, ed esclusivamente, *post delictum* (27).

Il p.u., nel caso di specie, non provoca nulla di penalmente apprezzabile: l'istigazione alla corruzione di cui, si dice correttamente, l'*extraneus* dovrà rispondere (28), esiste infatti, ed è perfetta, già nel momento della proposta.

La ragione per la quale la accettazione simulata non è in grado di integrare la corruzione va dunque, necessariamente, ricercata altrove.

Non si è mancato, in dottrina, di ritrovarla nell'assenza del dolo: dolo non vi sarebbe, infatti, quando il pubblico ufficiale abbia agito senza «il fine di compiere l'atto» (29). Ma allora, a rigore, non vi sarà dolo di corruzione passiva ogni qualvolta manchi la reale, concreta, volontà di stare ai patti. Così non è, ma tale conclusione dovrebbe giocoforza essere applicata anche

al caso dell'accettazione fraudolenta.

Si è poi sostenuto che la simulata accettazione impedirebbe la configurabilità della corruzione già sul piano della fattispecie oggettiva: il delitto non si consumerebbe, infatti, «col fatto bruto della materiale ricezione o accettazione» (30), perché «non c'è vero *pactum sceleris* - si è detto - quando l'adesione del p.u. è puramente fittizia» (31).

In tale ottica, il concetto di accettazione simulata è stato anche ampliato, più non investendo la sola ipotesi di chi abbia agito per assicurare l'istigatore alla giustizia. Si è prospettato l'esempio, infatti, del pubblico ufficiale che, fingendo di accettare la proposta corruttoria di Tizio, si faccia consegnare da questi una certa somma di denaro, per poi comunicargli, in un secondo momento, di averla devoluta in beneficenza, e di aver finto di accettare al solo scopo di dimostrare la scorrettezza del suo agire. In questo caso - si è autorevolmente sostenuto - la corruzione non verrebbe a configurarsi per l'assenza di una reale accettazione (32).

La stessa dottrina, peraltro, in relazione all'accettazione fraudolenta, testualmente afferma: «è ovvio, invece, che nessun rilievo ha il proposito del pubblico ufficiale di non compiere l'atto; se egli accetta o riceve per compiere un atto di ufficio, conforme o contrario ai doveri di ufficio, con ciò si perfeziona il reato, il compimento dell'atto essendo irrilevante, perciò sussistono entrambi i delitti di corruzione attiva e passiva» (33).

Da questa - pur rapidissima - ricognizione, un dato risulta evidente: le argomentazioni su cui si è soliti fondare la tesi relativa alla non configurabilità della corruzione nel caso di accettazione simulata, sono, tendenzialmente, le stesse cui si nega qualsiasi rilevanza in relazione all'accettazione fraudolenta.

Diremmo di più: nell'ottica di quegli autori che non hanno limitato il concetto di accettazione simulata al solo caso del p.u. che abbia finto di accettare per assicurare l'*extraneus* alla giustizia, la stessa distinzione fra accettazione "simulata" e "fraudolenta" appare ben difficilmente comprensibile, se non sul rilievo - evidentemente del tutto inadeguato a giustificare la differente valutazione delle due ipotesi - che nell'un caso, e non nell'altro, il pubblico ufficiale agisce per un fine "nobile".

Ma tale differente valutazione non ci sembra giustificabile neanche limitando il concetto di accettazione simulata alla sua formulazione tradizionale: in relazione alla configurabilità della fattispecie, infatti, il fine del pubblico ufficiale di assicurare l'istigatore alla giustizia sarà tanto encomiabile quanto strutturalmente irrilevante, né, d'altronde, il fine del p.u. di conseguire un ingiusto profitto è elemento essenziale dei delitti di corruzione.

E' senz'altro vero, insomma, che nell'ipotesi di accettazione simulata non si integrano gli estremi della corruzione, ma è altrettanto vero che lo stesso accade nel caso di accettazione fraudolenta.

Ciò che appare infatti determinante, nell'una e nell'altra ipotesi, è proprio il fatto che il p.u., quale che ne sia stato il motivo - nobile od egoistico, altruistico o inverecondo - non abbia accettato la proposta dell'istigatore, fingendo soltanto di farlo.

Il fine di conseguire un ingiusto profitto non è, lo abbiamo detto, elemento essenziale dei delitti di corruzione, lo è, invece, del delitto di truffa. Il pubblico ufficiale che accetta simulatamente non commette alcun reato; quello che accetta fraudolentemente sarà invece responsabile, a nostro avviso, ai sensi dell'art. 640 c.p.

5. - Il compimento dell'atto oggetto dell'accordo criminoso non è, evidentemente, necessario per la configurabilità dell'illecito. Senonché a nostro avviso, e già alla luce di quanto sinora rilevato, proprio il carattere generico del dolo di corruzione passiva sembrerebbe creare seri ostacoli alla possibilità di espungere il compimento dell'atto - l'oggetto stesso, dunque, del dolo dell'*intraneus* - dalla struttura degli illeciti qui esaminati.

Come questi rilievi possano coordinarsi tra loro, fornendo lo spunto per procedere ad una ricostruzione equilibrata delle dinamiche caratterizzanti tali delitti, attenta alle esigenze prammatiche dell'ordinamento, ma non inquinata dal sempre incombente pericolo di una superfetazione di istanze ispirate al più retrivo moralismo rigorista, è problema che necessita, preliminarmente, di alcune - indispensabili - considerazioni relative al bene tutelato dalle fattispecie di corruzione.

E' nostro avviso che esse siano volte a tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione.

In proposito - senza alcuna pretesa di esaustività, ma rinviando ai numerosi lavori che più direttamente hanno affrontato il problema da questa specifica prospettiva - appaiono necessari alcuni, sia pur rapidi, rilievi. E questo perché individuare nel buon andamento della p.a. il bene tutelato dalle norme in esame, pur conformemente ad autorevole dottrina (34), non risulta opinione pacifica. Essa, peraltro, non coincide con l'insegnamento tradizionale, secondo il quale, come è noto, ad esser tutelato da tali disposizioni sarebbe il prestigio della pubblica amministrazione (35).

Non può negarsi che proprio questa, in realtà, fosse l'intenzione del legislatore del 1930. Ma qui l'argomento storico gioca decisamente *a contrario*. E' proprio l'antitesi tra l'idea dello Stato propria del legislatore fasci-

sta ed il modello ordinamentale strutturato sui principi della nostra Carta costituzionale, infatti, ad evidenziarlo in maniera efficace: la concezione qui ricordata tende dunque a riflettere un'immagine dello Stato-amministrazione che già alla luce delle sue valenze politico-ideologiche si mostra pericolosamente inattuale e inadeguata (36).

L'asserita, stretta correlazione funzionale tra l'offerta - o la ricezione - del denaro ed il prestigio della pubblica amministrazione nasconde, peraltro, un interrogativo inquietante: il prestigio ha forse un prezzo? L'interrogativo è, evidentemente, paradossale, ma ancor più paradossale la risposta che ad esso ha recentemente fornito la Suprema Corte.

Il prestigio sarebbe offeso, infatti, anche da un'offerta minima di denaro, anzi, si è detto, tanto minore è l'entità dell'offerta, tanto maggiore sarà l'offesa (37).

Offrire una somma minima, insomma, significa tenere in ben scarso conto la pubblica amministrazione e le sue prerogative. Ne consegue che un'offerta cospicua, magari sproporzionata per eccesso rispetto all'atto richiesto, lungi dall'offendere, esalterebbe il prestigio di una pubblica amministrazione certamente gratificata dall'alta considerazione in cui l'*extraneus* mostrerebbe di tenerla.

Fuor di paradosso, e fuor dallo sconforto per la "capacità" di una certa prassi di utilizzare in modo diametralmente antitetico rispetto alla *ratio* anche i principi dalla più rigorosa anima garantista, quel che resta è comunque l'inadeguatezza del prestigio a porsi quale equilibrato oggetto di tutela.

Su di un diverso piano, peraltro, è stato efficacemente rilevato come ogni «cattivo comportamento» del pubblico ufficiale finisca in realtà per incidere negativamente sul prestigio della p.a. (38). Appare evidente che un "bene" connotato da una tale - insostenibile - genericità (39) non sarebbe in grado di assolvere a nessuna funzione teleologico-delimitante. Ed ogni tentativo di plausibile concretizzazione sarebbe frustrato in partenza, perché una condotta del pubblico ufficiale, per apparire davvero adeguata a "ledere" il prestigio della pubblica amministrazione, dovrebbe, evidentemente, risultare contraria a quei valori che il pubblico ufficiale è tenuto a preservare col suo agire, a quei beni, dunque, per la cui tutela sono poste le norme in esame (40). Il prestigio, in altre parole, potrebbe tutt'al più essere ritenuto un bene oggetto di tutela mediata.

Una critica analoga, quantomeno a prima vista, sembrerebbe opponibile a quegli autori che hanno individuato l'oggetto tutelato dalle fattispecie di corruzione nel dovere di fedeltà alla pubblica amministrazione (41).

Il p.u. viola infatti tale dovere quando col suo agire aggredisce - o

pone in pericolo - quei beni alla cui preservazione lo stesso dovrebbe essere funzionale. Si potrebbe così ritenere che anche il dovere di fedeltà costituisca un bene oggetto di tutela mediata.

Tale conclusione, però, non sarebbe realmente appagante.

E questo perché il dovere di fedeltà, a nostro avviso, non può - neanche in via mediata - essere considerato un bene giuridico. Esso costituisce soltanto un parametro di comportamento cui il p.u. è vincolato nell'esercizio del suo ufficio: il pubblico ufficiale, in altre parole, è tenuto alla fedeltà verso la pubblica amministrazione perché solo così può essere garantita la salvaguardia di quei valori ai quali l'attività di quest'ultimo deve essere ispirata.

Lo stesso vale per il dovere di ufficio: «dovere di ufficio e dovere di fedeltà», come si è efficacemente notato, «proprio in quanto "doveri", non sono "beni": essi sono piuttosto "doveri" posti a presidio di taluni "beni"» (42).

Dottrina autorevole ha poi individuato il bene offeso da ogni ipotesi di corruzione, nell'interesse dello Stato «che gli atti di ufficio (conformi o contrari al dovere) non siano oggetto di una compravendita privata» (43).

In questa prospettiva, anche il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione risulterebbero tutelati dalle norme in esame, ma soltanto in via indiretta, venendo tali interessi lesi proprio dal ricevere il pubblico funzionario un'indebita retribuzione per un suo atto (44).

Tale costruzione - si è però notato - ritrova il suo principale limite nel difficilmente comprensibile «rovesciamento del rapporto di mezzo a fine tra il divieto di retribuzione, che è ovviamente uno strumento, e le esigenze di buon andamento e imparzialità che sono, naturalmente, il valore fine» (45).

Nel condividere questo rilievo, ci sembra di poter operare una considerazione ulteriore. L'interesse dello Stato a che un atto del p.u. non venga indebitamente retribuito non può coincidere - a nostro avviso - con il bene tutelato dai delitti di corruzione, perché tali delitti consistono proprio in questo, nella indebita retribuzione, cioè, di un atto del pubblico ufficiale. Ora, salvo a privare la categoria del bene giuridico di qualsiasi concreta significatività - tanto sul piano politico-funzionale quanto su quello logico-dogmatico -, salvo a sacrificare le ragioni della dogmatica critica sull'altare di una tecnicistica sublimazione dell'asservimento alla Ragione politica, l'interesse tutelato da una norma incriminatrice non può identificarsi con l'interesse a che tale norma non venga violata, strutturandosi, al contrario, nello specifico del bene che quella violazione lede o pone in pericolo: così come, in altre parole, l'art. 575 c.p. tutela la vita umana, e non il monadico interesse al proprio rispetto.

A nostro avviso, le posizioni finora ricordate si caratterizzano - e in egual misura - anche per un limite ulteriore.

Il punto è che il concetto di pubblica amministrazione espresso dalla nostra realtà ordinamentale non riflette l'immagine di un'entità statica, percepibile nella sua oggettiva dimensione istituzionale - e in quanto tale anche possibile titolare di valori-fine (prestigio, decoro, *etc.*) - ma, al contrario, di un soggetto che come tale esiste, e si qualifica, soltanto in ragione della sua proiezione dinamico/funzionale (46).

E così, un fatto che non acceda alla funzione-amministrazione è un fatto realizzato da un soggetto che, a rigore, non può nemmeno essere considerato "pubblico ufficiale" o "incaricato di pubblico servizio", perché le stesse qualifiche soggettive si strutturano esclusivamente in relazione al loro investire un soggetto partecipe - in atto - della pubblica funzione.

La conclusione, a questo punto, sembra pressoché obbligata: un'ispezione funzionale della p.a., infatti, non potrà che condurre ad individuare proprio nei valori-guida, caratterizzanti la funzione stessa, l'oggetto tutelato dalle fattispecie-cardine di corruzione antecedente. E il riferimento al buon andamento della pubblica amministrazione diviene a questo punto immediato.

E' il primo comma dell'art. 97 Cost., infatti, a disporre che «i pubblici ufficiali sono organizzati secondo le disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione».

Che la disposizione non limiti la propria portata operativa ad una semplice funzione programmatica, «priva di contenuto precettivo», è un punto ormai ampiamente acquisito: essa pone, al contrario, «specifici obblighi giuridici tanto al legislatore, quanto ai pubblici ufficiali e, in genere, agli impiegati della p.a.» (47).

In proposito, per un approfondimento delle tante problematiche connesse al ruolo fondamentale svolto da tale disposizione negli equilibri del nostro sistema ordinamentale, sia consentito rinviare ai numerosi lavori aventi ad oggetto, più nello specifico, una problematica qui incontrata solo incidentalmente (48). Valgano, comunque, alcune rapide osservazioni.

Deve notarsi, innanzitutto, come nessun problema davvero significativo sembri accompagnare la delimitazione del concetto di *imparzialità*, concetto il cui paradigma andrà individuato nell'esigenza che la pubblica amministrazione non usi dei propri poteri per porsi in condizione di vantaggio nei confronti dei singoli consociati, ovvero per avvantaggiare ingiustamente taluno nei confronti di altri (49).

Per quanto riguarda il *buon andamento*, risultano invece necessarie

alcune - pur brevissime - considerazioni. Esso, in particolare, non potrà essere identificato con la sola efficienza (50).

Nel caso contrario, infatti, si dovrebbe giungere alla paradossale conclusione - quantomeno funzionalmente alle ipotesi di corruzione impropria - che la retribuzione non dovuta, essendo innegabilmente uno stimolo all'attività del pubblico ufficiale, non si porrebbe da intralcio ma, anzi, da sprone ad una maggiore celerità, ad una migliore efficienza, e quindi ad un migliore andamento della p.a.

Appare chiaro l'errore di prospettiva: per un soggetto pubblico, infatti, il buon andamento non potrà mai risultare integralmente assorbito nei parametri di efficienza o produttività. Esso, al contrario, sintetizza l'esigenza dell'assoluta identità - o al limite della massima corrispondenza - tra l'attività della p.a. e l'interesse pubblico (51); la capacità della pubblica amministrazione - in altre parole - di soddisfare i propri fini istituzionali nel più rigoroso rispetto delle regole, dei principi, e dei valori caratterizzanti l'ordinamento giuridico di cui è espressione. Che il buon andamento sia violato anche nelle ipotesi di corruzione impropria antecedente risulta, a nostro avviso, di piena evidenza (52).

Il concetto di "buon andamento" - si è poi efficacemente osservato - va anche al di là di quello, più generale, di "buona amministrazione", non attenendo soltanto al merito delle decisioni ma, più ampiamente, anche alla legittimità dell'operato della pubblica amministrazione (53). Nella sua dimensione operativa, esso dunque si sostanzia - pur non identificandosi integralmente - nella «attuazione di un potere da parte della p.a. nel rispetto dei limiti che presiedono alla sua espansione» (54).

Si è però sostenuto, autorevolmente, che le fattispecie qui esaminate non esaurirebbero la loro portata offensiva nella «potenzialità di un'offesa per il buon andamento della pubblica Amministrazione», e questo perché l'accettazione stessa di «indebiti compensi» costituirebbe - in atto - uno specifico «danno rapportabile sia alla "credibilità" del singolo funzionario e alla possibilità di fenomeni di ripetizione e di imitazione da parte dei suoi colleghi di ufficio, sia alla fiducia dei consociati sulla effettività delle valutazioni e delle scelte compiute dalla pubblica Amministrazione» (55).

Il riferimento iniziale non è dunque operato alla "credibilità" della funzione - la cui natura del tutto mediata e strumentale, quale possibile oggetto di tutela, apparirebbe peraltro di piena evidenza - ma alla "credibilità" del «singolo funzionario», di quel funzionario, cioè, che ha accettato, in concreto, l'offerta corruttoria: di un funzionario, insomma, tutt'altro che "credibile". Difficile condividere l'idea che ad essere tutelata possa essere la

sua "credibilità". Al contrario, è incriminato un fatto sintomatico dell'assenza di essa, ma questa - a nostro avviso - è tutt'altra cosa.

Per quanto attiene alla «fiducia dei consociati sulla effettività delle valutazioni e delle scelte compiute dalla pubblica Amministrazione», essa meriterà tutela non se il suo venir meno sia ispirato da irrazionali tensioni catartiche, ma soltanto se obiettivamente fondato, soltanto, dunque, se ad essere realmente in pericolo sia il buon andamento dell'amministrazione stessa.

Che anche «la possibilità di fenomeni di ripetizione e di imitazione» costituisca null'altro che una - lontana - eco di un pericolo funzionale ben più accentuato, nel suo indispensabile rapporto col fatto, dalla concreta possibilità che il pubblico funzionario rispetti l'impegno assunto con l'accordo criminoso, è peraltro ulteriore riprova, a nostro avviso, dell'impossibilità di reperire al di fuori del buon andamento stesso l'oggetto di tutela.

L'art. 97 Cost. affianca al buon andamento l'ulteriore parametro dell'imparzialità. Una condotta non imparziale da parte della p.a., peraltro, implica innegabilmente un cattivo andamento dell'attività di questa:

Ma non è necessariamente vero il contrario.

Come buon andamento non è soltanto efficienza, così non è neanche solo imparzialità. Quest'ultima, anzi, si pone quale limite invalicabile della prima, mai potendo la condotta della p.a. essere giustificata dal perseguimento del fine della efficienza, laddove questa venisse a concretare offesa al bene preponderante della *par condicio civium* (56).

L'imparzialità rappresenta, quindi, un *minus* rispetto al buon andamento; la tutela di quest'ultimo implica necessariamente, a nostro avviso, la tutela dell'altra.

6. - Il semplice accordo criminoso è sufficiente per la configurabilità della corruzione.

Sulla base di questa premessa, dottrina (57) e giurisprudenza (58) concludono immancabilmente per l'assoluta irrilevanza del fatto che il pubblico ufficiale rispetti o meno l'impegno assunto; si dice, anzi, che l'atto compiuto - omesso o ritardato - in esecuzione del *pactum sceleris*, non rientrando nello schema della corruzione, possa ben integrare gli estremi di un diverso ed ulteriore illecito (59). Conformemente alla comune opinione, si è così autorevolmente sostenuto che, nel caso di specie, «il p.u., oltre a rispondere della corruzione passiva, risponderà del reato da lui commesso in seguito alla corruzione» (60).

La stretta consequenzialità tra la premessa, indiscutibilmente esatta, e

la conclusione che da essa si trae, necessita, a nostro avviso, di attenta considerazione. Non crediamo, infatti - e sarà lo sviluppo dei dati sinora acquisiti a condurre a questa conclusione -, che l'atto compiuto, omesso o ritardato, giochi davvero, e necessariamente, un ruolo significativo sul piano della tipicità, né che possa dar luogo, per il sol fatto di ritrovare la propria ragione di esistenza in un precedente accordo criminoso, ad un diverso - ed ulteriore - titolo di illecito.

7. - I delitti di corruzione si perfezionano già nel momento dell'accordo, accordo con il quale le parti si impegnano al compimento di prestazioni corrispettive: l'una a compiere un atto, l'altra a retribuirlo. Ai fini della corruzione, si ripete costantemente, è irrilevante che il pubblico ufficiale compia o meno l'atto concordato. Ci sarebbe da aspettarsi che altrettanto pacificamente venga affermata la tendenziale irrilevanza del fatto che l'*extraneus* retribuisca effettivamente il pubblico ufficiale. Ma così non è. Si è detto, infatti, che «se il pubblico ufficiale ha accettato la promessa e poi ha ricevuto la retribuzione, verificandosi un assorbimento della prima fattispecie nella seconda, deve ammettersi che il reato si consuma al momento della consegna effettiva» (61).

Ancora, «se la promessa è seguita dalla effettiva dazione della utilità, si approfondisce la lesione tipica del delitto (e quindi il momento consumativo si sposta dalla promessa alla dazione)» (62).

La corruzione costituirebbe dunque - e numerose sono le decisioni giurisprudenziali in tal senso (63) - un delitto a duplice schema, principale o sussidiario, a seconda che l'*extraneus* rispetti o meno l'impegno di retribuire il pubblico ufficiale (64).

Si prospetta così una ben strana ricostruzione dei delitti in esame: se l'*extraneus* rispetta l'impegno di retribuire il p.u., tale sua condotta integrerebbe in modo essenziale la fattispecie di corruzione, al punto da far slittare il momento della consumazione (e fin qui la tesi ritrova un plausibile fondamento sistematico nella alternatività della condotta tipica di corruzione attiva). Ma se il pubblico ufficiale rispetta l'impegno di compiere l'atto, ecco che tale sua condotta - quantomeno rispetto allo specifico della corruzione - risulterebbe, invece, del tutto irrilevante.

Questo schema è ben scarsamente convincente: non solo in ragione della sua ingiustificabile asimmetria (espressiva, più che di un problema estetico, di un evidente "scompenso" logico-ricostruttivo), ma soprattutto perché tra i due contegni susseguenti all'accordo, finisce per "espellere" dalla struttura della corruzione proprio quello che - al contrario - dovrebbe

meritare la massima considerazione, perché in esso, e soltanto in esso, si sublima il disvalore oggettivo dell'illecito: l'approfondimento della «offesa tipica», infatti, non si verifica certo nel momento in cui l'*extraneus* retribuisce effettivamente il p.u. - l'evento temuto non è l'arricchimento di un pubblico ufficiale (65) - ma nel momento in cui l'atto oggetto della illecita contrattazione viene effettivamente compiuto, omesso o ritardato (66), nel momento, cioè, in cui il buon andamento della pubblica amministrazione (67), bene solo messo in pericolo dall'accordo criminoso, risulta effettivamente offeso.

Abbiamo visto, d'altronde, come il dolo della corruzione passiva, più che nella volontà di accettare una somma di denaro al fine di compiere un atto, si sostanzia nella volontà del pubblico ufficiale di compiere un atto per il quale egli accetta una retribuzione non dovuta, o ne accetta la promessa: che l'oggetto del dolo non possa essere "tranquillamente" espunto dalla fattispecie, è rilievo, a nostro avviso, di piena evidenza.

Ancora: come è stato autorevolmente rilevato (68), ciò che differenzia la corruzione impropria dalla corruzione propria è che quest'ultima risulta caratterizzata dalla violazione di un doppio dovere, l'uno posto dalla norma incriminatrice, l'altro dalle norme che regolano l'attività dell'ufficio, laddove nella corruzione impropria si riscontra soltanto la violazione del dovere sancito dalla norma incriminatrice.

Ora, se è indiscutibile che il dovere posto dalla norma incriminatrice viene violato già con il semplice accordo criminoso, è anche vero che non vi è alcuna violazione del dovere di ufficio fintanto che l'atto non sia effettivamente compiuto, omesso o ritardato (69): lo stesso elemento discrezionale tra corruzione propria e corruzione impropria - la violazione cioè del dovere di ufficio - risulterebbe privo di ogni plausibile pregnanza se non riconoscendo come interno ai delitti di corruzione il compimento dell'atto oggetto dell'accordo (70).

E' interessante rilevare, peraltro, come la stessa giurisprudenza di legittimità abbia in più occasioni ritenuto che «ai fini della distinzione fra corruzione propria ed impropria il principio di imparzialità della pubblica amministrazione non va considerato in astratto, ma deve essere calato nella realtà del buon andamento della P.A. ... L'atto è contrario ai doveri di ufficio soltanto quando sia accertata in concreto la sussistenza di una ingiustizia manifesta per disparità di trattamento» (71). La stessa qualificazione giuridica del fatto, dunque, non può facilmente prescindere da una concreta valutazione dell'atto realizzato in esecuzione dell'accordo corruttorio. Considerare quell'atto come "esterno" alla corruzione sembra riflettere, a questo punto,

null'altro che la sconfitta della razionalità dommatica e teleologica, a fronte del paradossale - e gravissimo - trionfo di una trasfigurazione eticizzante delle dinamiche sottese agli equilibri delle responsabilità sociali.

Il compimento dell'atto oggetto dell'accordo illecito non è elemento essenziale dei delitti di corruzione, ma ciò che il legislatore, sanzionando già il solo accordo, intende evitare: è l'evento temuto dei delitti di corruzione e, qualora si verifichi, non può che risultare irrimediabilmente attratto dal *Tatbestand*.

Fu il Beling, all'inizio del secolo, ad individuare nell'ambito della struttura del reato, una *Aussenzone* composta di contegni susseguenti rispetto al momento consumativo del reato, non ulteriore rispetto alla fattispecie, ma a questa complementare (72).

Si venne così ad elaborare il concetto di postsfera, area della fattispecie in cui si collocano tutti quegli atti che, pur successivi alla consumazione del reato, ricadono ancora nella «sfera di interessi del *Tatbestand*» costituendo «un tutt'uno con esso» (73), integrandolo, e dando così luogo alla cd. fattispecie allargata del reato (74). Non ogni atto posto in essere in un momento successivo a quello della consumazione viene evidentemente a rientrare - nella costruzione belinghiana - nell'ambito della postsfera, ma soltanto quegli atti con cui l'agente tiene ferma, consolida o aggrava, quella situazione antigiusdittica già posta in essere con la realizzazione del reato medesimo (75).

Tale pensiero, fra i cui punti di riferimento deve forse individuarsi la teoria del reato esaurito, elaborata nel secolo scorso dai nostri classici (76), è stata oggetto, nell'ambito della dottrina tedesca, di ulteriori elaborazioni e specificazioni, dando luogo alla distinzione, allo stato largamente accolta, tra *Vollendung* e *Beendigung*, ovvero fra consumazione formale e consumazione sostanziale del reato (77).

Tale distinzione rileva, si è detto, funzionalmente a quelle ipotesi delittuose per le quali il legislatore abbia «potenzialmente anticipato il momento della piena punibilità del fatto rispetto a quello del completo svolgimento dell'illecito» (78).

Il momento in cui fattispecie astratta e fattispecie concreta vengono a coincidere, il momento cioè della consumazione formale, viene così distinto dal momento in cui il fatto delittuoso è compiutamente realizzato, dal momento, cioè, della consumazione sostanziale.

Questo concetto, elaborato originariamente in relazione al reato permanente per inquadrare la rilevanza giuridica del persistere della condotta illecita (79), è stato successivamente applicato anche alle dinamiche peculiari - e altrimenti pressoché insuscettibili di razionalizzazione sistematica -

del reato abituale, del reato continuato, dei reati a dolo specifico, dei delitti aggravati dall'evento, dei delitti di attentato, nonché di quei reati di pericolo in cui il rischio della effettiva lesione del bene tutelato sia legato non a fattori esterni, ma ad un proseguimento dell'attività dell'agente (80). Ed è proprio ciò che accade nel caso in cui il pubblico ufficiale compia, ometta, o ritardi l'atto oggetto dell'accordo criminoso. E' soltanto allora, infatti, che viene realmente aggredito quel buon andamento della pubblica amministrazione che l'accordo aveva soltanto posto in pericolo.

Il momento dell'accordo, dunque, come momento della consumazione formale; il momento dell'adempimento dell'impegno assunto con tale accordo, vale a dire il compimento, l'omissione, od il ritardo dell'atto, come momento della consumazione sostanziale dei delitti di corruzione.

Con riguardo allo specifico della dottrina italiana, questa ricostruzione trova ampio riscontro nella distinzione - autorevolmente prospettata, ed ampiamente accolta - tra il perfezionamento di un reato e la sua consumazione (81).

Un reato esiste ed è «perfetto», si è infatti detto, quando tutti gli elementi previsti dalla fattispecie legale si sono verificati nel «loro contenuto minimo», ma diverso potrebbe essere il momento in cui quel reato raggiunga la sua «massima gravità concreta», il momento, cioè, della «consumazione» (82).

Che i delitti di corruzione antecedente, rispondendo allo schema dei delitti a tutela anticipata, acquistino la loro massima gravità concreta soltanto nel momento in cui l'evento temuto venga realmente a verificarsi, è, crediamo, difficilmente dubitabile: il pubblico ufficiale che adempie l'impegno assunto con l'accordo criminoso agisce - attualizzando il *fieri* della sua offensività - decisamente «all'interno» della fattispecie allargata dei delitti di corruzione.

La stessa circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'art. 319 *ter* c.p. evidenzia bene, peraltro, la grande difficoltà dell'atto realizzato in esecuzione del *pactum sceleris* a sottrarsi alla fortissima attrazione esercitata su di esso da una fattispecie-base pur strutturata sull'incriminazione del semplice accordo (83).

Non si tratta, dunque, soltanto di motivi che riposano nella razionalità teleologica o funzionale: precise ragioni sistematiche e strutturali rendono estremamente difficile che il compimento, l'omissione od il ritardo dell'atto, possano integrare gli estremi di un fatto, penalmente apprezzabile, diverso rispetto a quella corruzione di cui sono parte integrante. Più esattamente, essi fonderanno un autonomo titolo di responsabilità soltanto nel caso in cui

esorbitino la sfera di offensività, attuale o potenziale, riconducibile all'ambito di tutela in cui si proietta la tipicità stessa dei fatti di corruzione, il loro presidiare, e da ben precise modalità di aggressione, il buon andamento della pubblica amministrazione.

L'atto realizzato in esecuzione dell'accordo, in altre parole, integrerà gli estremi di un fatto penalmente apprezzabile, ulteriore rispetto ai delitti di corruzione, soltanto se la sua illiceità ritrovi ragione e fondamento in un fattore del tutto estrinseco rispetto alla sola derivazione dell'atto stesso da un accordo illecito.

Potrà sussistere il concorso - e sarà pur sempre concorso formale - con il falso in atto pubblico, ad esempio, fatto la cui illiceità prescinde del tutto dal *pactum sceleris*, ma non con l'abuso d'ufficio, *rectius*, non con un abuso d'ufficio strutturato sull'inserimento nell'atto dell'interesse dell'*extraneus*.

Le conclusioni cui siamo pervenuti non coincidono con quelle comunemente fatte proprie, oggi, da dottrina e giurisprudenza (84). Ma di quest'ultime è necessario riscoprire - nascosta, peraltro, dietro tensioni permeate di un insidioso moralismo "rigorista" - la decisa, pericolosa, valenza ideologica. Non va dimenticato, infatti, che - storicamente - l'idea relativa all'estraneità alla corruzione dell'atto compiuto in esecuzione dell'accordo si sia affermata, nel nostro Paese, in apprezzabile corrispondenza con la graduale involuzione autoritaria dello Stato liberale.

Prima che la ridefinizione politica dello Stato giungesse a compimento, infatti, di ben altro tenore (andando anche al di là delle nostre conclusioni) era stata, in proposito, l'idea del Carrara: «dove per altro alla corruzione abbia tenuto dietro una serie di atti che siano esecutivi del secondo delitto (per esempio il gendarme comprato per carcerare l'innocente ha già tentato l'arresto), allora potrà nascere il conflitto tra la corruzione consumata e il tentato carcere privato, e tale conflitto si risolverà con la regola della prevalenza, sempre però obiettando un solo titolo» (85).

Né è del tutto irrilevante che i Progetti di codice penale del 1868 e del 1870 addirittura prevedessero esplicitamente il perfezionarsi della corruzione propria soltanto nel momento in cui il pubblico ufficiale avesse realmente omissso o compiuto l'atto «contro i doveri del proprio ufficio» (86).

Qui, comunque, è in gioco ben altro che il solo recupero di una tradizione antica ed autorevole, o l'indubbia efficacia argomentativa e dialettica del potersi ricollegare: il punto è che, nel caso di specie, la posizione di un preciso argine alla configurabilità del concorso costituisce, ora come allora, un punto di arrivo pressoché obbligato alla luce di sistemi ordinamentali le

cui matrici ideologiche non esprimano la priorità di "obbedienza", "opportunità" e "Ragione politica" sulle garanzie dei singoli consociati, sul loro proiettarsi in una ricostruzione equilibrata del fondamento - e dei limiti - delle responsabilità sociali (87).

Se questo è vero, anche alcuni rilievi di diritto comparato dovranno condurre in questa direzione. In quegli ordinamenti europei che hanno disciplinato espressamente tale ipotesi, infatti, il compimento dell'atto oggetto dell'accordo criminoso ha come unico effetto quello di comportare un aggravamento della sanzione prevista per il delitto di corruzione (88). Il compimento dell'atto è dunque tipicamente previsto come elemento eventuale, ma comunque non "esterno" rispetto alla fattispecie.

Funzionalmente allo specifico della nostra realtà ordinamentale, pur in assenza, dunque, di una esplicita statuizione al riguardo, il compimento, l'omissione od il ritardo dell'atto oggetto dell'accordo - incapaci di acquisire autonomo rilievo penale se privi di un disvalore di illecito del tutto autonomo rispetto a quello conferito loro dalla semplice derivazione dall'accordo criminoso, dalla stretta strumentalità all'esecuzione di esso - dovranno comunque comportare un aggravamento della pena ai sensi dell'art. 61 n. 8 c.p. Anche se sarebbe forse possibile argomentare, con un rilievo le cui ragioni dommatiche tendono però a stemperarsi alla luce di un'accentuata disfunzionalità politico-criminale, che chi agisce ancora nell'ambito della medesima fattispecie, pur aggravandone l'intrinseca dannosità - fattore questo certamente rilevante ex art. 133 c.p. - non ne stia, però, aggravando nel contempo «le conseguenze».

NOTE

(1) In proposito, sullo specifico dell'esperienza italiana di questi ultimi anni, cfr., tra gli altri, COLOMBO, *Le indagini della magistratura italiana nei reati contro la pubblica Amministrazione. Il danno conseguente alla corruzione*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 467 ss.; ID., *Stato di diritto e corruzione. I risultati delle indagini milanesi sui reati contro la pubblica amministrazione*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2256 ss. Sugli «effetti profondamente devastanti del sistema generalizzato di corruzione ambientale», con grande efficacia, v. STELLA, *La «filosofia» della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 935 ss.

Da peculiare prospettiva, cfr. anche CAFERRA, *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi*, Bari, 1992; RUGGIERO, *Scambio corrotto e vittimizzazione in Italia*, in *Del. pen.*, 1994, p. 7 ss.; D'ALBERTI-FINOCCHI, a cura di, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994; DELLA PORTA-VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, 1994; SAPELLI, *Cleptocrazia. Il "meccanismo unico" della corruzione tra economia e politica*, Milano, 1994; CAZZOLA-MORISI, *Magistratura e clas-*

se politica. Due punti di osservazione specifici per una ricerca empirica, in *Soc. dir.*, 1995, p. 91 ss.; GAMBERINI, *La giustizia penale nella politica*, in *Pol. dir.*, 1995, p. 14 ss.

(2) Sul punto, ampiamente, e per tutti, cfr. STILE, a cura di, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, e bibliografia ivi citata. Cfr. anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, Appendice, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione* (Legge 26 aprile 1990, n. 86), Bologna, 1991, p. 3 ss.; GROSSO, *Commento agli artt. 318 - 322 c.p.*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* (coordinato da Padovani), 'Speciali' di lp., 6, Torino, 1996, p. 172.

(3) Cfr., tra gli altri, PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 815 ss.; PADOVANI, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione. Il commento*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 540 ss.; SINISCALCO, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali. Profili critici*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 264; STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: profili generali e spunti problematici*, in *Riv. pen. ec.*, 1990, p. 707 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, Appendice, cit., p. 4 s.; GROSSO, *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1298 ss. Cfr. anche AA.VV., *I delitti contro la pubblica amministrazione dopo la riforma. Il nuovo codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore* (Atti del primo congresso nazionale di diritto penale), Napoli, 1991, p. 3 ss.

(4) In questo senso, ad es., GROSSO, *Commento agli artt. da 6 a 12 della L. 26 aprile 1990, n. 86. Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 288; PALAZZO, *La riforma*, cit., p. 823 s.; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dopo le leggi 26 aprile 1990 n. 86; 12 giugno 1990 n. 146 e 7 agosto 1990 n. 241*, Milano, 1991, p. 261; ALBAMONTE, *I delitti di concussione e corruzione nella L. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 903 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, Appendice, cit., p. 19; MIRRI, voce *Corruzione* (aggiornamento), in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1991, p. 1; TENCATI, *La corruzione per atti indebiti nel recente trend legislativo*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 145; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p.s., vol. II, Milano, 1995, p. 306; GROSSO, *Commento agli artt. 318 - 322 c.p.*, cit., p. 170 ss.

(5) In generale, per un ampio quadro dei disegni e delle proposte di legge in materia, v. *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 1063 ss. In particolare, sulla proposta elaborata dai proff. Dominioni, Pulitani e Stella, dai dott. Colombo, Davigo, Di Pietro, Greco, e dall'avv. Di Noia (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025 ss.), sull'ampio dibattito da essa generato, cfr., tra gli altri, STELLA, *La «filosofia»*, cit., p. 935 ss.; SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 941 ss.; FLICK, *Come uscire da tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, ivi, p. 945 ss.; PULITANO, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, ivi, p. 948 ss.; FOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, ivi, p. 958 ss.; GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su tangentopoli. Il progetto anticorruzione fra utopia punitiva e suggestione penale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2341 ss.; ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, ivi, p. 1 ss.; PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, ivi, p. 61 ss.; STILE, a cura di, *Il problema "tangentopoli" nell'attuale stato di disfunzione dell'amministrazione della giustizia*, Atti del seminario di Siracusa, 20-22 otto-

bre 1995, in corso di stampa; PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 ss.; MOCICA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, *ivi*, p. 463 ss.

(6) Così, PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, *cit.*, p. 823 ss.; GROSSO, *Commento agli artt. da 6 a 12*, *cit.*, p. 288 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, *Appendice*, *cit.*, p. 19 ss.; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, *cit.*, p. 261 ss. In generale, per una visione d'insieme delle problematiche sottese al delicato *genus* dei reati contro la pubblica amministrazione, cfr., per tutti, STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 129 ss.

(7) Cfr., ad es., VENDITTI, voce *Corruzione*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 757 s.; VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 325; GROSSO, *I delitti contro la P.A.*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da BRICOLA e ZAGREBELSKY, p.s., I, Torino, 1984, p. 227; VIGNALE, *Corruzione propria e corruzione impropria per il compimento di un atto discrezionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 504; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, *cit.*, p. 165; GROSSO, voce *Corruzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 159 ss.; MIRRI, voce *Corruzione*, *cit.*, p. 8; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, *cit.*, pp. 315, 366; PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 263; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p.s., Milano, 1995, p. 181 ss. In senso contrario, negando il carattere specifico del dolo del p.u., ma valutando comunque tale quello dell'*extraneus*, SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 969; GROSSO, *Commento agli artt. 318 - 322 c.p.*, *cit.*, pp. 186 ss e 202 s.

(8) V. LEVI, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Roma, 1930, p. 224; PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, p. 118; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata da Nuvolone e Pisapia, Torino, 1982, vol. V, p. 230; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, *cit.*, p. 165; MIRRI, voce *Corruzione*, *cit.*, p. 7; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, *cit.*, p. 367; PAGLIARO, *Principi*, p.s., *cit.*, p. 187 s. Sul punto, cfr. anche GIANNITI, *Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale*, in *Scuola pos.*, 1969, p. 1779; SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, *cit.*, pp. 969, 975 s.; GROSSO, *Commento agli artt. 318 - 322 c.p.*, *cit.*, p. 193. In giurisprudenza, cfr. in tal senso, ad es., Cass., 2 luglio 1957, in *Riv. pen.*, 1957, II, p. 892; Cass., 21 marzo 1984, in *Giust. pen.*, 1984, III, c. 268. In senso contrario, però, cfr. MARINI, *Lineamenti della condotta nel delitto di concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 695.

(9) Così, PAGLIARO, *Principi*, p.s., *cit.*, p. 188.

(10) *Ibidem*. Nello stesso senso, cfr. anche SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, *cit.*, p. 367 s.

(11) Cfr. GALLO, M., voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 795. Per una ricostruzione critica delle diverse concezioni del dolo specifico, cfr., per tutti, PECORA-RO-ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, p. 522 ss.; PICOTTI, *Il dolo specifico*, *cit.*, p. 471 ss.

(12) Che «il fine tipizzato» investa direttamente il «terreno della tipicità del fatto di reato» è messo efficacemente in evidenza da PICOTTI, *Il dolo specifico*, *cit.*, p. 498 ss.

(13) Sui piani strutturale e sistematico, la peculiare necessità di «superare ... la nozione fisico-materiale di "oggettività" del fatto tipico», ma anche «quella soltanto "psicologica"

del dolo specifico», è peraltro sottolineata da PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 540 ss.

(14) Che per la configurabilità dei delitti di corruzione sia necessaria una «effettiva adesione», è esplicitamente rilevato, ad es., in Cass., 5 maggio 1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2184.

(15) Per il carattere sinallagmatico dell'accordo in cui si strutturano i delitti di corruzione v., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 159; MIRRI, voce *Corruzione*, cit., p. 7; PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 170.

(16) In questo senso, per tutti, PANNAIN, *La simulata accettazione del pubblico ufficiale nella corruzione*, in *Arch. pen.*, 1945, II, p. 206; PAGLIARO, *La retribuzione indebita come nucleo essenziale dei delitti di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 69 s.; VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., p. 323; GROSSO, *Il delitto di corruzione tra realtà interpretativa e prospettive di riforma*, in STILE, a cura di, *La riforma*, cit., p. 345 s.; ID., *Commento all'art. 7 L. 26/4/1990 n. 86. Modifiche*, cit., p. 290 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 163; SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 960. In giurisprudenza, v., ad es., Cass., 24 novembre 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, c. 678.

(17) Così, tra gli altri, RICCIO, S., voce *Corruzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 900; PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 143 s.; PAGLIARO, *La retribuzione indebita*, cit., p. 66; MANZINI, *Trattato*, cit., p. 242; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 163; GROSSO, voce *Corruzione*, cit., p. 158; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 304; PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 169; ANTOLISEI, *Manuale*, p.s., cit., p. 308. Che la proporzionalità tra l'utilità e l'atto non sia essenziale per la configurabilità della corruzione propria è invece sostenuto, fra gli altri, da LEVI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Florian, Milano, 1935, p. 269 s.; VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 759; GIANNITI, *Studi sulla corruzione*, Milano, 1970, p. 72 s.; CACCIAVILLANI, *Sulla corruzione passiva in atti amministrativi*, in *Giust. pen.*, 1978, c. 312; SCOLOZZI, *Alcune considerazioni sul delitto di corruzione*, in *Giust. pen.*, 1988, II, c. 506. In giurisprudenza, cfr., ad es., Cass. 7 giugno 1969, in *Mass. Cass. pen.*, 1969, p. 1104 (m); Cass., 22 settembre 1989, in *Riv. pen.*, 1990, p. 877 (m). L'idoneità della proposta dell'*extraneus* ad accedere al fatto tipico andrebbe dunque valutata *ex ante*, sulla base di un giudizio di obiettiva proporzionalità tra la «prestazione» e la «controprestazione». Così, Cass., 15 dicembre 1989, in *Riv. pen.*, 1991, p. 198 (m).

(18) Cfr., per tutti, FIORE, C., *Idoneità dell'azione, elemento psicologico, e adeguatezza sociale nella questione dei munuscula*, in *Foro pen.*, 1966, p. 411; VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., p. 323; GROSSO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 216 s.; ID., *Il delitto di corruzione*, cit., p. 345; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 163; SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 961. In giurisprudenza, v. ad es., Cass., 29 gennaio 1971, in *Mass. Cass. pen.*, 1971, p. 641 (m); Cass., 12 febbraio 1974, in *Probl. sic. soc.*, 1975, p. 295; Cass., 21 novembre 1983, in *Riv. pen.*, 1984, p. 1078 (m); Cass., 11 luglio 1989, in *Riv. pen.*, 1990, p. 669 (m). Per l'adeguatezza, al contrario, anche di «vantaggi patrimoniali minimi» ad integrare gli estremi dell'illecito, v., ad es., Cass., 23 settembre 1987, in *Riv. pen.*, 1989, p. 89.

(19) V., ad es., RICCIO, S., voce *Corruzione*, cit., p. 901; PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 123; PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 181.

(20) Sul punto, v. *infra* § 7.

(21) Per l'individuazione nel buon andamento della pubblica Amministrazione del bene tutelato dagli artt. 318 ss. c.p., ampiamente, v. *infra*, § 5 e bibliografia ivi citata.

(22) La "truffa *in re illicita*", sul cui rilievo penale era sorto, in passato, un acceso dibattito nell'ambito della nostra dottrina (cfr., tra gli altri, CARRARA, *Frode nei contratti illeciti*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VII, Lucca, 1877, p. 282 ss.; TOLOMEI, *Delle truffe e di altre frodi*, Roma, 1915, p. 370 ss.; MAGGIORE, *Diritto penale*, p.s., Bologna, 1950, p. 1015 s. e bibliografia ivi citata), è oggi ritenuta perfettamente configurabile, e questo perché, in tal caso, «sussistono tutti i requisiti della truffa», perché «la norma penale ... è posta a tutela non dei diritti soggettivi individuali ma dell'ordine giuridico generale, ... che, altrimenti, significherebbe ripristinare il vecchio e superato principio del *paria delicta mutua compensatione tolluntur*», e perché «il legislatore, avendo introdotto la aggravante del "pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare", ha svincolato la truffa dal carattere morale dello scopo perseguito dal truffato». Così, MANTOVANI, *Diritto penale*, p.s., *Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 166.

Nello stesso senso, per tutti, cfr. MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, p. 870 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. II, t. 2, *Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 1992, p. 149 s.; LA CUTE, voce *Truffa (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 253 s. Sul punto, cfr. anche DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dannata. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, p. 225. Per una problematica affine, e per un più complessivo sguardo d'insieme, cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 61, in particolare n. (41). In giurisprudenza, ad es., cfr. Cass., 21 aprile 1978, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1980, p. 1330.

(23) Cfr. PANNAIN, *La simulata accettazione*, cit., p. 204 ss.; RICCIO, S., voce *Corruzione*, cit., p. 904; VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 759; PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 117 s.; GROSSO, *I delitti contro la p.a.*, cit., p. 216; ID., *Commento agli artt. 318 - 322 c.p.*, cit., pp. 178 e 193; SCOLOZZI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 570; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 163. Sul punto cfr. anche, LEVI, *I delitti*, cit., p. 283; CACCIAVILLANI, *Sulla corruzione*, cit., p. 310 s.; MIRRI, voce *Corruzione*, cit., p. 7; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 298.

In giurisprudenza, cfr., ad es., Cass. 8 ottobre 1959, in *Giust. pen.*, 1960, II, c. 139; Cass., 27 giugno 1967, in *Cass. pen.*, 1968, p. 1092; Cass., 29 maggio 1972, in *Mass. cass. pen.*, 1972, p. 1409 (m); Cass., 5 maggio 1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2184.

(24) V., ad es., SCOLOZZI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 570; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 163.

(25) Cfr., tra gli altri, PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 151.

(26) Sul punto, in generale, cfr. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dannata e politico-criminale*, Milano, 1993. Cfr. anche DELL'ANDRO, R., voce *Agente provocatore*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 864 ss.

(27) L'agente provocatore, al contrario, agisce in una fase anteriore alla commissione del delitto, provocandone la realizzazione «al fine di assicurare il colpevole alla giustizia». Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, 1995, p. 455.

(28) Sul punto, la dottrina è unanime. Per tutti, v. VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 759; PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 151; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 163.

(29) VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 759.

(30) PANNAIN, *La simulata accettazione*, cit., p. 205.

(31) VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 759.

(32) Così, LEVI, *I delitti*, cit., p. 283; RICCIO, S., voce *Corruzione*, cit., p. 206.

(33) PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 118.

(34) Cfr., ad es., BRICOLA, *Tutela penale della Pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. VI, Napoli, 1972, p. 140 ss.; TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 165; VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., p. 327; BARTULLI, *Buon andamento della pubblica Amministrazione: profili penali*, in *Buon andamento della pubblica amministrazione e responsabilità degli amministratori*, in *Quaderni di Iustitia*, 35, Milano, 1984, p. 69 ss.; VIGNALE, *Corruzione*, cit., p. 498 ss.; GROSSO, *Il delitto di corruzione*, cit., p. 342 ss.; RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984; ID., *Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *La riforma*, cit., p. 68 ss.; MIRRI, voce *Corruzione*, cit., p. 4 s.; MORMANDO, *Appunti in tema di corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1989, c. 253 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 162; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 267 ss. In giurisprudenza, cfr., ad es., Cass., 5 gennaio 1974, in *Cass. pen. mass.*, 1975, p. 1306; Cass., 12 gennaio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 308 (m); Cass., 25 agosto 1991, in *Cass. pen.*, 1993, p. 820. Sul punto, e da una particolare prospettiva critica, cfr. però i rilievi di SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 965 ss. Alla luce delle peculiarità dell'esperienza italiana di questi ultimi anni, si è poi notato come «il collocarsi del fenomeno nel cruciale snodo dei rapporti tra i "piani alti" dell'Economia e della Politica abbia finito inoltre per riflettersi su un'altra grandezza di rilievo estremo: le dimensioni e la natura del danno prodotto da questi fatti, non più ristretto alle un po' logore e sfilacciate categorie del "buon andamento" e dell'"imparzialità" della pubblica amministrazione, ma esteso all'integrità dell'economia nazionale, alle regole della concorrenza e allo stesso funzionamento delle istituzioni democratiche» (così, FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in STILE, a cura di, *Il problema "Tangentopoli"*, cit., p. 7 del dattiloscritto). Tutto questo, implicando uno "spostamento" della corruzione «verso l'orbita di quell'area definita in criminologia come la "criminalità economica"» (*ibidem*), porterebbe a ricostruirne l'oggettività giuridica come «"ad assetto variabile", caratterizzata da un involucro di "imparzialità e/o buon andamento della pubblica amministrazione"», via via riempito da «un secondo livello di interessi, da individuare di volta in volta in rapporto al tipo di attività della pubblica amministrazione coinvolta nei fatti di corruzione» (*ivi*, p. 24).

Questo schema, strutturato sul paradigma della corruzione "sistemica", o "ambientale" - e difficile da riferire, peraltro, al fenomenologicamente diverso modello della corruzione "pulviscolare" - esprime autorevolmente la presa di coscienza da parte della nostra dottrina della gravità di un fenomeno devastante non solo sul piano dell'economia nazionale (secondo stime attendibili, le dimensioni economiche della corruzione, nel nostro Paese, sarebbero andate, in questi ultimi anni, «da duemila a quindicimila miliardi di lire annui di tangenti; anche a stare alla cifra minore, l'ammontare delle tangenti sarebbe pari allo 0,1% del PIL italiano, e con un costo quantificato nel 23% degli utili realizzati nel 1992 dalle società italiane». Così, PULITANO', *Problema tangentopoli e giustizia penale*, in STILE, a cura di, *Il problema "Tangentopoli"*, cit., p. 1, n. (1), del dattiloscritto), ma tale da determinare «una vera e propria crisi dello stato di diritto» (*ivi*, p. 1).

A tale impostazione potrebbe forse obiettarsi che se è vero che l'enorme dilagare di episodi corruttivi ha fortemente inciso sui problemi dell'economia nazionale, è anche vero

che proprio la dimensione parossisticamente patologica della nostra realtà politico-istituzionale dovrebbe costituire un freno alla possibilità di ricostruire proprio alla luce di essa - della sua natura auspicabilmente, ma anche intrinsecamente, transeunte - i caratteri sistematico-strutturali di tale tipologia d'illeciti.

(35) In questo senso, tra gli altri, RICCIO, S., voce *Corruzione*, cit., p. 899; PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 114; VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 754; MANZINI, *Trattato*, cit., p. 212 s. In giurisprudenza cfr. ad es., Cass., 12 dicembre 1973, in *Mass. cass. pen.*, 1974, p. 393 (m); Cass., 25 settembre 1980, in *Riv. pen.*, 1981, p. 274 (m); Cass., 4 maggio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 534 (m).

(36) Cfr. RAMPIONI, *Progetto*, cit., p. 67.

(37) Così, Cass., 26 giugno 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 198 (m).

(38) Cfr. PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 143.

(39) In questo senso, e per tutti, PAGLIARO, *La retribuzione*, cit., p. 57 ss.; ID., *Principi*, p.s., cit., p. 143; MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 430.

(40) Cfr. PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 143.

(41) Cfr., tra gli altri, MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1950, p. 159; VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 753; GIANNITI, *Studi sulla corruzione*, cit., p. 76.

(42) Cfr. PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 142.

(43) PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 148 s. Nello stesso senso, cfr. anche GROSSO, voce *Corruzione*, cit., p. 156. E' questa una tesi che mostra indubbiamente significativi punti di contatto con l'idea che oggetto di tutela sarebbe il dovere alla gratuità - o alla non venalità - degli atti. In questo senso, e per tutti, cfr. VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 755; ANTOLISEI, *Manuale*, p.s., cit., p. 307.

(44) PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 148. In questo senso, Cass., 19 maggio 1994, in *Giust. pen.*, 1995, c. 285 (m).

(45) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. I, cit., p. 162.

(46) In proposito, e per tutti, cfr. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nella interpretazione degli artt. 357-358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 567 ss.; RAMACCI, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 861 ss.; SEVERINO-DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983; ID., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni*, in STILE, a cura di, *La riforma*, cit., p. 28 ss.; DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1036 ss., 1560 ss.

Sul punto, successivamente alla riforma del 1990 - riforma che ha indubbiamente ribadito il carattere accentuatamente funzionale, nel nostro ordinamento, delle qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio -, cfr., tra gli altri, VINCI-GUERRA, *Spunti per discutere sulla nuova figura di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio*, in *Difesa pen.*, 1991, p. 38 ss.; BERTONI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. La nuova disciplina*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 870 ss.; GUERRIERO, *Le qualifiche pubblicistiche nell'ambito della riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. pen. ec.*, 1991, p. 82 ss.; FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, cit., p. 563 ss.; CRESPI, *Il nuovo testo dell'art. 358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1239 ss.; PICOTTI, *Le «nuove» definizioni penali di*

pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 264 ss.; CHIUSANO, *Il diritto penale in trasformazione: le nuove figure di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*, in *Difesa pen.*, 1992, p. 38 ss.; PIZZUTI, *Le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio*, in *Nuova Rass.*, 1994, p. 125 ss.

Per la presa d'atto del carattere funzionale delle qualifiche, nella nostra giurisprudenza, cfr., ad es., Cass., 7 novembre 1991, in *Mass. cass. pen.*, 1992, fasc. 1, p. 62 (m).

(47) BARTULLI, *Buon andamento*, cit., p. 66. E' questo, del resto, l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale già nella sentenza (7 marzo) 12 marzo 1962, n. 14, in *Giur. cost.*, 1962, I, p. 146 ss. Cfr. anche, in particolare, C. Cost., 15 ottobre 1990, n. 453, in *Riv. Amm.*, 1991, p. 69 ss.

(48) In generale, v. PINELLI, *Art. 97 1 comma, parte II*, in *COMMENTARIO DELLA COSTITUZIONE*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, *La Pubblica Amministrazione* (art. 97-98), Bologna, Roma, 1994, p. 31 ss. e bibliografia ivi citata. Cfr. anche, tra gli altri, ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; ID., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, c. 205 ss.; CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; VIPIANA, *L'autolimitazione della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990; SESSA, *La pubblica amministrazione nell'ordinamento costituzionale*, in *Riv. Amm.*, 1991, p. 72 ss.; SEPE, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in *Riv. Amm.*, 1994, p. 1 ss.; PETRONE, *Trasparenza, legalità e buon andamento delle pubbliche amministrazioni: il ruolo del giudice penale*, in *Riv. pen. ec.*, 1995, p. 41 ss. Sul punto, cfr. anche *supra*, n. (34).

(49) In questo senso, tra i numerosi contributi sull'argomento, BARTULLI, *Buon andamento*, cit., p. 76 ss.

(50) Così, tra gli altri, ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979. Che «buon andamento» debba «essere inteso come sinonimo di efficienza», è invece sostenuto da MIRRI, voce *Corruzione*, cit., p. 3.

(51) BARTULLI, *Buon andamento*, cit., p. 72.

(52) In questo senso, in giurisprudenza, v., ad es., Cass., 13 febbraio 1989, in *Riv. pen.*, 1991, p. 199 (m). Al contrario, per l'inadeguatezza della corruzione impropria ad incidere sul buon andamento, cfr. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 968 s.

(53) BERTI, *La Pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 22.

(54) BERTI, *La Pubblica amministrazione*, cit., p. 93.

(55) Così, SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 976.

(56) Cfr. BRICOLA, *Tutela*, cit., p. 570; BARTULLI, *Buon andamento*, cit., p. 279.

(57) V., ad es., VENDITTI, voce *Corruzione*, cit., p. 758; PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 145; ROMANO, *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1319; CACCIAVILLANI, *Sulla corruzione*, cit., p. 309; MANZINI, *Trattato*, cit., p. 231; FERRARO, *Brevi note in tema di corruzione*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1974.

(58) In questo senso, ad es., Cass., 25 gennaio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1966; Cass., 7 dicembre 1983, in *Riv. pen.*, 1985, p. 69 (m); Cass., 29 ottobre 1985, in *Rass. avv. Stato*, 1985, I, p. 682.

(59) Cfr., tra gli altri, PANNAIN, *I delitti*, cit., p. 145; CACCIAVILLANI, *Sulla corruzione*, cit., p. 319; VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., p. 312; GROSSO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 228. In giurisprudenza cfr., ad es., Cass., 30 maggio

1979, in *Riv. pen.*, 1980, p. 373 (m); Cass., 13 febbraio 1985, in *Riv. pen.*, 1986, p. 314 (m); Cass., 27 novembre 1984, *ivi*, p. 126 (m); Cass., 26 febbraio 1985, *ivi*, p. 314 (m).

(60) PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 225.

(61) Cfr., RICCIO, S., voce *Corruzione*, cit., p. 902. In senso contrario, però, cfr. MAZZA, *Appunti sulla struttura del delitto di corruzione propria*, in *Mass. cass. pen.*, 1978, p. 343; FERRARO, *Brevi note*, cit., p. 1973.

(62) PAGLIARO, *Principi*, p.s., cit., p. 221 s.

(63) Cass., 26 gennaio 1982, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 551; Cass., 25 gennaio 1982, cit.; Cass., 7 dicembre 1983, cit.; Cass., 27 marzo 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 27 (m); Cass., 13 giugno 1985, in *Riv. pen.*, 1986, p. 828 (m). Che la successiva corresponsione del compenso attenga non tanto al momento della consumazione, quanto a quello della stessa esecuzione dell'illecito, è ritenuto da Cass., 25 marzo 1994, in *Giust. pen.*, 1995, c. 286 (m).

(64) In questo senso, tra gli altri, GROSSO, *I delitti contro la p.a.*, cit., p. 226; SCOLOZZI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 569. *Contra*, però, v. CACCIAVILLANI, *Sulla corruzione*, cit., p. 309; FERRARO, *Brevi note*, cit., p. 1973 ss.

(65) V. *supra*, § 5.

(66) Che il compimento dell'atto non potesse essere ritenuto "esterno" rispetto alla corruzione risultava chiaramente, oltretutto, dalla lettura delle circostanze aggravanti specifiche previste, anteriormente alla riforma del 1990, dall'art. 319, commi 2 e 3 c.p.:

«La pena è aumentata se dal fatto deriva:

1) il conferimento di pubblici impieghi, stipendi, pensioni, onoreficenze, o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata la amministrazione di cui fa parte il pubblico ufficiale.

2) il favore o il danno di una parte in un processo penale, civile o amministrativo.

Si applica la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa non inferiore a lire cinque milioni, se dal fatto deriva una sentenza di condanna all'ergastolo o alla reclusione».

Tutti gli accadimenti ai verificarsi dei quali il legislatore aveva disposto l'aggravamento della pena edittale prevista per la corruzione propria, e che venivano, sia pur in via incidentale, ad integrare la fattispecie di tale delitto, erano, evidentemente, conseguenza dell'atto compiuto, omesso, o ritardato, e non conseguenza dell'accordo. La tesi, che collocava il compimento dell'atto al di fuori del delitto di corruzione laddove le conseguenze dell'atto compiuto ben potevano integrarne la struttura, appare difficilmente condivisibile. L'attuale testo normativo (art. 319 *bis* c.p.) dispone: «La pena è aumentata se il fatto di cui all'art. 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi, stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene». L'aver sostituito la formula «se dal fatto deriva» con quella «se il fatto ... ha per oggetto» è indice della volontà del legislatore di adeguare la disposizione al rinnovellato art. 319 c.p., laddove vengono equiparate le figure di corruzione propria antecedente e susseguente (SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 375: «Sembra evidente che il mutamento terminologico è stato imposto dalla necessità di trovare una formula ambivalente, utilizzabile sia per la corruzione propria antecedente che per quella susseguente in quanto, per quest'ultima, non si poteva continuare a fare riferimento ad un fatto (l'aggravante) che deriva da un altro (la corruzione), per lo meno nel senso letterale di fatto che segue, viene dopo la corruzione, quando, nella corruzione susseguente, il fatto che integra l'aggravante è anteriore alla corruzione»). Questa modifica non ha, però, inciso apprezzabilmente sulla struttura del delitto in esame (GROSSO, *Commento all'art. 8*, cit., p. 293), se non anticipan-

do la soglia di configurabilità della circostanza in parola.

Deve notarsi, peraltro, come la stessa previsione normativa della circostanza aggravante speciale di cui al secondo comma dell'art. 319 *ter* c.p., sembri inevitabilmente condurre - pur successivamente alla riforma del '90 - a ritenere l'atto oggetto dell'accordo come rientrante nell'ambito della struttura delle fattispecie corruttive.

(67) Sul punto v. *supra*, § 5.

(68) VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., p. 336; cfr. anche, VIGNALE, *Corruzione*, cit., p. 501. Il delitto di corruzione propria viene così, a nostro parere, a configurarsi come un delitto ad antigiuridicità speciale implicita. Sulla intera problematica connessa a tale categoria, v. LEVI, *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Edoardo Massari*, Napoli, 1938, p. 351 ss.; PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 65 ss.

(69) Per quell'indirizzo giurisprudenziale, seguito in alcune sentenze del *Bundesgerichtshof* - e peraltro ben difficilmente condivisibile - secondo cui il pubblico ufficiale trasgredirebbe «ai propri doveri di ufficio già per il fatto che egli si avvicina alla decisione in modo non imparziale», cfr. GIANNITI, *Il problema*, cit., p. 178.

(70) Da diversa prospettiva, ma confortando ulteriormente le nostre conclusioni, si è poi rilevato che la differenza tra corruzione propria ed impropria consisterebbe nel fatto che nell'un caso, e non nell'altro, la parzialità tipica dell'attività dell'*intraneus* successiva all'accordo corruttore, verrebbe oggettivamente a trasferirsi nell'atto realizzato in esecuzione di quello. Così, Cass., 13 dicembre 1989, in *Riv. pen.*, 1991, p. 198 (m).

(71) Cass., 4 novembre 1982, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 498.

(72) Cfr., BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, rist. anast., Aalen, 1964, p. 245.

(73) *Ibidem*.

(74) *Ibidem*.

(75) BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 247.

(76) Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, p.g., Lucca, 1871, § 49 bis.

(77) Cfr. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., Berlin, 1988, p. 465 s. Cfr. anche HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, Berlin, 1974, p. 70 ss.; BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung*, in *ZStW*, 1987, p. 723 ss.

(78) PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 144.

(79) Cfr. PROSDOCIMI, *Profili penali*, cit., p. 139.

(80) Sul punto, per tutti, cfr. PROSDOCIMI, *Profili penali*, cit., p. 139 ss. e bibliografia ivi citata; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 465 s.

(81) Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, 1992, p. 427; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p.g., Milano, 1996, p. 504 s. Per problemi connessi, cfr. anche VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 505 ss.; LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 940 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, p. 180 ss.; FIORE, C., *Diritto penale*, p.g., vol. I, Torino, 1993, p. 191 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.g., cit., p. 623.

(82) MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., cit., p. 427.

(83) Sul punto, più ampiamente, v. *supra*, n. (66).

(84) La tesi che gli atti realizzati dal pubblico ufficiale in diretta connessione - eziologica e funzionale - con un precedente delitto di concussione «non sono di per sé punibili, ma costituiscono un *post factum* assorbito dal delitto di cui all'art. 317 c.p.», è invece rinvenibile in Cass., 13 febbraio 1991, in *Riv. pen. ec.*, 1992, p. 103 ss., con nota di PALOMBI.

(85) CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, p.s., Lucca, 1872, § 2560.

(86) Sul punto, in particolare, v. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, vol. V, Torino, 1894, p. 792 ss. Per una ricostruzione delle scelte che avrebbero caratterizzato la codificazione del 1889, delle ragioni ad esse sottese, cfr., oggi, SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 952 ss.

(87) I rischi conseguenti all'"espulsione" dell'atto oggetto dell'accordo dalle fattispecie di corruzione si proiettano, in via più o meno immediata, anche in un'implicita legittimazione di quella insidiosa linea giurisprudenziale incline a riconoscere la configurabilità dell'illecito anche a prescindere dalla diretta strumentalità dell'offerta al compimento (l'omissione od il ritardo) di un atto specifico, ritenendosi sufficiente - in patente dispregio del principio di tipicità - che l'offerta al pubblico ufficiale sia effettuata «in ragione delle funzioni esercitate e per retribuirne i favori». Così, ad esempio, Cass., 29 ottobre 1992, in *Mass. cass. pen.*, 1993, fasc. 8, p. 33 (m); Cass., 23 marzo 1993, in *Riv. pen.*, 1995, p. 292 (m); Cass., 26 marzo 1993, *ivi*, 292 (m); Cass., 26 giugno 1993, in *Giust. pen.*, 1994, II. c. 27. Che si tratti di ipotesi che necessiterebbero di una puntuale criminalizzazione è di piena evidenza: altrettanto evidente, *de lege lata*, la loro irriducibilità alle fattispecie di corruzione, così come oggi delineate dagli artt. 318 ss. c.p. In questo senso cfr. GROSSO, *Commento agli artt. 318 - 322 c.p.*, cit., p. 186 s.

(88) In proposito, cfr. VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., p. 306.

MARCO CASSIANI

IL PROCEDIMENTO DI NOMINA DEL GIUDICE DI PACE

PAR. 1 - LA CRISI DEL CONCILIATORE E L'INTRODUZIONE DI UNA NUOVA FIGURA DI GIUDICE ONORARIO.

1. A seguito di un iter parlamentare piuttosto travagliato, il 21 novembre 1991 è stata ufficialmente introdotta nel nostro ordinamento una nuova figura di magistrato onorario - il Giudice di Pace (1) - intorno alla quale si era sviluppato un acceso dibattito giuridico che aveva finito per protrarsi per oltre venti anni.

A questo nuovo giudice, istituito con Legge n. 347/91 (2), verrà affidato il compito di sostituire la figura tradizionale del Giudice Conciliatore, ritenuta da più parti ormai irreversibilmente inadatta a far fronte alla crescente e sempre più indifferibile richiesta di realizzare un adeguato "accesso alla giustizia" per quelle controversie caratterizzate da una minore consistenza economica delle pretese dedotte in giudizio. Figura nei confronti della quale si era, inoltre, sviluppato, in dottrina, un vibrante dibattito sulla *vexata quaestio* dell'estensibilità - da più Autori energicamente criticata - di funzioni giurisdizionali oltre i confini delle materie privatistiche che sinora ne avevano caratterizzata la competenza (3).

Circa l'individuazione dei tratti caratteristici di questa nuova figura di magistrato "popolare", sulla quale si sono andate sviluppando, in questi anni, suggestive aspettative e prospettive di sapore vagamente "taumaturgico"(4), si devono registrare vibranti dispute dottrinali che, pur caratterizzandosi per le diverse posizioni assunte dai fautori delle differenti teorie, traggono spunto, tuttavia, invariabilmente, dall'analisi delle cause che hanno determinato la crisi dell'istituto del Giudice Conciliatore, per poi affrontare il problema della predisposizione dei tipi di intervento più idonei per farvi fronte.

I primi segnali della crisi pressoché irreversibile che ha investito il Conciliatore possono essere rinvenuti, sotto il profilo cronologico, sin dal primo dopoguerra, quando l'inadeguatezza dell'istituto al frenetico mutare dei tempi ha iniziato a delinearsi con estrema chiarezza, attraverso una consistente serie di manifestazioni sintomatiche del profondo disagio in cui

cominciava a versare la giustizia.

Sotto un profilo squisitamente sociale, i fattori che maggiormente hanno contribuito alla progressiva marginalizzazione del Conciliatore sono stati, invece, individuati in sempre più massicci trasferimenti di interi nuclei familiari dalle campagne alle città (5), nonché nella progressiva perdita di prestigio di tutte le forme di notabilato.

Ciò ha determinato, da un punto di vista tecnico, la sostituzione degli originari sistemi "clettivi" (sia pure di secondo grado) di nomina con nuovi criteri di reclutamento, informati ad una crescente "burocratizzazione" (6).

Un ultimo fattore - ma non per questo meno decisivo - è stato poi individuato nell'aumento del reddito medio, nel correlato aumento dei costi processuali e, infine, nei ritardi che hanno caratterizzato l'introduzione dei (rari) provvedimenti volti all'adeguamento della competenza per valore di tale magistrato alla massiccia svalutazione monetaria.

Deve, tuttavia, essere rilevato che, mentre l'analisi delle cause che hanno determinato il lento ma inesorabile "declino" della figura del Conciliatore e la riflessione teorica sulla questione della democratizzazione e responsabilizzazione dell'apparato giudiziario (o, più partitamente, sui temi dell'accesso alla giustizia, sull'opportunità del reclutamento di magistrati laici ed onorari, sull'azionabilità dei c.d. "nuovi diritti" e degli interessi diffusi, collettivi o comunque superindividuali) si svolgeva a pieno ritmo, non altrettanto avveniva sul piano della prassi operativa.

Prova ne sia il fatto che, almeno fino al 1984, si è assistito - senza che fosse mosso da alcuno il minimo rilievo - ad un processo costante di svilimento, degrado ed appiattimento del ruolo dell'unico istituto di giurisdizione onoraria civile contemplato dal nostro ordinamento.

Si è trattato, evidentemente, di un'operazione lenta ed inesorabile, che ha determinato il totale svuotamento della competenza per valore del Giudice Conciliatore, e che è stata propiziata dal simultaneo operare di due fattori: da un lato, quel particolare lavoro di corrosione naturale che è stato suggestivamente definito "effetto-inflazione".

Dall'altro, la disarmante indifferenza del legislatore di fronte al progressivo svilimento della competenza del Conciliatore, che dalle cinquantamila lire del lontano 1966, veniva elevata, solo nel 1984, ad un milione di lire, con la Legge 30 luglio 1984, n. 399 (7).

La crisi del Conciliatore - e, più in generale, la crisi in cui versa l'intero sistema dell'amministrazione della giustizia (8) - ha assunto, nel corso degli anni, le preoccupanti dimensioni di una vistosa crisi di efficienza che si identifica con l'abnorme carico di lavoro gravante sulla magistratura,

con l'“arretrato” venutosi conseguentemente a creare, con l'“ingolfamento” dei ruoli dei singoli magistrati (9).

Dalla disarmante analisi che abbiano cercato di sintetizzare - limitandoci a segnalare i profili di più immediato rilievo - e sulla scorta della consapevolezza della gravità della situazione da più parti evidenziata, si è andato sviluppando, soprattutto nel corso degli anni '70, un vivace dibattito culturale sulla riforma della giustizia civile onoraria, nel cui ambito si è andata fortemente affermando (ed è stata progressivamente recepita) l'esigenza di procedere all'attribuzione, in favore del giudice non professionale, di una maggiore “quota” di contenzioso, in modo da decongestionare i ruoli dei giudici togati e di recuperare efficienza attraverso la deflazione del carico giudiziario. Un'esigenza, questa, divenuta ormai imprescindibile ed urgente per la stessa sopravvivenza del sistema giurisdizionale (10).

Traendo spunto da tali rilievi si è poi avvertita la necessità di delineare il problema in termini più generali, tentando, cioè, di creare un temperamento tra le prioritarie esigenze di realizzare un meccanismo deflattivo - da un lato - del carico di cui oggi è gravata la magistratura professionale (11) senza, tuttavia, sacrificare quella domanda di giustizia la cui tutela trae conforto dal dettato costituzionale.

Si è, pertanto, assistito ad una presa di posizione del legislatore decisamente orientata a garantire l'arricchimento della capacità di risposta del sistema istituzionale (12) attraverso l'introduzione di una serie di provvedimenti volti a creare le condizioni necessarie per porre il sistema stesso in grado di far fronte ad una domanda crescente anche in termini quantitativi.

Un tentativo, insomma, di rendere il sistema più adatto a dare risposte di contenuto adeguato alle maggiori e più diversificate esigenze di giustizia avvertite da una società in costante e complessa evoluzione. Sulla scorta di tali considerazioni si è venuta, quindi, realizzando (attraverso un processo che è tuttora ben lungi dal potersi considerare concluso) la tanto auspicata razionalizzazione del sistema giudiziario, destinata a culminare con l'entrata in scena del Giudice di Pace.

PAR. 2 - LE INIZIATIVE LEGISLATIVE CHE HANNO CONDOTTO ALLA APPROVAZIONE DELLA LEGGE N. 374/1991.

Come si è accennato, la legge che introduce nel nostro sistema

giudiziario questa nuova figura di magistrato onorario è il risultato di un lungo ed articolato dibattito che si è sviluppato in sede legislativa e che si è andato progressivamente arricchendo grazie al prezioso contributo della migliore dottrina processual - civilistica (13).

A tal proposito occorre, preliminarmente, evidenziare - sotto il profilo delle iniziative legislative - la copiosa produzione di progetti, di origine sia governativa che parlamentare, che hanno caratterizzato ogni legislatura, a partire dalla settima.

Vanno, infatti, ricordati i due "schemi di disegno di legge", di portata alquanto innovativa (costituente il c.d. progetto Bonifacio), che erano stati predisposti proprio verso la metà degli anni '70 e che erano successivamente rifluiti nel disegno di legge, sottoscritto dallo stesso Ministro (14), nel quale si deve, tuttavia, registrare una notevole "compressione" delle istanze che caratterizzavano l'originaria stesura (15).

L'iniziativa veniva, tuttavia, frustrata dallo scioglimento anticipato della legislatura, che non consentiva neppure l'inizio dei lavori parlamentari sul disegno governativo.

Sulla scia del precedente, venivano poi presentati due nuovi disegni di legge, di cui uno governativo (a firma del Guardasigilli Morlino), e l'altro ad iniziativa di alcuni senatori del P.C.I. (16).

Attorno a questi disegni legislativi si era sviluppato un lungo dibattito parlamentare, che finiva per concentrarsi, ben presto, sui due profili ritenuti assolutamente fondamentali, quali la questione riguardante la nomina (elettiva o meno) del Giudice di Pace, e quella - assai dibattuta - sulla sua competenza penale.

Si deve registrare, in proposito, l'intervento della Commissione Giustizia del Senato (17) che provvedeva a redigere un testo unificato dei due disegni di legge, da sottoporre all'esame dell'Assemblea.

Il provvedimento - modificato secondo le indicazioni apportate in conformità alle istruzioni del Governo - veniva presentato al Senato, che lo approvava (non senza vivaci contrasti) il 13 novembre 1981, rubricandolo con il nuovo titolo "Istituzione del Giudice di Pace".

Anche questa iniziativa era, tuttavia, destinata a naufragare, ancora una volta, a seguito dell'anticipata fine della legislatura.

In particolare, il provvedimento, "passato" alla Camera, finiva per arenarsi a seguito della decisione di costituire un Comitato ristretto incaricato del suo esame.

La prematura fine dell'VIII legislatura rinviava, però, ogni iniziativa a data da destinarsi.

Nella successiva legislatura (la IX), vanno segnalati due progetti: il primo si sostanzialmente nel disegno di legge n. 224/S, presentato per iniziativa di alcuni senatori del P.C.I. e della Sinistra Indipendente.

Il secondo era rappresentato dal disegno di legge n.258/S, presentato dal Governo a firma dell'allora Guardasigilli Martinazzoli (18).

Questi due progetti si inserivano in un contesto di iniziative di portata più ampia, volte a modificare la competenza del Pretore e del Conciliatore, e destinate a sfociare nella nota Legge n. 399 del 30 luglio 1984.

I due progetti venivano esaminati nella seduta della Commissione Giustizia del Senato del 18 gennaio 1984, insieme ad alcuni progetti riguardanti la proposta estensione della competenza del Pretore e del Conciliatore, sui quali ultimi, tuttavia, finivano per concentrarsi gli sforzi della Commissione stessa, che lasciava, così, ogni decisione in materia di Giudice di Pace alla successiva legislatura.

Solo nel corso della X legislatura, infatti, si assisteva alla promulgazione della Legge n.374, istitutiva del Giudice di Pace.

Ma, anche in questo caso, l'iter parlamentare era stato caratterizzato da vivaci dibattiti, tanto che si giungeva alla promulgazione della legge solo dopo la presentazione in Parlamento di ben quattro progetti di legge (19).

In particolare, il primo progetto era quello a firma dell'On. Macis ed altri (P.C.I. e Sinistra Indipendente), che veniva comunicato alla Presidenza il 4 agosto 1988.

Il secondo progetto - in ordine di tempo - veniva, invece, presentato alla Camera il 26 gennaio 1989 dall'On. Vairo ed altri (D.C.), con atto n.3575/C.

Il terzo progetto è costituito dal d.d.l. n.1954/S, presentato al Senato il 9 febbraio 1989 da alcuni senatori socialisti (Acone ed altri).

Da ultimo, anche il Governo, abbandonata ormai definitivamente ogni prospettiva di operare sull'istituto del Conciliatore, presentava un proprio testo al Senato - a firma del Ministro Vassalli - il 17 febbraio 1989: si trattava del d.d.l. n.1605/S.

PAR. 3 - IL PROCEDIMENTO DI NOMINA DEL GIUDICE DI PACE

Tra le iniziative sulle quali si sono maggiormente concentrati gli sforzi del legislatore nel corso degli ultimi anni vanno senz'altro segnalate quella relativa alla determinazione della competenza del nuovo giudice e quella

riguardante la regolamentazione del procedimento per la sua nomina (20).

Si tratta, a ben vedere, di due aspetti intimamente connessi di un unico problema di portata assai più ampia, che non può prescindere dal temperamento di tali profili con le finalità perseguite dalla riforma del processo civile né con il tema della determinazione della natura stessa del nuovo giudice e del ruolo che si è inteso attribuire a tale magistrato all'interno dell'ordinamento.

Una questione che può, in estrema sintesi, ricondursi a quella contrapposizione tra il cosiddetto "modello forte" ed il "modello debole" che ha impegnato per diverso tempo alcune tra le menti più fertili della nostra dottrina (21).

L'insieme delle disposizioni contenute negli artt. 4 e 5 della legge introduttiva del Giudice di Pace e la nuova formulazione dell'art. 7 c.p.c. non lasciano alcun dubbio in merito alle scelte operate dal legislatore, caratterizzate dalla preferenza accordata ad una soluzione intermedia (22), attenta soprattutto a propiziare la deflazione del complessivo "carico" della magistratura togata.

Si è venuta, così, a realizzare una marcata differenziazione tra la figura del nuovo Giudice onorario e quella del Conciliatore, sia per quanto riguarda il volume del contenzioso che il primo dovrebbe assorbire, sia per la qualità delle competenze (anche di natura penale) ad esso attribuite *ratione materiae*. Elementi, tutti, suscettibili di delineare la figura di un Giudice non più investito delle sole controversie civili minori ma che, si propone invece come organo giurisdizionale di primissimo piano.

Il problema della qualificazione del ruolo e delle attribuzioni del Giudice di Pace ha fortemente influenzato il dibattito che ha avuto ad oggetto la determinazione delle modalità della sua nomina.

Come si è già accennato in precedenza, nel corso degli anni '70 la questione relativa al giudice laico costituì l'oggetto di numerosi interventi, tanto in dottrina (23) quanto da parte degli organi rappresentativi della magistratura (24).

Venne, così, delineandosi quello che poi è stato definito il "modello forte" del Giudice di Pace, caratterizzato da una serie di competenze individuate *ratione materiae* in settori di rilevanza sociale, quali i conflitti interfamiliari, la casa, l'ambiente, la tutela del consumatore e la salute: settori nei quali è agevole individuare un substrato di interessi collettivi o diffusi, rinvenibili ancora "a livello di magma, in attesa di essere individuati e tutelati da un giudice istituzionalmente caratterizzato da un grosso impegno sociale in forza di una legittimazione immediatamente raccordata

col popolo, con la sovranità popolare" (25).

Una simile scelta legislativa avrebbe, tuttavia, finito per frustrare ogni aspettativa di realizzare, attraverso il nuovo Giudice, quella funzione deflattiva e di "alleggerimento" del carico di lavoro della magistratura professionale da più parti fortemente auspicata.

Si sarebbe, per converso, creata una nuova figura di magistrato con competenze strettamente connesse all'esigenza di un rinnovamento politico-culturale della giurisdizione e della cultura giuridica in generale propugnata dai fautori del "modello forte" (26).

La nomina elettiva del Giudice di Pace divenne, così, una conseguenza (almeno apparentemente) obbligata (27).

Il nuovo magistrato onorario avrebbe dovuto necessariamente essere espressione - attraverso il suffragio universale - della comunità nella quale era destinato ad operare; oppure, in via subordinata, si sarebbe dovuto far ricorso al c.d. "sistema di elettività indiretta", investendo le assemblee elettive degli enti locali del compito di nominare, a loro volta, il Giudice di Pace.

Va, peraltro, sottolineato che la *vexata quaestio* della nomina del Giudice di Pace trae la sua origine dalla contrapposizione fra due precetti costituzionali: da un lato, quello che introduce il tema della necessità di realizzare la partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia, sancito dal 3° comma dell'art.102 Cost. e ribadito dal 2° comma dell'art.106 Cost., che consente la nomina - anche elettiva - di magistrati onorari.

Dall'altro, quello di mantenere inalterate le garanzie di autonomia ed indipendenza della magistratura, elevate a principio cardine del nostro ordinamento dal 1° comma dell'art.104 Cost..

Già i primi progetti di legge degli anni '70 lasciarono trasparire in modo evidente la contrapposizione tra queste due (confliggenti) direttive di fondo.

Infatti, i due schemi di disegno di legge (poi confluiti nel c.d. "progetto Bonifacio") contenevano alcune differenze piuttosto indicative circa le modalità di nomina del nuovo magistrato onorario: il primo prevedeva una deliberazione del C.S.M., sentito il parere dei Consigli Comunali, del Consiglio Giudiziario e del Consiglio dell'Ordine forense territorialmente competente; il secondo, una deliberazione a scrutinio segreto del Consiglio Giudiziario territorialmente competente, integrato per l'occasione da un professore in materie giuridiche, dal Presidente del Consiglio dell'Ordine forense o da un suo delegato, e da due esperti di

problemi giudiziari designati dal Consiglio Comunale.

Tale impostazione fu oggetto di numerose critiche che, già dalla seconda metà degli anni '70, diedero vita ad un lento ma inesorabile *révirement* caratterizzato da quel "ripensamento" che costituisce il punto di svolta sulla scorta del quale è stata realizzata la Legge n. 374/1991 (28).

Venne, in tal modo, superato il "modello forte" del Giudice di Pace, connotato dal carattere elettivo e - proprio perché espressione della sovranità popolare - dalla attribuzione di una competenza *ratione materiae* di forte valenza politica.

Uno dei principali motivi che indussero il legislatore ad intraprendere un'opera di riconsiderazione del modello di giudice laico che si sarebbe dovuto introdurre può essere individuato nella consapevolezza di dover affidare a questo magistrato un ruolo fondamentale in tema di efficienza della giustizia. Esigenza non più avvertita come aspetto secondario e complementare della questione, bensì "come punto centrale, prioritario, condizionante rispetto ad ogni altro, di grande valenza politica, e anche come fattore di trasparenza, di controllabilità e quindi di democrazia" (29).

Parallelamente, si assistette all'abbandono dell'idea della nomina elettiva, che era stata suggerita dall'esigenza di attribuire a tale figura una funzione rappresentativa, suscettibile di conferire al magistrato laico una legittimazione democratica. Si era, infatti, già autorevolmente - ed, a nostro avviso, giustamente - sostenuto che il sistema elettivo avrebbe dovuto essere considerato semplicemente come uno dei criteri di selezione di un giudice diverso dal giudice togato, ed al quale devolvere parte di quel contenzioso che, altrimenti, avrebbe rischiato di paralizzare l'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso; non certo come il solo criterio di legittimazione democratica (30).

Inoltre, contro il sistema elettivo di nomina del Giudice di Pace erano state, da più parti, manifestate profonde perplessità.

In primo luogo, era stato evidenziato il rischio che il giudice apparisse, nei confronti degli elettori, come il rappresentante di una parte, di un gruppo determinato e circoscritto di interessi, e non come rappresentante di tutta quella comunità nel cui nome questi avrebbe dovuto esercitare le proprie mansioni (31).

Si erano, altresì, nutrite serie perplessità sul fatto che tra giudice eletto e comunità locale potesse instaurarsi un effettivo rapporto fiduciario diretto, attesa la struttura del tessuto sociale in cui tale figura si sarebbe trovata ad operare.

Non una società "statica", in cui era pensabile che vi fossero delle

relazioni più o meno dirette tra la comunità locale ed i giudici designati, ma una società complessa e dinamica, caratterizzata da una mobilità crescente ad ogni livello (32).

Furono, dunque, queste le principali considerazioni - che, anche alla luce dei rilievi sopra evidenziati, riteniamo senza dubbio di poter condividere - che determinarono il definitivo abbandono dell'idea di un giudice "popolare" eletto più o meno direttamente dal popolo (33).

E poichè l'elettività aveva un preciso senso nell'ambito del "modello forte" - che voleva un giudice cittadino, espressione della comunità nella quale sarebbe stato chiamato ad operare - una volta optato per un modello affatto diverso, il metodo elettivo avrebbe trovato poche giustificazioni, dovendo la selezione fondarsi sulla professionalità e non sul consenso degli elettori.

La tendenza verso un giudice laico dotato di competenze apparentemente più modeste (o, se si preferisce, di minore valenza politica), e nominato sulla base di un sistema di stampo non elettivo, così come quel "ripensamento" - di cui sopra si parlava e che aveva portato quasi tutta la dottrina a rivedere le posizioni assunte nel decennio precedente e ad optare per un Giudice di Pace disegnato secondo i canoni propri del "modello debole" - vennero ampiamente recepiti nei quattro disegni di legge che, tra il 1988 ed il 1989, furono presentati in Parlamento, e che rappresentano indubbiamente la "base" normativa su cui si è poi venuto faticosamente enucleando il testo definitivo della Legge n. 374/91, introduttiva del Giudice di Pace.

Una prima osservazione che può essere mossa con riferimento a queste produzioni normative è quella che riguarda le numerose e significative analogie che possono essere rinvenute nei quattro progetti in questione.

Tra gli spunti di maggior rilievo riteniamo senz'altro di segnalare la configurazione di un modello di giudice onorario finalizzato a decongestionare i ruoli della magistratura togata dal contenzioso "bagatellare".

Natura, funzioni, tratti distintivi del nuovo Magistrato appaiono, dunque, ormai lontani da quelli delineati dal "modello forte". Né si rileva più alcun riferimento all'elezione diretta come metodo di selezione.

Ma altre analogie e peculiarità sono rinvenibili, nei singoli progetti, con particolare riferimento alle problematiche concernenti il procedimento di nomina del nuovo giudice.

Come già si è accennato, nessuno dei quattro disegni di legge

prevedeva modalità di nomina di tipo elettivo.

Tale eventualità, infatti, non venne presa in considerazione né nella relazione al progetto governativo (34) né in quella al progetto democristiano (35). Venne, invece, espressamente respinta ogni ipotesi di nomina elettiva dalla relazione al progetto socialista (36), nella quale si fece acutamente osservare come "la fase di progressiva frammentazione della nostra società civile presenta il rischio, per non dire la certezza, che il giudice appaia nei confronti della comunità da cui è stato eletto come rappresentante di una parte, di un gruppo di interessi e non come rappresentante di tutto quel popolo nel cui nome dovrebbe esercitare la sua funzione" (37).

Infine, pur nella consapevolezza della validità delle considerazioni sulla scorta delle quali era stato, in passato, proposto (38) il principio della nomina elettiva, non venne accolto neppure dal progetto di legge comunista (39), per una serie di motivi che possono essere, di seguito, sintetizzati.

Si sostenne, innanzitutto, che "sarebbe stato fuori del tempo il reimmergerci in un dibattito ancorato agli schemi degli anni '70, perché un approccio di tipo ideologico appare sterile ed anche perché i temi allora in discussione son largamente superati: è improbabile che oggi si pensi di affidare la tutela dei nuovi diritti al Giudice di Pace o che si ritenga che l'efficienza della macchina giudiziaria possa trovarsi nella dimensione del quartiere".

E, ancora, che "una volta individuate le funzioni e definito il ruolo del Giudice di Pace, si è data risposta alla questione riguardante i criteri di selezione, i requisiti culturali, il procedimento e l'organo di nomina, e così via..... (omissis)... Ad esempio, per quanto concerne il sistema di nomina, si è riflettuto sulla possibilità di attuare l'indicazione suggerita dal 2° comma dell'art.106 Cost., che prevede la possibilità di elezione dei magistrati onorari. Tuttavia, il sistema elettivo, per quanto preferibile, solleva una serie di questioni di ordine istituzionale e di carattere pratico, per cui al momento deve essere accantonato, mentre è immediatamente perseguibile la nomina da parte del Consiglio giudiziario allargato ai rappresentanti nominati dal Consiglio regionale" (40).

Abbandonata, per così dire, "all'unanimità" - sia pure con differenti argomentazioni - l'idea della nomina elettiva del Giudice di Pace, si venne a concretizzare - anche sulla scorta degli orientamenti contenuti nel progetto di legge governativo ed in quelli parlamentari - l'esigenza di addivenire ad una scelta precisa in ordine alla competenza per la nomina del nuovo giudice.

L'alternativa tra Consiglio Superiore della Magistratura (la cui

competenza veniva contemplata nel disegno di legge governativo ed in quello democristiano) e Consigli giudiziari (sulla cui competenza si erano espressi in senso favorevole i progetti socialista e comunista) venne risolta dal legislatore attraverso l'adozione di una soluzione intermedia.

L'art. 4 della Legge n. 374/91, infatti, conferisce al C.S.M. il potere di deliberare in ordine alla nomina dei magistrati onorari chiamati a ricoprire l'ufficio del Giudice di Pace (41); ma dispone, altresì, che tale deliberazione venga adottata sulla base di una proposta formulata dal Consiglio giudiziario territorialmente competente, integrato nei modi che vedremo.

Le due apparentemente contrapposte esigenze vennero così, nella pratica, a contemperarsi sul rilievo che, da un lato, la previsione della funzione propositiva affidata ai Consigli giudiziari si prestava a smorzare la polemica secondo cui - essendo il Giudice di Pace "chiamato ad operare nella sede per la quale è stato nominato - sarebbe stato opportuno affidarne la selezione e la nomina ad organi decentrati, più consapevoli delle realtà locali" (42).

D'altro canto - si osservò - ben difficilmente il C.S.M. avrebbe potuto essere in grado di partecipare attivamente ed in modo effettivo al processo selettivo di ben 4.700 unità nel lasso di pochi mesi (43).

Le considerazioni che precedono non riguardano, tuttavia, che uno dei profili del dibattito che si è sviluppato in ordine ai criteri ai quali avrebbe dovuto essere informato il procedimento di nomina.

Altre questioni, altrettanto cogenti, meritano, dunque, di essere evidenziate.

Prima tra tutte, quella relativa all'efficacia della proposta del Consiglio giudiziario ed alla integrazione dell'organo medesimo.

In ordine a questo profilo, va sottolineato che l'art.4, 1° comma, prevedeva che la deliberazione di nomina fosse posta in essere previa proposta formulata dal Consiglio giudiziario territorialmente competente, integrato da cinque rappresentanti designati, d'intesa tra loro, tra i Consigli dell'Ordine degli avvocati e procuratori del distretto di Corte d'Appello (44).

Emergeva, pertanto, la precisa volontà del legislatore di arricchire il procedimento di nomina - destinato a sfociare, come già detto, in un decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del C.S.M. - mediante l'affidamento di funzioni propositive ad organi decentrati sul territorio.

Al fine, dunque, di privilegiare il momento locale, si decise di optare per una soluzione di compromesso tra le proposte di legge parlamentari e quella governativa.

Mentre le prime facevano proprie le istanze di un'estesa partecipazione al procedimento di nomina, prevedendo la designazione di una terna di nomi da parte del Consiglio dell'Ordine competente per territorio (progetto democristiano) o addirittura - come già si diceva - la nomina da parte del Consiglio giudiziario integrato da otto componenti eletti dal Consiglio regionale (progetti comunista e democristiano), la proposta di legge governativa non ne faceva cenno alcuno.

Peraltro, sul problema relativo alle "modalità" di integrazione dei Consigli giudiziari fu, da più parti, avvertita l'opportunità di porre norme di attuazione più specifiche (45).

Con il D.P.R. 28 agosto 1992, n.404, intitolato "Regolamento di attuazione degli artt. 4 e 5 della Legge 21 novembre 1991, n. 374, relativa all'istituzione del Giudice di Pace", si cercò, pertanto, di fare maggiore chiarezza su tale questione (46).

Per quanto riguarda, invece, il problema relativo all'efficacia della proposta del Consiglio giudiziario, va rilevato che, nel disegno di legge governativo, si disponeva che la nomina del Giudice di Pace fosse deliberata dal Consiglio Superiore della magistratura "sentito il Consiglio giudiziario territorialmente competente".

A ben vedere, dunque, si stabiliva solamente l'obbligatorietà del parere, ma non la sua efficacia vincolante (47).

Anche la Legge n.374/91 - pur parlando di "proposta" e non di "parere" - sembra optare per una soluzione che lascerebbe propendere per la tesi dell'efficacia non vincolante.

Si è, infatti, osservato che una proposta del Consiglio giudiziario dotata di efficacia vincolante verrebbe a svuotare di ogni contenuto il potere di nomina del C.S.M., in contrasto col dettato costituzionale che vuole riservata a tale organo la nomina dei giudici, compresi quelli onorari.

Verrebbe, altresì, a togliere significato al 4° comma dell'art. 4 L. 374/91, in base al quale "le domande degli interessati, i relativi documenti e le proposte sono trasmesse dal Presidente della Corte d'Appello al C.S.M."

Non si vedrebbe, infatti, l'utilità di rimettere al C.S.M. le domande e i documenti degli interessati se poi la scelta e, quindi, la valutazione, fosse dovuta cadere su uno dei nominativi proposti (48).

PAR. 4 - I REQUISITI NECESSARI PER LA NOMINA A GIUDICE DI PACE

Non v'è dubbio che - così come per altri aspetti caratterizzanti la nuova

figura di giudice onorario sui quali già ci si è soffermati - anche l'art. 5 L. 374/91, recante disposizioni in ordine ai requisiti necessari per la nomina a Giudice di Pace, rappresenta una ulteriore attestazione della paziente mediazione operata tra diverse fonti progettuali (49).

Il 1° comma della norma detta una serie di requisiti personali che il legislatore ha ritenuto necessari per accedere a questa nuova figura di magistrato laico (50).

Il primo requisito, come è ovvio, è quello della cittadinanza italiana, già richiesto in via generale dall'art. 8 dell'Ordinamento giudiziario per ogni soggetto che intenda essere ammesso a svolgere funzioni giudiziarie.

Il secondo, previsto alla lettera b), consiste nel godimento dei diritti civili e politici.

Anche tale prescrizione non dà adito a questioni di particolare rilievo, costituendo - ai sensi dell'art. 2 D.P.R. n. 3 del 1957 - requisito generale per l'ammissione all'impiego pubblico al quale, com'è noto, non possono accedere determinati soggetti quali, ad esempio, il fallito e l'inabilitato.

Costituisce, altresì, requisito per la nomina a Giudice di Pace "non avere riportato condanne per delitti non colposi o a pena detentiva per contravvenzione, e non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza".

Si ritiene, nel silenzio della legge, che la disposizione in questione si riferisca a condanne divenute ormai definitive, anche in considerazione del fatto che, comunque, l'onorabilità dell'aspirante all'ufficio di Giudice di Pace risulta tutelata attraverso la previsione del requisito di cui al 3° comma dell'art. 5, che dispone espressamente che la nomina debba essere conferita a persone "capaci di assolvere degnamente... le funzioni di magistrato onorario".

In ordine al requisito di cui alla lettera d), va ricordato che l'"idoneità fisica all'impiego" (51) (da intendersi nell'accezione lata di idoneità sia fisica che psichica) è la stessa che viene espressamente richiesta anche per il rapporto di pubblico impiego - e, in genere, per ogni tipo di servizio pubblico - dall'art. 2 n.4 D.P.R. n. 3 del 1957.

I requisiti sin qui presi in considerazione sono, per loro natura, talmente ovvi da risultare assolutamente inidonei a dar luogo a problemi interpretativi di sorta; prova ne sia il fatto che se ne registra la presenza in tutti i progetti di legge, dal 1976 in poi (52).

Più controversi appaiono, invece, i requisiti indicati ai punti successivi.

In particolare, il requisito dell'età che, ai sensi del punto c), deve

essere ricompresa tra i 50 ed i 71 anni (53).

La previsione di un arco di età così ristretto, sommato all'obbligo di cessazione di qualsiasi altra attività lavorativa ed alla necessità della laurea in giurisprudenza, darà vita - secondo l'opinione della dottrina più autorevole - ad una serie di problemi di natura squisitamente "pratica" non certo trascurabili (54).

In particolare, è stato correttamente rilevato che la inopinata compressione dell'ambito entro cui effettuare la scelta dei nuovi giudici, non potrà che determinare l'insorgere di notevoli difficoltà nel reperire persone veramente idonee a svolgere tali funzioni.

Al punto f) del 1° comma dell'art. 5, è previsto, come requisito per la nomina, l'"avere la residenza in un comune della circoscrizione del Tribunale dove ha sede l'ufficio del Giudice di Pace", assicurando così "quel tanto di radicamento sul territorio che può risultare utile al particolare esercizio della funzione di Giudice di Pace" (55).

La norma si rifà alla previsione del disegno di legge governativo, in cui peraltro non era fatta menzione alcuna circa le eccezioni poi inserite dal legislatore al 2° comma (56).

Vivaci dispute si sono invece registrate in relazione alla previsione di un requisito di grande rilievo, contemplato al punto g): quello, cioè, del possesso della laurea in giurisprudenza (57).

La necessità di inserire, tra gli altri, questo requisito è stata sostenuta da taluni Autori, da parte dei quali è stato osservato che - ai fini di una efficiente amministrazione della giustizia minore ed in considerazione del fatto che le parti debbono essere messe in condizione di poter fare a meno dell'assistenza del difensore - un'adeguata preparazione giuridica del nuovo giudice onorario deve ritenersi indispensabile (58).

Sotto un diverso profilo è stato evidenziato che il possesso di tale requisito si appalesava indispensabile per "fondare su un minimale livello di cultura giuridica quei requisiti di esperienza e di autorevolezza che certamente non troverebbero sufficiente sostegno nemmeno su titoli equipollenti alla laurea in giurisprudenza" (59).

L'opinione riportata è stata, tuttavia, aspramente criticata da quegli Autori che hanno sottolineato come il conseguimento della laurea non costituisca "una condizione necessaria né sufficiente a dimostrare il possesso delle attitudini da esigere in un buon giudice onorario" (60).

Malgrado tali osservazioni, l'articolo in commento ha recepito, comunque, l'orientamento della Commissione Giustizia del Senato, ed ha così introdotto, come requisito obbligatorio per accedere alla magistratura

onoraria, il possesso della laurea in Giurisprudenza.

L'ultimo requisito previsto dall'art. 5 L. 374/91 consiste nell'aver cessato - o nell'essersi impegnato a cessare prima dell'assunzione delle funzioni di Giudice di Pace - l'esercizio di qualsiasi attività lavorativa dipendente, pubblica o privata (61).

Il legislatore, nonostante il Senato - sulla falsariga dei progetti presentati dalle sinistre - avesse previsto un'area di incompatibilità assai più vasta, delineando quale requisito negativo quello di "avere cessato o impegnarsi a cessare l'esercizio di qualsiasi attività lavorativa, dipendente o autonoma", ha dato vita - a nostro avviso - ad una evidente disparità di trattamento tra i lavoratori subordinati ed i lavoratori autonomi (62), limitando drasticamente l'incompatibilità alle ipotesi di lavoro dipendente.

Un rilievo particolare merita poi l'ultimo comma dell'art. 8 L. 374/91, che prevede la possibilità, per avvocati e procuratori in attività, di ricoprire l'ufficio di Giudice di Pace (63), ma soltanto in un distretto di Corte d'Appello diverso da quello nel quale esercitano la professione forense.

Ciò equivale, in buona sostanza, a negare che gli avvocati tuttora "attivi" possano svolgere le funzioni di giudice onorario, fatta eccezione per quei professionisti che esercitano la loro attività in prossimità del confine del distretto della propria Corte d'Appello.

Da ultimo, va sottolineato come l'art. 5, accanto ai requisiti di nomina, elenchi anche i c.d. "titoli preferenziali" (64).

Si tratta con tutta evidenza - riteniamo - di indizi volti a comprovare la specifica professionalità, acquisita in precedenti esperienze lavorative, la cui comparazione dovrà essere effettuata tenendo conto della misura in cui ciascuno di essi contribuisce ad incrementare quella capacità di "assolvere degnamente le funzioni di magistrato onorario" che il 3° comma dell'art. 5 eleva a criterio di valutazione dei titoli stessi (65).

Infine, va rilevato come il solo titolo di priorità nell'ambito dei titoli di preferenza (66) sia costituito dall'esercitare o dall'aver esercitato le funzioni di Giudice Conciliatore o di Vice Conciliatore.

NOTE

(1) Sull'argomento, oggetto di vivaci dispute dottrinali, si segnalano, tra gli altri, gli scritti di: CHIARLONI, *Le riforme del processo civile*, Bologna, Zanichelli, 1992; ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, *Il Giudice di Pace*, Napoli, Jovene, 1992; AA.VV., *Il Giudice di Pace. Il dibattito attuale e le iniziative di legge* a cura di R. Sestini, in *Democrazia e Diritto*, 1989; BRANNO, *Il Giudice di Pace*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992; CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1993, II; MANZO, *Il Giudice di Pace nei quattro progetti all'esame del Parlamento*, in *Doc. Giustizia*, 1989, fasc. 10-11, 81; PIVETTI, *Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina*, in *Questione Giustizia*, 1989, 280; ZAGREBELSKY, *La riforma della giustizia onoraria* in *Giur. It.*, 1981, IV, 14; BORRE', *Il Giudice di Pace: rilancio di un'ipotesi*, in *Questione Giustizia*, 1989, 81; ACONE, *Il Giudice di Pace (dal dibattito culturale alla legge istitutiva)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1992, 1096; PROTO PISANI, *Il Giudice di Pace tra mito e realtà*, in *Foro It.*, 1989, V, 1; GHEZZI, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, 95; CHIARLONI, *Un Giudice di Pace per la pace dei giudici*, in *Foro It.*, 1989, 14; TARZIA, *Verso l'istituzione del Giudice di Pace*, in *Corriere Giur.*, 1991, 224; DENTI, *Giudice onorario e giudice monocratico nella riforma della giustizia civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 609; PUNZI, *Il giudice onorario elettivo e l'attuazione dell'art.106 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, 268; VOCINO, *Ultimo tango a palazzo di giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, 1133; ROSSI, *Il Giudice di Pace: una scelta per l'efficienza e il rinnovamento della giustizia*, in *La Magistratura*, 1989, fasc. 2-3, 25; CHIARLONI, *Considerazioni inattuali sul giudice onorario*, in *Foro It.*, 1982, V, 57; CAPPONI, *Appunti sul Giudice di Pace nel testo approvato al Senato il 15 novembre 1990*, in *Documenti Giustizia*, 1990, fasc. 12, 91; CARBONE, *Le iniziative legislative in materia di Giudice di Pace*, in *Documenti Giustizia*, 1989, fasc. 10-11, 55; PROTO PISANI, *L'istituzione del Giudice di Pace*, in *Foro It.*, 1991, V, 581.

(2) Non tutte le disposizioni contenute nella Legge 347/1991 sono, peraltro, a tutt'oggi entrate in vigore. Parte di esse hanno acquisito efficacia a seguito dell'ordinaria vacatio legis, e quindi dopo quindici giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, intervenuta il 27 novembre 1991. Altre sarebbero dovute entrare in vigore il 2 gennaio 1993; a questa data, in particolare, era stata differita l'efficacia di un insieme di disposizioni - previste, appunto, dall'art.49 della Legge 374/1991 - fra le quali assumono una certa rilevanza quelle dedicate al procedimento civile davanti al Giudice di Pace; oltre ad altre numerose norme dedicate agli aspetti organizzativi e di "carriera" del nuovo giudice; nonché altre relative al coordinamento della nuova disciplina con quella esistente ed ai problemi di diritto transitorio. Tuttavia, il legislatore ha dovuto prendere atto del mancato approntamento di uomini e strutture tali da permettere al nuovo giudice di operare per le date inizialmente previste: si sono, così, susseguiti tre successivi rinvii, attraverso i quali si è giunti a differire l'inizio dell'operatività del Giudice di Pace al 18 dicembre 1994.

(3) Oltre alle opere citate alla nota 1 si vedano anche, sul tema, PICARDI, *Conciliatore*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, 1988, 2; CIPRIANI, *Dal Conciliatore al Giudice di Pace?*, in *Foro It.*, 1982, V, 49; LUISO, *Primi risultati di una ricerca sul giudice conciliatore* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1985, 762; PICARDI, *Il Conciliatore* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1984, 1067; BALBI, *Il processo davanti al giudice conciliatore dopo la legge 30 luglio 1984, n.399*, in *Giur. It.*, 1985, 120; VERDE, *La nuova competenza del Pretore e del*

Conciliatore, in Riv. Dir. Proc., 1985, 170; PICARDI, Il Giudice Conciliatore, costruzione e crisi di un modello" in Giust. Civ., 1980, II, 56; CAPPELLETTI, Appunti su conciliatore e conciliazione" in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1981, 49; MANDRIOLI, Prime perplessità sulla nuova disciplina dei limiti di competenza del Conciliatore e del Pretore in materia civile, in Giur. It., 1985, IV, 1.

(4) CONSOLO, La collocazione nell'istituzione giudiziaria italiana del nuovo Giudice di Pace: una lettura eterodossa, in Dir. e Proc. Civ., 1992, 1253.

(5) Si veda, in proposito, CONSOLO, La collocazione, cit., 1257, il quale sostiene che uno degli argomenti che giustificano lo sfavore denotato per la figura del Conciliatore deve essere ricercato nell'eccessiva dispersione sul territorio nazionale imperniata sulla inappropriata dimensione del comune.

(6) In proposito, CHIARLONI, Le riforme del processo civile cit., 904.

(7) L'emanazione della Legge n. 399 del 1984 non ebbe il successo previsto e da più parti auspicato, in quanto l'intervento risultava ormai tardivo e "nella coscienza civile si era ormai smarrita la consapevolezza che le piccole liti potessero avere <...> un proprio giudice e processo, e così ricevere quell'accesso alla giurisdizione, cui poco era stato propizio <...> l'essere divenuto insegna e campo di elezione di un alacre e colto movimento letterario transnazionale" (così CONSOLO, La collocazione cit., 1261.)

(8) Sarebbe opportuno, a nostro avviso, avere sempre ben presente il livello di efficienza che caratterizzava l'amministrazione della giustizia sotto l'impero del tanto vituperato codice di rito del 1865. La durata media del procedimento di cognizione davanti al Tribunale, infatti, passa dai 116 giorni nel 1900, ai 1136 giorni nel 1986. Sennonché, le statistiche giudiziarie (si veda, in proposito, CECCHI, Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia, Bari, 1975, 47) mostrano che la litigiosità complessiva è enormemente diminuita (grosso modo, di circa dieci volte, se si considera che la popolazione nel frattempo è raddoppiata). Se poi andiamo ad esaminare i dati disaggregati, scopriamo che la diminuzione è dovuta in buona sostanza alla scomparsa della litigiosità bagatellare, mentre quella di medio ed alto valore economico è rimasta pressoché stabile nei primi gradi di giudizio.

(9) Sull'argomento MANZO, Il Giudice di Pace cit., 83, scrive: "Basta esaminare le statistiche per rendersi conto del rapporto ormai inscindibile che corre tra carico del lavoro e crisi del sistema giudiziario. Si prendano le statistiche giudiziarie relative al riepilogo nazionale per l'anno 1988 dei Tribunali. Le statistiche indicano un organico di 2544 magistrati, ma non riportano il numero dei magistrati addetti rispettivamente al settore penale e a quello civile. Con la dovuta approssimazione può ritenersi che la metà del numero dei magistrati in organico - quindi 1272 - sia addetto al settore civile. Il rapporto tra il numero dei magistrati e la pendenza a fine anno desta allarme. Per quanto riguarda la voce Cognizione ordinaria - che costituisce il dato numericamente più significativo - il totale dei processi pendenti a fine anno (1.029.230) rapportato al numero dei magistrati addetti al civile (1.272) indica che ciascun magistrato aveva mediamente in carico a fine anno un arretrato di 809 processi; e ciò solo per la voce cognizione ordinaria, senza contare le altre non secondarie incombenze che gravano sui magistrati addetti al settore civile e che risultano dalle stesse statistiche. Se poi si considera che i processi esauriti nell'anno (288.219) sono inferiori a quelli sopravvenuti (337.005), ciascuno può cogliere l'entità della crisi e i sintomi della sua irreversibilità, a meno di radicali interventi".

(10) PIVETTI, *Quale Giudice di Pace?* cit., 284, sostiene che "Nel campo civile, poi, quello che abbiamo di fronte è un panorama di giustizia negata. La forma più appariscente di diniego di giustizia è quella che riguarda le domande che pure ci sono e che, almeno formalmente, vengono immesse nel circuito giudiziario. Per queste domande, il diniego di giustizia deriva dai tempi e dai modi della tutela ottenibile <...> Ma vi è anche una forma sommersa di diniego di giustizia, ed è quella che investe le domande di giustizia che dovrebbero esserci e non ci sono <...> perché il nostro sistema le dissuade, le scoraggia, addirittura le reprime o, comunque, non le fa emergere".

(11) Di grande interesse, sotto questo profilo, sono le Relazioni annuali sullo stato della giustizia del C.S.M. degli anni 1970, 1971, 1976 e 1980: *Realtà sociale ed amministrazione della giustizia*, Roma, 1970, 91-92, 133 e 165; *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini. Prime linee di riforma dell'ordinamento giudiziario*, Roma, 1971, 81; *L'adeguamento dell'ordinamento giudiziario ai principi costituzionali e alle esigenze della società*, Roma, 1976, 101 e 208; *Impegno di riforma per il superamento della crisi*, Roma, 1980, 327.

(12) Si veda, ancora, PIVETTI, *Quale Giudice di Pace?* cit., 286. Sulla scorta di tali considerazioni si è venuta, quindi, realizzando (attraverso un processo che è tuttora ben lungi dal potersi considerare concluso) la tanto auspicata razionalizzazione del sistema giudiziario, destinata a culminare con l'entrata in scena del Giudice di Pace.

(13) Si vedano, sul tema, le opere di cui si è dato conto nelle note (1) e (3).

(14) Si tratta del disegno di legge n.1372/S della VII legislatura, presentato al Senato il 1° settembre 1978.

(15) Con il d.d.l. n.1372/S, si abbandona l'intento di soppressione delle figure del Pretore e del Conciliatore (che avrebbe dato vita ad un'unica figura di giudice onorario con competenze civili e penali molto ampie), per concentrare l'intervento sulla figura del Conciliatore, di cui si proponeva la ridefinizione come magistrato onorario con competenze soltanto civili.

(16) Il primo, il d.d.l. n.524/S, presentato al Senato il 28 novembre 1979, riproduceva quasi testualmente quello decaduto con la legislatura precedente; il secondo, il d.d.l. n.962/S (d.d.l. Tropeano), comunicato alla presidenza il 20 giugno 1980, introduceva per la prima volta l'idea di istituire un "Giudice di Pace", e cioè "un nuovo giudice onorario, capace non solo di scaricare il peso enorme del magistrato ordinario e di avvicinare la giustizia agli interessi più diffusi, ma anche di allargare l'attività di conciliazione e di composizione bonaria, oltre i limiti delle stesse competenze, e di esercitare le funzioni con dignità pari ai giudici togati".

(17) A tale scopo venne, peraltro, costituita il 6 agosto 1980, una apposita Sottocommissione, la quale terminò i suoi lavori nel dicembre dello stesso anno.

(18) Mentre il progetto Ricci riproponeva pressoché integralmente il d.d.l. n.962/S, quello presentato dal Governo si rifaceva in modo esplicito al testo varato dal Senato nella legislatura precedente.

(19) Sull'argomento, si veda, per tutti: CHIARLONI, "Le riforme del processo civile", cit., 908 ss.; CARBONE, "Le iniziative legislative in materia di Giudice di Pace", cit., 59 ss.; MANZO, "Il Giudice di Pace nei quattro progetti all'esame del Parlamento", cit., 82 ss.; CAPPONI, "Il Giudice di Pace", cit., 298 ss.; CHIARLONI, "Quattro progetti per un nuovo giudice onorario", cit., 33 ss.; dello stesso Autore, "Considerazioni inattuali sul giudice onorario", cit., 58 ss.; CIPRIANI, "Dal Conciliatore al Giudice di Pace", cit., 67 ss.;

BORRE', "Né un modello forte né un modello debole", Il primo, il d.d.l. n.1286/S, ad iniziativa dei senatori cit., 49 ss..

(20) E' d'obbligo il rinvio alla bibliografia riportata alla nota (1). Vanno, altresì, segnalati alcuni scritti di notevole spessore (anche se datati), tra cui PIZZORUSSO, "Giudice onorario e giudice monocratico nel progetto ministeriale e nelle prospettive di riforma" in Riv.Dir. Proc., 1977, 256; CAPPELLETTI, "Giudici laici. Alcune considerazioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia" in Riv. Dir. Proc., 1979, 698; TARZIA, "Giudice professionale e giudice laico" in Riv. Dir. Proc., 1980, 438.

(21) In proposito, si veda ACONE, CAPPONI, CECCHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 18. Particolarmente efficace nell'esporre la questione PIVETTI, "Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina", cit., 280, secondo il quale "...questo significa anche che la scelta dipende dalle materie che vengono attribuite alla sua competenza giurisdizionale. E, proseguendo su questa strada, ecco che il problema appare porsi come subordinato anche rispetto a punti apparentemente meno cruciali: i requisiti di idoneità - e cioè la «figura» del giudice di pace che si vuole istituire - e quindi il suo "status"; ma anche il tipo di giudizio che gli si vuole affidare e il tipo di processo che si vuole prefigurare per lui".

(22) Si veda, in particolare, BORRE', "Né un modello forte né un modello debole", cit.; per ulteriori riferimenti si veda anche CHIARLONI, "Un giudice di pace per la pace dei giudici", op. e loc. cit.

(23) Uno degli interventi culturalmente più elevati è probabilmente rappresentato dalla relazione di Giorgio Ghezzi al Convegno sulla riforma dell'ordinamento giudiziario organizzato nel 1976 dal Centro di Riforma dello Stato.

(24) Si vedano, in proposito, le Relazioni annuali sullo stato della giustizia del Consiglio Superiore della Magistratura degli anni 1970, 1971, 1976 e 1980, riportati alla nota (11). Vanno, altresì, segnalati i due pareri del C.S.M., rispettivamente, del 24 marzo 1977 sull'ultimo progetto Bonifacio, in Consiglio Superiore della Magistratura, Notiziario, 1977, n.1, 3; e del 12 ottobre 1989 sul disegno di legge governativo recante: "Istituzione del Giudice di Pace", in Documenti Giustizia, 1989, n.10, 11, c.429.

(25) In questi termini si esprimeva autorevolmente PROTO PISANI in "Il Giudice di Pace tra mito e realtà", cit., 3.

(26) Intorno alla prima delle due finalità, si ritenne (PIVETTI, "Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina", cit., 281) che "nessuna legittimazione democratica potesse essere riconosciuta alla magistratura nominata per concorso, e quindi non espressa dalla sovranità popolare né dagli organi rappresentativi di essa"; in merito alla seconda, fu avvertita in modo assai prepotente la necessità di superare quel senso di separatezza del mondo giuridico dai bisogni e dai valori espressi dalla società, che si manifestava "nel tecnicismo formale, nel naturale conservatorismo, nell'astratto concettualismo, nel feticismo per il testo di legge, nella subalternità per i pronunciati degli organi superiori, nella patologica enfaticizzazione dei problemi processuali".

(27) Tra i più convinti sostenitori della nomina elettiva del Giudice di Pace, CHIARLONI, "Un Giudice di Pace per la pace dei giudici", cit., 19, il quale sottolinea come l'elettività diretta "è non solo desiderabile, ma rappresenta una imprescindibile garanzia di successo della riforma della giustizia onoraria... Un sistema elettivo non consente soltanto - e non è poco - di dar corpo ad una manifestazione importante di democrazia partecipata prevista dalla stessa Costituzione... "ma" consente anche di dare al nuovo organo una completa autonomia organizzatoria ed operativa rispetto alla magistratura togata; aspetto nient'affatto

secondario, nel momento in cui il Giudice di Pace deve anche essere pensato come un organo capace di competere con quella magistratura in termini di bontà, rapidità ed efficienza del servizio". Per certi versi incline all'elettività diretta, BORRE', "Né un modello forte né un modello debole", cit., 53, per il quale "non si può negare che (l'elezione diretta del Giudice di Pace) trovi un buon appoggio nella Costituzione...Tale scelta, poi, non si collega necessariamente al modello di competenze forti del Giudice di Pace: queste probabilmente la imporrebbero, ma anche competenze più modeste e tuttavia aperte al sociale... potrebbero giustificare un rapporto fiduciario di tipo elettivo". Altro autorevole esponente della teoria dell'elettività diretta, PIVETTI, "Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina", cit., 288, attribuisce al sistema elettivo una duplice, importantissima, finalità: "Secondo la finalità selettiva, il sistema elettorale viene a configurarsi come metodo di scelta dei migliori, dei più capaci, dei più idonei... Credo, cioè, che per accertare e valutare le doti di onestà, di equilibrio, di intelligenza anche, di imparzialità, di capacità di comprendere, di autorevolezza, di operosità - che sono poi le doti che a questo giudice vanno richieste - il giudizio della comunità in cui egli vive sia un parametro, certo non infallibile, ma molto più adatto e più attendibile di tutti gli altri parametri o sistemi di elezione che sono stati indicati. Secondo la finalità rappresentativa, il metodo elettorale serve a rappresentare e a far valere, nell'esercizio delle funzioni dell'organo della cui nomina si tratta, la volontà o gli interessi o le idee presenti nel corpo elettorale".

(28) Su questo "ripensamento", si vedano, tra gli altri, PIVETTI, "Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina", cit., 282; ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 20; CHIARLONI, "Le riforme del processo civile", cit., 909; BORRE', "Né un modello forte né un modello debole", cit., 53; PROTO PISANI, "Il Giudice di Pace tra mito e realtà", cit., 3; CHIARLONI, "Quattro progetti per un nuovo giudice onorario", cit., 34; BRANNO, "Il Giudice di Pace", cit., 51.

(29) PIVETTI, "Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina", cit., 282. Si veda, inoltre, ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 20, ove si afferma che, "dopo le convinte asserzioni degli anni '70, tale modello ha perduto progressivamente terreno, rispetto all'altra impostazione - contrapposta al modello forte e sostenuta anch'essa da ampi consensi - che assegna al Giudice di Pace la precipua funzione di contribuire al recupero di efficienza della macchina giudiziaria, mediante un alleggerimento del carico di lavoro gravante sulla magistratura professionale ed una sua più razionale distribuzione tra questa e la magistratura onoraria".

(30) In proposito, PROTO PISANI, "Il Giudice di Pace tra mito e realtà", cit., 4, fonda la sua teoria sulla considerazione che - in un sistema a diritto prevalentemente scritto come il nostro - il giudice trae la propria legittimazione democratica nella professionalità attraverso la quale trova realizzazione la sua soggezione alla legge, non nel consenso necessariamente contingente degli elettori. Naturale ed obbligata conseguenza appare, peraltro, secondo PIVETTI, "Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina", cit., 283, l'abbandono del modello di Giudice di Pace elettivo, il cui procedimento di nomina sarebbe stato del tutto incongruo rispetto ad una competenza c.d. "minore".

(31) Il timore che il meccanismo elettivo potesse compromettere l'autonomia del giudice trova chiara testimonianza nella Relazione della Commissione Giustizia al Senato (Documenti Giustizia, 1990, n.12, 129): "Senza rinnegare il valore politico e culturale legato all'istituzione di un Giudice di pace eletto - novità di carattere eccezionale nel nostro sistema giudiziario ed istituto di reale partecipazione del popolo all'organizzazione ed

all'amministrazione della giustizia - ci si è convinti dell'attuale impraticabilità di questa strada per l'eccezionalità del momento, gli inevitabili rischi e le possibili, pericolose ipoteche che potrebbero gravare - col sistema della nomina elettiva - sulla figura di un giudice, offuscandone i requisiti di indipendenza, autonomia e trasparenza".

(32) PROTO PISANI, "Il Giudice di Pace tra mito e realtà", cit., 6, sostiene che "se si vuole sperare di realizzare nei prossimi mesi questa nuova figura di giudice, la scelta è tra un sistema di elezione indiretta da parte dei Consigli comunali fra una rosa di nomi designati dai Consigli giudiziari, ed un sistema di elezione indiretta ovvero di nomina da parte del Consiglio giudiziario integrato da tre o cinque membri esterni nominati dal Consiglio regionale. E fra questi sistemi, tutti siamo d'accordo nel ritenere preferibile il secondo, giacché il primo presenterebbe tutti gli svantaggi propri della elezione diretta senza averne i vantaggi".

(33) Ad onor del vero, l'idea di un Giudice di Pace elettivo - che, dopo le convinte asserzioni degli anni '70, ha progressivamente perduto terreno - è stata ancora di recente sostenuta con vigore da alcuni Autori. Si veda, in modo particolare, l'opinione di CHIARLONI, in "Quattro progetti per un nuovo giudice onorario", cit., 35, il quale - commentando le tendenze emergenti dai quattro progetti di legge - ribadisce la necessità del metodo dell'elezione diretta. "E' proprio la frammentazione e la corporativizzazione della società civile che si riflette nell'invasione pervasiva dei partiti e delle correnti organizzate entro le istituzioni - afferma l'Autore - a reclamare a gran voce l'elezione diretta secondo maggioranze qualificate e metodi «non partisan». Demandare la nomina ad organi corporativi e/o burocratici significa lasciar libero campo alla lotta di fazioni organizzate entro quegli organi che, come si sa per amara esperienza, pretendono di esibire arrogantemente il proprio potere di scelta o di interdizione su qualunque questione, anche di minima importanza. D'altro canto, integrare quegli organi con rappresentanti designati dalle istituzioni del potere locale non contribuirebbe a migliorare le cose. Anche qui l'esperienza è maestra e insegna che le nomine (tutte le nomine) di competenza delle assemblee elettive avvengono secondo criteri di lottizzazione tra i partiti". In ordine, poi, al rilievo per cui una società complessa e dinamica come quella attuale non permetterebbe un effettivo rapporto di fiducia tra eletto ed elettori, l'Autore sostiene che lo stesso possa dirsi "smentito dalla constatazione che la società più complessa, più dinamica, più mobile tra quelle oggi conosciute, e cioè la società nordamericana, ha un sistema giurisdizionale imperniato su giudici elettivi". Occorre, altresì, sottolineare come, secondo PIVETTI, "Quale Giudice di Pace? I sistemi di nomina", cit., 291, "il sistema elettivo consente da un lato di allargare l'area degli eligibili... dall'altro non determina ulteriori pesantissimi sovraccarichi funzionali in capo ai Consigli Giudiziari... Esso consente la conferma del giudice - da parte del corpo elettorale - allo scadere dell'incarico, mentre com'è noto, tale possibilità non esisterebbe - secondo la Corte Costituzionale - per i giudici nominati da Consigli regionali o comunali e forse neppure per giudici nominati da Consigli giudiziari comunque integrati da esponenti di altre realtà istituzionali.

(34) Il disegno di legge governativo, il d.d.l. 1605/S, che reca "Istituzione del Giudice di pace", venne presentato al Senato il 17 febbraio 1989 dal Ministro di Grazia e Giustizia, Vassalli, di concerto col Ministro del Bilancio e della Programmazione Economica, Fanfani, col Ministro del Tesoro, Amato, col Ministro dell'Interno, Gava, col Ministro per gli Affari ed i Problemi Istituzionali, Maccanico. Nella relazione al progetto si leggeva: "Per la nomina (art. 5) si è seguito il sistema già in vigore per i Vice Pretori onorari, ossia quello del decreto del Presidente della Repubblica su deliberazione del Consiglio Superiore della

Magistratura, sentito il Consiglio giudiziario territorialmente competente". Lasciare al Consiglio Giudiziario compiti consultivi o propositivi significava, secondo il progetto governativo, evitare il rischio di un'eccessiva politicizzazione del nuovo organo, inevitabile ove si fosse previsto un intervento incisivo dei Consigli comunali nella procedura di nomina. L'art.5 del progetto governativo prevedeva, inoltre, che - una volta ricevute le domande degli interessati - il Presidente della Corte d'Appello le trasmettesse al Consiglio Giudiziario competente, affinché quest'ultimo formulasse le proposte sulla base delle domande ricevute e degli elementi eventualmente acquisiti; sarebbe spettato, poi, al Presidente della Corte d'Appello il compito di trasmettere il tutto al C.S.M., al quale organo veniva peraltro riconosciuto il potere di effettuare la scelta, purché con provvedimento motivato, anche al di fuori delle indicazioni fornite dal Consiglio giudiziario.

(35) Il disegno di legge democristiano venne presentato alla Camera il 26 gennaio 1989, su iniziativa dei deputati Vairo, Nicotra, Gargani, con il titolo "Norme per l'istituzione del Giudice di Pace" (atto n. 3575/C). L'art. 4, nella sua formulazione estremamente sintetica, affidava la nomina del Giudice di Pace al Consiglio Superiore della Magistratura, su una terna di nomi designata dal Consiglio dell'Ordine competente per territorio.

(36) Il disegno di legge fu presentato al Senato il 9 febbraio 1989 su iniziativa dei senatori Acone, Casoli, Pizzol, Franza, Guizzi, Scevarolli, Cassola, Signori, Agnelli, Arduino, Innamorato, Forte, Marniga, Zito, Bozzello Verole, Ricevuto, Cutrera, Gerosa, Mancia, Ferrara Pietro, Calvi, Meraviglia, Achilli, Giugni e Vella, con il titolo "Istituzione del Giudice di Pace e degli uffici di conciliazione in materia di infortunistica stradale" (atto n.1594/S). Vi si leggeva, oltre a quanto già accennato: "... sembrano da scartare con energia tutte quelle soluzioni che propongono di adottare metodi di scelta nella sostanza analoghi a quelli oggi praticati per la selezione dei conciliatori e dei vice pretori onorari... Metodi di scelta inaccettabili, sia perché inadeguati ad assicurare la effettiva indipendenza e professionalità del nuovo giudice, sia perché - nell'attuale contesto di forte crisi occupazionale - non mettono in modo alcuno al riparo contro il rischio della creazione di una nuova forma di precariato... Il nodo della selezione può essere con relativa semplicità superato, aggirato, ove si ponga come requisito fondamentale e caratterizzante del nuovo giudice l'esigenza che esso sia scelto tra persone che hanno già percorso la propria vita di lavoro e la eventuale conseguente carriera. Se questo requisito è posto con chiarezza... allora il problema può essere avviato a soluzione: un simile requisito è capace, infatti, sia di eliminare alla radice i pericoli del precariato con le conseguenti inevitabili istanze di stabilizzazione, sia di evitare che il Giudice di Pace possa utilizzare l'esercizio dell'attività giurisdizionale per esigenze di carriera". Il progetto di legge socialista (artt. 8 e 40), in definitiva, rimetteva al Consiglio giudiziario (integrato da otto componenti, di cui cinque effettivi e tre supplenti, eletti dal Consiglio regionale) la competenza in ordine alla nomina del nuovo giudice.

(37) Si veda, a tale proposito, anche la nota (31).

(38) Nella relazione al progetto, infatti, si affermava che "l'art.106 Cost. prevede la possibilità che la legge sull'ordinamento giudiziario ammetta la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli... La Costituzione indicava quindi la possibilità reale di organizzare la partecipazione dei cittadini, dei magistrati non togati, a tutti i gradi della giurisdizione. A distanza di quaranta anni, si deve constatare che un'indicazione che poteva rivelarsi assai feconda è rimasta largamente inesplorata".

(39) Con lo stesso testo, e con il titolo "Istituzione del Giudice di Pace", sono stati

presentati: un disegno di legge al Senato, il 4 agosto 1988, su iniziativa dei senatori Macis, Battello, Onorato, Tedesco, Tatò, Maffioletti, Boichicchio, Schelouto, Imposimato, Longo, Salvato, Correnti, Greco e Tossi Brutti (atto n.1286/S); ed una proposta di legge alla Camera, il 2 dicembre 1988, su iniziativa dei deputati Fracchia, Violante, Pedrazzi, Cipolla, Bargone, Cicone, Finocchiaro, Fidelbo, Orlandi, Recchia, Trabacchi, Turco, Vacca (atto n.3422/C).

(40) Così, secondo il combinato disposto degli artt.9 e 11 del progetto comunista, la competenza per la nomina dei Giudici di Pace era attribuita al Consiglio Giudiziario del distretto nel quale ricadono i rispettivi mandamenti; il quale organo - allorché fosse stato chiamato a trattare questioni relative al Giudice di Pace - avrebbe dovuto essere integrato da cinque componenti laici eletti dal Consiglio regionale tra avvocati con almeno cinque anni di esercizio della professione e professori universitari di materie giuridiche.

(41) In merito alla competenza del Consiglio Superiore della Magistratura a nominare i nuovi giudici laici, sono registrate posizioni diametralmente opposte. A favore della nomina da parte del C.S.M., si sostiene (ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 22) che "il disegno tracciato nella Costituzione è chiaro nell'attribuire il potere di nomina dei magistrati al Consiglio Superiore della Magistratura. L'art.105 Cost. riserva, infatti, espressamente al Consiglio Superiore le assunzioni dei magistrati, senza distinguere tra magistrati professionali e magistrati onorari. Secondo la Costituzione, dunque, la nomina dei magistrati, professionali o onorari, deve avvenire da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, consentendosi peraltro che la legge possa prevedere, unicamente per i magistrati onorari, anche la nomina elettiva... Può essere interessante notare che il legislatore, successivamente alla Costituzione, ha costantemente riservato al C.S.M. il potere di nomina dei magistrati onorari. E infatti la legge 24 marzo 1958 n. 195, all'art.10, ha attribuito al Consiglio Superiore della Magistratura, anche innovando rispetto alla precedente legislazione, la nomina dei Vice Pretori onorari, dei Conciliatori e dei Vice Conciliatori, ammettendo per queste ultime due figure di Magistrato onorario la delega ai Presidenti delle Corti d'Appello". Si è, altresì, sostenuto (Corte Cost. 14 maggio 1968 n. 44, in Giur. Cost. 1968, 672) che la concentrazione di ogni provvedimento relativo al reclutamento e allo stato degli appartenenti all'ordine nella competenza assoluta del C.S.M. è funzionale all'effettiva autonomia della magistratura, e contribuisce a rafforzare le garanzie costituzionali di indipendenza di questa. In senso contrario, si è precisato (CONSOLO, LUISO, SASSANI, "La riforma del Processo Civile", cit., 117) che "l'appiglio testuale è per vero tutt'altro che saldo; l'art.105 parla infatti di «assunzioni» di magistrati - e poi prosegue parlando di trasferimenti, promozioni, etc. - il che fa pensare ai soli magistrati pubblici dipendenti, e così alla competenza ad incidere sul rapporto pubblicistico di lavoro subordinato. Né i lavori preparatori corroborano la tesi della competenza esclusiva del C.S.M.... Probabilmente, senza esservi costituzionalmente impegnato (a nostro credere), è un fatto che il legislatore repubblicano ha finora in varie occasioni accentrato in capo al C.S.M. le competenze di questo tipo...".

(42) ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 22.

(43) CONSOLO, LUISO, SASSANI, "La riforma del Processo Civile", cit., 118, ove si aggiunge: "Né potrebbe dirsi tanto capillarmente informato su fatti e persone da potere, quand'anche il tempo non stringesse, rivendicare un ruolo diverso da quello di una succinta deliberazione per relationem rispetto alle proposte dei Consigli Giudiziari".

(44) Si è voluto evitare, così, attraverso il contributo di conoscenza e di esperienza dell'avvocatura, che la designazione dei Giudici di Pace potesse essere espressione della sola

magistratura togata.

(45) Sul punto v. MANZO, "Il Giudice di pace nei quattro progetti all'esame del Parlamento", cit., 25; ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 25.

(46) Nella Relazione di accompagnamento - tra le altre cose - si sostiene che, sul punto concernente l'integrazione dei Consigli Giudiziari "erano astrattamente percorribili... due vie: a) lasciare interamente all'autonomia dei Consigli dell'Ordine dei vari distretti le modalità di formazione delle intese e di composizione delle loro rappresentanze in seno al Consiglio giudiziario; b) regolare minutamente la materia. Si è ritenuto preferibile evitare entrambe le soluzioni estreme...". "L'art.1 dello schema di regolamento - prosegue la relazione - prevede che possono essere designati per integrare i Consigli giudiziari sia avvocati che procuratori legali, ma specifica che questi ultimi debbono essere iscritti nell'albo da almeno cinque anni. La "ratio" di tale limitazione è evidente: si è inteso garantire che "al Consiglio giudiziario... possano accedere soggetti dotati di congrua esperienza professionale, nella considerazione ulteriore che, per i magistrati, l'elezione allo stesso organo richiede la qualifica di Magistrato di Tribunale... Nello stesso art.1 si dispone che debbono essere designati anche tre rappresentanti con funzione di componenti supplenti. La previsione è necessaria per assicurare il funzionamento del Consiglio Giudiziario che, quale collegio c.d. perfetto, deve deliberare con la totalità dei suoi consiglieri". In ordine alle modalità di designazione, l'art. 3, 1° comma, pone un limite esterno a tale potere, "prevedendo che ciascun Consiglio dell'Ordine non possa esprimere più di due rappresentanti con funzioni di componente effettivo e di uno con funzioni di supplente. I commi 2 e 4 dispongono, rispettivamente, che la designazione deve indicare l'ordine nel quale i supplenti subentrano in sostituzione dei componenti effettivi e che il Presidente del Consiglio dell'Ordine del capoluogo del distretto coordina il procedimento di designazione, mentre il comma 3 prevede che, in caso di cessazione dalla carica di uno dei componenti, deve essere designato un nuovo rappresentante".

(47) Ciò poteva desumersi dal fatto che il C.S.M. avrebbe potuto "effettuare la scelta, con provvedimento motivato, anche al di fuori delle indicazioni formulate dal Consiglio Giudiziario".

(48) V. sul punto ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 26.

(49) Sul punto v. CONSOLO, LUISO, SASSANI, "La riforma del Processo Civile", cit., 143, ove si rileva come, al pari del precedente, l'articolo in commento gioca "il ruolo essenziale di indicare quale tipo di Giudice di Pace si vorrà vedere all'opera... ed attesta purtroppo come la miscela approntata dai legislatori parlamentari in ordine a questo profilo essenziale della riforma finisca con l'essere velata di astrattismo e di artificiosità combinatoria". Una posizione ben più moderata è quella assunta da CHIARLONI, "Le riforme del Processo Civile", cit., 940, il quale sottolinea come la norma in questione sia di notevole complessità e rileva, in proposito, che "un prodotto legislativo è spesso il frutto di un compromesso tra diversi stereotipi culturali, esigenze, interessi, ideologie e valori"; tuttavia, prosegue l'Autore, "non bisogna essere avversari di principio del compromesso".

(50) A differenza dei due soli requisiti necessari per accedere alla carica di Conciliatore - essere cittadino italiano ed avere compiuto il venticinquesimo anno di età - la norma de qua ne prevede otto.

(51) Si veda, in proposito, ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il

Giudice di Pace", cit., 34.

(52) Il requisito relativo all'idoneità fisica e psichica può ritenersi implicito anche nei progetti comunista e socialista della X legislatura, nonostante l'art.4 dei rispettivi d.d.l. non proceda ad una elencazione schematica dei requisiti richiesti.

(53) Diversa era l'impostazione del problema nei quattro progetti di legge. Mentre il progetto socialista richiedeva tra i requisiti di nomina che gli aspiranti avessero "superato il cinquantacinquesimo anno di età e non ancora raggiunto il settantesimo", il progetto governativo e quello democristiano prevedevano fasce di età ben più ampie (rispettivamente, un'età compresa tra i venticinque ed i settantuno anni il primo, e tra i venticinque ed i sessantacinque il secondo); sino a giungere al limite estremo del disegno di legge comunista, che non prevedeva alcun limite di età.

(54) CHIARLONI, "Le riforme del Processo Civile", cit., 941.

(55) Nonostante la disciplina si manifesti senz'altro più rigorosa rispetto a quanto previsto per i magistrati professionali - per i quali la residenza stabile nel comune ove ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale il magistrato esercita le funzioni costituisce un obbligo e non un requisito per la nomina, con la conseguenza che la sua violazione dà luogo non a decadenza ma a responsabilità disciplinare (art.12 ord. giud.) - l'art.5, 2° comma L. 374/91 precisa che il requisito della residenza non è richiesto nei confronti di coloro che esercitano la professione forense e le funzioni notarili.

Si viene, così, a rompere la coerenza del testo, autorizzando "la conclusione che il requisito della residenza non è ispirato tanto alle esigenze di servizio, quanto alle qualità personali della persona chiamata a ricoprire l'incarico di Giudice di Pace" (così ACONE, CAPPONI, CECHELLA, MANZO), "Il Giudice di Pace", cit., 36).

(56) Diversamente, i progetti comunista e socialista richiedevano la residenza nell'ambito del mandamento in cui si sarebbero dovute esercitare le funzioni di Giudice di Pace. Nulla, invece, è previsto dalla proposta democristiana.

(57) Tale requisito è stato introdotto dalla Commissione Giustizia del Senato. Infatti, né il progetto di legge governativo (che poneva il possesso della laurea in giurisprudenza tra i titoli di preferenza per la nomina), né le proposte comunista e socialista, individuavano la laurea in giurisprudenza quale requisito per la nomina a Giudice di Pace.

Il solo disegno di legge democristiano lo contemplava in modo implicito, prevedendo come requisito essenziale l'essere avvocato o procuratore legale.

(58) DENTI, "Quale futuro per la giustizia minore?" in *Foro It.*, 1985, 19.

(59) BRANNO, "Il Giudice di Pace", cit., 54.

(60) Per tutti, CHIARLONI, "Un Giudice di Pace per la pace dei giudici", cit., 26.

L'Autore motiva la propria affermazione sostenendo che "l'idea che una specifica preparazione giuridica formalmente accertata sia coesistente allo stesso concetto di amministrazione della giustizia" è basata "su una premessa che occorre mettere in discussione, perché è il frutto di un inconsapevole scambio di prospettive in ordine allo stesso concetto di tecnica giuridica". Prosegue l'Autore: "invece di venir concepita come una tecnica immediatamente orientata verso l'applicazione dei precetti di governo secondo canoni alla portata di ogni individuo ragionevole e mediamente colto, la tecnica giuridica viene concepita come una tecnica immediatamente orientata verso l'applicazione di canoni rituali alla portata esclusiva di ristrette cerchie di specialisti, addestrati all'uso dei relativi apparati concettuali e modelli di argomentazione". "Oltretutto - sostiene ancora Chiarloni - a parte le considerazioni di carattere teoretico, una smentita definitiva alla posizione qui criticata viene

dalla stessa esperienza, sia storica che comparativa, che vede affiancarsi al giudice funzionario forme non secondarie di giurisdizione laica in tutti gli ordinamenti moderni, ove si richiede ai giudici non titoli formali ma, semmai, una preparazione meglio garantita dall'esperienza di vita che non dallo studio, in ordine alla tipologia dei conflitti su cui si innesta il bisogno di giurisdizione".

(61) Mentre il disegno di legge governativo e quello democristiano non lo indicavano tra i requisiti necessari né tra le cause di incompatibilità, il progetto socialista e quello comunista lo prevedevano espressamente richiedendo, il primo, la cessazione dell'esercizio o l'impegno a cessarlo; il secondo, la sola cessazione.

(62) CHIARLONI, in "Le riforme del Processo Civile", cit., 942, sottolinea la possibilità che vengano a verificarsi situazioni alquanto indesiderate: per esempio, "dal punto di vista della giusta tutela del diritto al risarcimento del danno per le vittime di incidenti stradali, non appare opportuno che gli agenti delle imprese assicurative" - quali lavoratori autonomi - "siano legittimati a diventare Giudici di Pace".

(63) Affatto diverse sono le posizioni che emergono dai vari disegni di legge: l'esercizio della professione forense costituiva requisito per la nomina nel progetto democristiano, titolo di preferenza nel progetto governativo, motivo di incompatibilità in quelli comunista e socialista (i quali, come già si diceva, più in generale, prevedevano l'incompatibilità con qualsiasi attività lavorativa, subordinata o autonoma).

(64) I titoli di preferenza non sono previsti secondo un ordine di importanza, al contrario di quanto disponeva il testo approvato dal Senato, ove era specificato "costituiscono, nell'ordine, titoli di preferenza per la nomina...", ed essi erano posti secondo una priorità data dall'ordine progressivo delle lettere.

(65) Non condivide questa tesi - peraltro sostenuta da autorevole dottrina (si veda, per tutti, ACONI, CAPPONI, CECHELLA, MANZO, "Il Giudice di Pace", cit., 40) - CHIARLONI, "Le riforme del Processo Civile", cit., 947, il quale sostiene che "la rigida e scandita previsione di titoli di preferenza" - elencati secondo una gerarchia che va dal più al meno forte - "potrebbe far pensare che gli organi preposti alla scelta di una pluralità di candidature siano tenuti in ogni caso a rispettarli. Non è esattamente così. Bisogna tener conto, infatti, della clausola contenuta nel 3° comma della norma in commento, dove vengono introdotti ulteriori requisiti, estremamente generici, a far da ponte tra i requisiti specifici e i titoli di preferenza: la nomina deve comunque cadere su persone capaci di assolvere degnamente... le funzioni di giudice onorario. E' dunque evidente che ove si voglia far cadere la nomina su una persona in possesso di un titolo di preferenza collocato ad un livello inferiore rispetto ad altri candidati, o addirittura priva di titoli di preferenza, sarà sufficiente motivare il provvedimento nel senso che i candidati che precedono il nominato nella scala dei titoli di preferenza sono privi di qualcuno dei requisiti, estremamente generici, previsti dalla clausola in discorso".

(66) La norma, infatti, recita: "A parità di possesso dei requisiti e dei titoli di cui ai commi 1, 3 e 4, sono prioritariamente nominati...".

ALESSANDRO PANDOLFI

MERCANTILISMO E ACCUMULAZIONE ORIGINARIA

SOMMARIO: 1. La riproposizione di un problema. - 2. I paradossi del mercantilismo.

1. Questa ricerca è stata in gran parte ispirata da due eventi contemporanei. Si tratta, da un lato, dell' offensiva neoliberale che, dalla seconda metà degli anni settanta, ha globalmente ridefinito luoghi, condizioni e forme dell'accumulazione capitalistica mondiale ed ha contestualmente problematizzato con estrema radicalità il ruolo dello Stato quale principale organo regolatore dei bisogni sociali e dei processi della valorizzazione. Dall'altro, il ciclo neoliberale dell'accumulazione capitalistica ha fatto emergere una fisionomia dell'economia-mondo profondamente innovata. Sulla linea delle grandi trasformazioni tecnologiche ed organizzative che hanno incisivamente modificato i modi di produzione e circolazione dei beni materiali ed immateriali è venuta meno la contrapposizione tra i blocchi politico militari, un unico mercato tendenzialmente unificato informa lo spazio planetario portando così a compimento la dinamica capitalistica originaria. Come si è detto, le politiche e le ideologie neoliberali hanno sferrato un attacco senza precedenti contro gran parte delle istituzioni e delle funzioni redistributive e contro il governo dei mercati così come si erano consolidati in Occidente, soprattutto a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale. Il tratto più appariscente di questa manovra è che lo smantellamento della regolazione è stato condotto mediante una iniziativa politica che non ha abolito, bensì ha mutato in senso spiccatamente autoritario la sovradeterminazione dei processi economici e sociali. In tale contesto, la cosiddetta globalizzazione del mercato mondiale è stata salutata come una nuova epoca del libero scambio.

Quest' ultima, si dice, si è affermata grazie alla rimozione dei freni inibitori imposti alla libera iniziativa dalla burocratizzazione e dalla dissipazione parassitaria di risorse provocata dalla spesa pubblica, soprattutto in termini di politiche di assistenza e previdenza e di pubblico sostegno della domanda. Infine, l'intero processo è stato accelerato dal crollo di quei regimi che ancora ostacolavano la completa liberalizzazione del mercato mondiale e l'universalizzazione della democrazia come la sola forma politica ad esso adeguata.

E tuttavia, piuttosto rapidamente, le cose sono apparse assai più complesse.

In primo luogo, intorno al mercato unico mondiale che, a ben vedere è piuttosto un sistema di blocchi e di aperture tra i grandi mercati regionali e continentali, vi è una pluralità di sistemi socio-politici non omogenei (1). Inoltre, non vi è un'unica politica economica universalmente condivisa, in grado di regolare scambi e relazioni internazionali. Le forme dello scambio mondiale appaiono fortemente differenziate in funzione delle singole strategie commerciali e della posizione che ogni paese è in grado di occupare all'interno dell'economia-mondo (2). L'affermazione secondo la quale quest'ultima è il teatro generale di un libero ed equo scambio tra partners concorrenti è continuamente smentita dei fatti. Vi sono vistose conseguenze definite "mercantilistiche" o "neomercantiliste" del libero scambio (3). I mercati dei paesi e delle regioni più povere e meno politicamente influenti devono restare aperti alla dislocazione di importanti segmenti delle produzioni manifatturiere, alla captazione del plusvalore, alla invasione dei capitali ed all'esportazione delle scorie da parte delle economie centrali(4). I sistemi economici egemoni ed emergenti su scala regionale e continentale sono dominati da politiche fortemente protezionistiche ed autoritarie. Accordi e regolamentazioni della circolazione e delle transazioni per grandi aree interregionali o multicontinentali spesso formalizzano scale e dispositivi gerarchici che costringono i subalterni a conservare la subordinazione come un bene prezioso. Le guerre commerciali si moltiplicano, in particolare, ogni qual volta si registrano forti squilibri nelle relazioni di scambio tra economie dominanti. Infine, la crisi dello Stato-nazione si approfondisce con l'intensificazione delle politiche monetarie e con l'impressionante velocità di circolazione del capitale-informazione ed essa viene violentemente tamponata con il contraccollo reattivo dei nazionalismi e con il *repechage* di ogni sorta di particolarismo. In tali condizioni, il neomercantilismo appare come uno strumento flessibile ed ambiguo, a disposizione degli Stati e, contemporaneamente dei centri di potere sovranazionali. Infine, tutte le determinazioni categoriali con le quali la scienza economica e la dottrina politica hanno descritto e classificato i sistemi di politica economica sembrano confondersi su scala mondiale dando luogo ad ibridi e contaminazioni che solo una rappresentazione ideologica potrebbe semplificare.

Da queste "provocazioni" contemporanee è sorta perciò l'esigenza di una ricostruzione delle origini dei fenomeni qui solo molto sommariamente menzionati. Se quella odierna viene da molti considerata un'epoca di una nuova accumulazione originaria del capitalismo che suscita una lotta generale per il chiarimento dei poteri nell'ambito dell'economia-mondo, risultava interessante porre nuovi interrogativi alla "prima accumulazione origina-

ria" e, in particolare, al mercantilismo che di quel processo costituì la principale forma di governo. In tal senso il presupposto metodologico che ha orientato questi interrogativi è rappresentato dal tentativo di superare due differenti e complementari unilateralità ermeneutiche. Si trattava di evitare il relativismo ed il finalismo nella loro comune pretesa di dire l'ultima parola sulla storia, e, in particolare, intorno a quell'elemento istitutivo della modernità che è il mercantilismo. Questa ricerca si è perciò tenuta deliberatamente in bilico su di un paradosso: quello della compresenza tra finitezza e continuità di alcuni fenomeni e processi che hanno caratterizzato il mercantilismo. Si è cioè cercato di chiarire in che senso alcune coordinate fondamentali della modernità che il mercantilismo inaugura, si siano aggiornate mediante continue trasformazioni. È cioè alla luce delle trasformazioni della gerarchizzazione dell'economia-mondo, della costituzione e regolazione politica di positività e "leggi" dell'economia di mercato, della funzione pubblica nel governo dei grandi processi sociali indotti dall'accumulazione, del denaro come asse di comando e strumento di alleanze sociali e politiche e, infine, della soggettivazione della forza lavoro tra disciplina ed antagonismo, che il mercantilismo può essere compreso nella sua singolare irripetibilità. A partire da quell'epoca è poi soprattutto emersa la matrice della processualità storica - già *in nuce* mondiale - moderna e poi contemporanea - è cioè la dialettica tra generalità intersistemica di cicli e tendenze e differenziazioni nazionali e regionali. Le questioni della formazione e del consolidamento dello Stato moderno che sono al centro dell'epoca mercantilistica non potevano non essere iscritte in questa dialettica. Le analogie sarebbero in tal senso ancora molte. Allora, come sembra accadere oggi, l'emergere di nuovi modi e rapporti di produzione determina una polarizzazione gerarchica e topologica di tutte le precedenti forme dello sfruttamento intorno alla norma della valorizzazione capitalistica. Allora, è cioè nel processo della loro costituzione, e oggi nel senso di una nuova profonda trasformazione, - per le grandi unità politiche sembra riproporsi un medesimo stato di indecisione circa il loro destino storico. Infine, il denaro, come forma pura ed assolutamente astratta di comando, è strumento e, ad un tempo, fine - come nell'accumulazione originaria - della *creatio continua* dello spazio-tempo del mondo. E tuttavia, le analogie restano analogie.

Nessuna scorciatoia ci è parsa percorribile per sfuggire al circolo tra singolarità e continuità. Né quella del mercantilismo come preistoria - premoderna, protomoderna, antimoderna(?) - o transizione al capitalismo, e neppure quella della ripetizione puntuale - ciclica, congiunturale(?) - di una tendenza originaria. Per questo è stata scelta una via, per così dire, scom-

da, ma che ci è parsa feconda. Si è cioè optato per la ricerca di quei punti e contenuti cruciali dai quali potessero emergere, con una certa evidenza, la pre e la post-storia di una singolarità storica. E questo può accadere perché, come dice Walter Benjamin, ogni presente porta con sé un determinato grado di conoscibilità del passato. L'immagine del mercantilismo diviene sincrona del presente non in virtù di una qualche lineare continuità, ma appunto perché il presente - questo presente - è, nelle sua differenza, post-storia del mercantilismo e cioè esso offre l'ora della sua conoscibilità. In tal senso, questo lavoro non ha mai inteso essere esaustivo. Si trattava di dare luogo ad una esperienza di conoscibilità, non alla verità del passato 'così come è oggettivamente stato'. Per questo esso è esposto alla critica e ad interminabili integrazioni.

2. Nella prima delle *Lectures on Justice, Police, Revenue and Army* del 1762-64, Adam Smith elenca le finalità e gli strumenti del governo civile e pone in primo piano la Police che, tra le sue molteplici funzioni, articola istituzioni e pratiche per la regolamentazione del mercato interno e del commercio estero. In particolare, secondo una tradizione terminologica francese, il potere di polizia consiste nella cura della *neteté* o della pubblica igiene, nell'amministrazione dell'*aisance* ossia nell'ordine pubblico ed infine, soprattutto, nel *bon marché* o controllo dei prezzi affinché i mercati del paese siano forniti delle merci di più largo consumo ad un prezzo accessibile al potere di acquisto della maggioranza della popolazione(5). Con queste espressioni Smith interpreta alcuni tra i caratteri più originari del mercantilismo, un sistema di istituzioni e di azioni di governo ed un vasto complesso di principi e di formulazioni teoriche che hanno qualificato, per almeno tre secoli, la concezione e l'esercizio della politica economica, intesa come prestazione fondamentale della sovranità statale. E benché sia proprio dall'opera di Smith che prende le mosse l'ininterrotta critica al mercantilismo da parte dell'economia politica classica, è Smith stesso ad incorporare e ad utilizzare nel suo discorso motivi e definizioni mercantilistiche.

Nell'introduzione al IV libro del *Wealth of Nations* interamente dedicato allo smantellamento del *Mercantile System*, Smith propone una definizione di *Political Oeconomy* chiaramente derivata dal mercantilismo: "L'economia politica, considerata come ramo della scienza dello statista e del legislatore"(6). L'economia politica incide in termini costitutivi nella definizione della sovranità. Nel mondo moderno, la rappresentazione e la legittimazione dello Stato deve comprendere la *Political Oeconomy* come suo attributo essenziale. Sono peraltro numerosi i luoghi dell'opera di Smith in

cui troviamo una valorizzazione delle conquiste del sistema mercantile. La fondazione del nuovo paradigma della razionalità si imbatte in un ordine di realtà economiche ed istituzionali che costituisce il presupposto materiale ed epistemologico della moderna economia politica. Smith mette ad esempio più volte in rilievo il fatto che la modernità è caratterizzata da una universalità di scambi economici e relazioni politiche che è stata promossa e sviluppata dallo stesso sistema mercantile. Il mercato mondiale rappresenta, in tal senso, un titolo di "splendore e di gloria" del mercantilismo. Paesi e città commerciali d'Europa sono diventati i manifatturieri, i trasportatori ed i fornitori "dei coltivatori dell'America" e "di quasi tutte le varie nazioni dell'Asia e dell'Africa". E ancora: "Poiché questi sono dunque i vantaggi del trasporto via d'acqua, è naturale che i primi progressi dell'arte e dell'industria si siano verificati là dove questa opportunità apre il mercato del mondo ai prodotti di ogni sorta di lavoro"(7). Infine, discutendo delle caratteristiche dei due principali sistemi moderni di economia politica, - i sistemi mercantile e agricolo -, Smith osserva che, a differenza della fisiocrazia, il mercantilismo ha effettivamente praticato ciò che raccomandava in termini di principi generali. Il mercantilismo ha impiantato e sostenuto la produzione manifatturiera, mentre la fisiocrazia non è in grado di tradurre in modo conseguente i suoi programmi. Privilegiando erroneamente il settore agricolo, a scapito di quello manifatturiero ritenuto improduttivo, la nuova politica economica invocata dalla fisiocrazia rischia infatti di squilibrare il circuito economico ancor più profondamente di quanto abbia fatto il sistema mercantile(8).

E tuttavia, è pur sempre Smith a comporre il repertorio canonico degli argomenti contro il mercantilismo, repertorio che verrà ripreso ed allargato da un dibattito che trascende ampiamente la "situazione classica" della scienza economica e giunge sino ai giorni nostri. Ma è a partire dall'opera di Smith che emergono, soprattutto, i tratti più problematici della ininterrotta polemica nei confronti del fenomeno mercantilistico.

Valc a dire che per gran parte dell'economia politica moderna, della dottrina della Stato, della filosofia della politica e di alcuni importanti indirizzi storiografici che hanno studiato origini e sviluppo delle istituzioni economiche e politiche tra il XVI e la fine del XVIII secolo, la critica degli "errori" e delle "superstizioni" mercantilistiche incontra in modo più o meno esplicito il rilievo fondativo delle strutture ed istituzioni cardinali di quel sistema di governo - basterebbe citare, a questo proposito, le "invenzioni" del moderno lavoro salariato, della finanza pubblica e privata e del sistema fiscale ecc. Ma, soprattutto, si fa strada la percezione che il mercantilismo

non è mai "passato" e che ritorna ciclicamente, come un materiale solo apparentemente rimosso, per ristrutturare il sistema capitalistico su scala mondiale(9).

Come è noto, la critica smithiana muove dalla denuncia della più grave tra le superstizioni mercantilistiche quella che confonde la ricchezza con i metalli preziosi e cioè con la moneta. Ma, a ben vedere, vi sono due argomenti altrettanto interessanti, in quanto costituiscono le matrici della paradossalità della stessa posizione smithiana e delle elaborazioni successive. Si tratta, da un lato, della denuncia dello scambio ineguale come forma delle relazioni economiche e politiche interne ed internazionali e della critica delle distorsioni imposte dal mercantilismo allo sviluppo "naturale" dell'economia e della società moderna. Già nelle *Lectures* Smith stigmatizza la concezione e la pratica dello scambio sostenute dal sistema mercantilistico in quanto contrarie all'equilibrio ed alla giustizia naturale che sia attuerebbero se i mercati e le transazioni fossero liberi di svilupparsi in un regime di eguali opportunità per tutti i produttori, i consumatori e per tutte le nazioni. Se una nazione è già stata resa più povera di un'altra, dice Smith, lo scambio ineguale approfondirà indefinitamente quella ineguaglianza(10). Le regolamentazioni e le sovvenzioni statali, i monopoli, le proibizioni ed i dazi in entrata ed in uscita dai singoli mercati alterano l'equilibrio ed i mutui vantaggi che le nazioni potrebbero legittimamente godere dal commercio e contemporaneamente, destabilizzano i rapporti tra i produttori e quelli tra questi ultimi ed i consumatori approfondendo così il divario tra tutte le classi sociali. Nel sistema mercantile lo scambio ineguale si verifica, in primo luogo, tra città e campagna. I monopoli, le restrizioni e gli alti salari imposti dalla città al settore agricolo fanno sì che la campagna paghi per le merci nazionali o estere offerte dalla città un prezzo istituzionalmente sempre più alto rispetto a quello che dovrebbe essere pagato in un regime di maggiore libertà ed equilibrio. Le distorsioni mercantilistiche istituzionalizzano una tale alterazione nelle entità dei valori scambiati per cui - come effettivamente sostengono i "fautori del sistema mercantile" - c'è sempre qualcuno che compra con una più piccola quantità di lavoro il prodotto di una maggiore quantità di lavoro (11). E' dunque dal regime di scambio ineguale che derivano le contraddizioni prodotte dagli ordinamenti politici "vigenti in Europa". Lo scambio ineguale è, in tal senso, causa ed effetto dell' "irragionevole" forma di sviluppo promossa e sostenuta dalle politiche mercantilistiche.

Le gravi interferenze imposte dal mercantilismo al corso naturale della ricchezza consistono, a parere di Smith, in un complesso di deviazio-

ni, per difetto o per eccesso, dell'equilibrio naturale di mercato. Talvolta il sistema mercantile limita autoritativamente la concorrenza, talora la satura spingendola artificiosamente al di là della misura che si istituirebbe spontaneamente in condizioni di maggiore libertà di circolazione del capitale e del lavoro. Il tema di fondo della critica di Smith fa quindi leva sulla contrapposizione tra "libertà ed equilibrio naturali" ed interferenza politica. Il liberalismo teorico nasce contestando che il fondamento della razionalità pratica sia identificabile nella volontà politica. C'è invece una razionalità immanente all'agire strategico che, indipendentemente dalla decisione politica, può armonizzare singolarità e generalità: "Sia che si tratti del Tableau dei Fisiocratici o della 'mano invisibile' di Smith, e cioè di una analisi che punta a rendere visibile nella forma dell'evidenza la formazione del valore e la circolazione delle ricchezze, o al contrario, di un' analisi che suppone l'intrinseca invisibilità del nesso tra la ricerca del profitto individuale e l'accrescimento della ricchezza generale, in ogni caso l'Economia mostra un'incompatibilità di principio tra lo sviluppo ottimale del processo economico e la massimizzazione delle procedure governamentali"(12). Il "progresso civile ed economico delle nazioni d' Europa", che pure è un dato di fatto incontrovertibile, promosso dal sistema mercantilistico, è però profondamente distorto. La direzione dello sviluppo va risolutamente invertita e cioè ricondotta alle norme naturali della libertà d'impresa e dell'equilibrio di mercato. L'aggressività commerciale ed il "decisionismo" esercitati dal mercantilismo nell'opera di edificazione delle istituzioni economiche e politiche del primo capitalismo hanno provocato, per Smith, un' inversione radicale nell' ordine naturale dello sviluppo. Quest'ultimo non può essere indotto dal mercato mondiale e dai rapporti di scambio internazionali. Al contrario: "secondo il corso naturale delle cose, la maggior parte del capitale di ogni società che comincia a formarsi è diretta prima all'agricoltura, poi alle manifatture ed infine al commercio estero"(13). L'avvio della modernità ed il suo sviluppo sono minacciati da una distorsione che condiziona le potenzialità di benessere e felicità sociali: "Ma per quanto questo ordine naturale delle cose debba aver avuto luogo in qualche misura in ogni società, in tutti i moderni stati europei, esso è stato sotto molti aspetti completamente rovesciato. Il commercio estero di alcune delle loro città vi ha introdotto manifatture, cioè quelle adatte per la vendita in luoghi remoti e le manifatture ed il commercio estero insieme hanno dato occasione ai principali miglioramenti dell'agricoltura"(14).

La critica dello scambio ineguale e dell'inversione nello schema di sviluppo della ricchezza di tutte le nazioni rappresentano due pilastri della

polemica condotta dalla economia politica smithiana e postsmithiana nei confronti del mercantilismo classico e dei rischi insiti nei suoi "ritorni". Da questi due argomenti chiave si sviluppano numerose filiazioni e diramazioni argomentative che configurano il fronte di resistenza liberistico e neo liberistico nei confronti dell'ingerenza dello Stato nell'economia, della quale il mercantilismo costituisce, in un certo senso, il modello originario. Già J. S. Mill, metteva in evidenza la persistenza di alcuni residui mercantilistici nel pensiero di Smith. Secondo Mill, Smith non conduce fino in fondo la critica dello scambio ineguale e non elabora con sufficiente completezza il modello teorico dello sviluppo naturale della ricchezza. Smith rimane cioè prigioniero di alcuni feticci mercantilistici: "L'idea che soltanto la moneta è ricchezza è sepolta da tempo, ma ha lasciato molti strascichi dietro di sé; persino il suo distruttore, Adam Smith, conservava alcune convinzioni che è possibile ricondurre a tale origine. La teoria di Adam Smith sul vantaggio del commercio con l'estero era che esso offrisse uno sbocco per l'eccedenza della produzione di un paese, che consentisse di reintegrare, con un profitto, una parte del capitale del paese. Queste espressioni rivelano idee incompatibili con una chiara comprensione di questo fenomeno. L'espressione eccedenza di produzione pare implicare la necessità, che ha un paese, di produrre il frumento o la stoffa che esso esporta"(15).

Contrariamente al giudizio di Mill, e malgrado le dure requisitorie di Smith contro il mercantilismo, quest'ultimo dimostrò di comprendere alcuni motivi di fondo della strategia mercantile nel corso della prima accumulazione capitalistica. La necessità di sostenere ed espandere il commercio estero viene cioè colta - seppur non condivisa - da Smith proprio nel suo significato di strumento istitutivo del mercato interno e di condizione per l'esercizio del dominio sul mercato mondiale. La produzione destinata al commercio estero consentiva alla nazione di partecipare alla competizione per l'egemonia sul mercato mondiale e con ciò si moltiplicavano le opportunità di investimento all'interno con un conseguente aumento dei redditi 'di tutta la nazione'. Questa sembra essere la condizione dell'Inghilterra nella seconda metà del XVIII secolo, quella cioè di un paese uscito in posizioni di forza da un plurisecolare conflitto intercapitalistico, e che inizia ad imporre e controllare il corso dei prezzi delle merci oggetto delle principali transazioni su scala mondiale. Una volta pervenuta al dominio sul mercato mondiale, l'economia inglese potrà progressivamente aprirsi all'importazione anche di quei beni il cui costo di produzione in patria risulterebbe più basso rispetto al prezzo che viene pagato per la loro importazione. In altri

termini, solo se la lotta mercantilistica per l'egemonia sul mercato mondiale si è conclusa vantaggiosamente, i capitali nazionali potranno essere parzialmente o completamente stornati da alcuni dei settori grazie ai quali la nazione ha conquistato il potere sull'economia-mondo e dirottati all'esterno per l'acquisto, soprattutto, di quelle merci che riducono i costi di produzione di tutte le merci.(16)

Si propone, così, la paradossalità della critica del mercantilismo da parte del liberalismo classico. Ora che il tempo delle competizioni, delle gelosie commerciali e della conseguente escalation militare è finito, ribadisce J. S. MILL, viene finalmente compreso "il senso della comunione generale dei vantaggi che i paesi commerciali traggono dalla reciproca prosperità. E quello stesso spirito commerciale che ora è uno dei più forti ostacoli alle guerre, ne era la causa principale nel corso di un certo periodo della storia europea(17). Ciò che non trova spazio nei ragionamenti di MILL è che questa 'general community of advantage' rappresenta il dislocamento liberistico dei rapporti di potere già fissati dal mercantilismo. La nuova divisione internazionale del lavoro vigente nell'epoca del libero scambio è stata resa possibile da una secolare lotta per il dominio combattuta sotto la pressione di quella "necessità, per un paese, di produrre il frumento o la stoffa che esso esporta". Le concettualizzazioni dell'economia classica, traducono perciò fedelmente la cristallizzazione di forme e condizioni di comando conquistate nel corso dell'accumulazione originaria. Il regime dei mutui vantaggi dei quali, secondo la teoria dei costi comparati, ognuno dei partecipanti al libero scambio internazionale, potrebbe godere, è espressione adeguata delle forme di dipendenza - già istituite e praticate dal mercantilismo - che i paesi subalterni vedono aggravate dall'esposizione prolungata al libero scambio.

Nelle strategie argomentative del liberalismo classico e contemporaneo, l'avversione per il mercantilismo è ispirata da una determinata precomprensione del concetto di modernità che quasi sempre coincide con l'evoluzione dell'autonomia del mercato. Responsabile dell'inibizione della razionalità economica, delle ineguaglianze tra i gruppi sociali e le nazioni e come fattore di ritardo e distorsione della crescita naturale delle ricchezze, per queste e per molte altre ragioni, il mercantilismo non è compiutamente moderno. Esso si colloca ora 'al di fuori', ora 'prima' dello sviluppo maturo della razionalità economica. Il mercantilismo non risulta compiutamente moderno, in particolare nel senso di una non ancora raggiunta stabilizzazione della differenziazione funzionale tra politica ed economia. Per alcuni, il mercantilismo è protomoderno e cioè costituisce una fase preparatoria, una sorta di incubatrice della storia per il pieno dispiegamento dell'economia di

mercato. La direzione politica dei programmi per lo sviluppo di alcuni settori e mercati può aver contribuito, in alcuni e limitati casi, a determinare positività e regolarità del processo della valorizzazione e tuttavia, oltre un certo limite, la protezione e la direzione politica devono risultare superflue(18). Per altri, ancora, il mercantilismo è invece antimoderno per la ragione che nessuna istanza extraeconomica può mai fungere da fattore formativo nel processo di costituzione del sistema economico. Nell' 'estremismo' di Von Hayeck - che si potrebbe considerare tra i massimi esponenti dell'intransigenza liberistica - ogni forma di interferenza politica o di limitazione imposta da sistemi, istituzioni o pratiche estranee al puro calcolo economico, snatura il mercato. Il mercato è un dispositivo in grado di garantire che qualunque prodotto venga offerto ad un prezzo più basso di quello al quale chiunque di fatto non lo produce potrebbe offrirlo(19). Se la libertà di mercato viene limitata da autorizzazioni conferite dal potere politico a determinati produttori per produrre soltanto alcuni beni a prezzi determinati o se l'offerta ed i prezzi sono direttamente imposti e controllati da una qualche autorità centrale, viene meno l'enorme contributo che il mercato concorrenziale offre allo sviluppo delle società moderne e cioè viene limitata la produzione di conoscenze e di innovazioni. Se il mercato concorrenziale è immobilizzato o inibito, decresce il potenziale di informazioni che sarebbero invece a disposizione di un numero più grande di attori sociali qualora la concorrenza fosse lasciata libera di produrre cambiamenti impreveduti. Ogni forma di controllo, sia esso liturgico, paternalistico, autocratico o - più modernamente - politicamente pianificato, della produzione, delle opportunità concorrenziali e dei prezzi limita la libertà individuale e collettiva e cioè impedisce le possibilità di adattamento pratico-cognitivo a mutamenti non integralmente prevedibili(20). Come è avvenuto nelle più intense fasi di sviluppo delle società occidentali, il sistema concorrenziale non ha alternative anche per quanto riguarda l'avvio dello sviluppo di culture e società non ancora formate dal codice di mercato. Il mercantilismo non è mai una soluzione, né per il 'decollo', né per l'incremento dello sviluppo. In conclusione: "la concorrenza produce una sorta di costrizione impersonale che pone numerosi individui nella necessità di modificare la propria vita in un modo che nessuna disposizione esplicita e nessun ordine deliberato potrebbero mai produrre"(21).

Il teorico dei sistemi di mercato a regolazione spontanea lascia però aperta la questione della genealogia di uno schema siffatto. Anche ammettendo che un mercato autoregolato possa esistere e funzionare in tal modo, e cioè ottimizzando le proprie prestazioni solo in completa assenza di qualsia-

si interferenza extrasistemica, resta da chiedersi in che modo esso sia potuto sorgere. A questo proposito, le risposte intorno alle origini del mercato che si trasmettono tra liberismo e neo liberismo spesso ripropongono le tradizionali mitologie individualistiche sullo sviluppo della propensione al risparmio, all'investimento ed agli scambi o sul progresso naturale nella ricerca della massima disponibilità di informazioni fruibili dal maggior numero di soggetti sociali(22). Di conseguenza, il contributo del mercantilismo allo sviluppo della modernità economica e politica è pensato -in negativo - come termine di riferimento di una neutralizzazione(23). Con lo sviluppo dei mercati, il moltiplicarsi dei problemi economici sovraccarica e satura le prestazioni della politica al punto che, nel corso dell'evoluzione sociale, la posizione e la risoluzione delle questioni economiche vengono definitivamente imputate al sistema economico. Il mercantilismo non sarebbe quindi un sistema propriamente economico, bensì un ibrido in cui i processi di differenziazione funzionale non si sono ancora pienamente manifestati(24). La genesi spontanea del mercato autoregolato resta l'orizzonte di riferimento di gran parte dell'ermeneutica neoliberale: "Dal XVI al XVIII secolo, - scrive W. C. Neale - i governi mercantilisti modificarono l'equilibrio naturale al quale il mercato sarebbe pervenuto da solo <...> se consideriamo questo periodo, che viene abitualmente considerato come l'epoca della rivoluzione mercantile, scopriamo che i principali mercati dei prodotti tendevano, nella misura del possibile, ad avvicinarsi al modello del mercato autoregolato, ma essi costituivano l'oggetto di interventi di intensità variabile, tant'è che i mercati dei fattori di produzione, nel senso in cui li intende l'economista, non esistevano ancora, ad eccezione del mercato dei capitali"(25).

La 'protomodernità' del mercantilismo non è del resto un motivo ricorrente solo nel fronte liberale o neoliberale. Questa nozione è stata utilizzata nell'ambito di una concezione dell'evoluzione dei sistemi sociali propria di autori spesso assai lontani dal liberismo politico e teorico. Per HABERMAS, il completamento dell'organizzazione capitalistica dell'economia viene inteso nel senso dell'emergenza di un sistema economico differenziato in base ad autonomi codici linguistici e tipologie di azione e, soprattutto, depoliticizzato e cioè tendenzialmente regolato dalle sole leggi di mercato. In questo schema, lo Stato moderno viene visto come apparato centralizzato per la garanzia delle premesse giuridiche ed amministrative di un processo economico che costituisce la principale matrice della socializzazione e che si è definitivamente svincolato da norme etiche e da riferimenti legati al valore d'uso(26). In LUHMANN, la dinamica della modernità, vale a dire la differenziazione/integrazione tra i sottosistemi in cui si articola la

società, seleziona il sistema economico come motore del processo. La modernità giunge a maturazione evolutiva nel momento in cui l'economia, pervenuta ad un elevato indice di autonomia nell'elaborazione dei propri codici pratico-comunicativi, può sopportare e ridurre - senza distruggerlo - il più alto livello di complessità presente nell'intero sistema sociale. Il mercato si rende cioè progressivamente indipendente dai centri decisionali di tipo liturgico e paternalistico - la sussistenza amministrata dal padre di casa, dal buon principe o dalla Police -. La politica può allora continuare a farsi carico della risoluzione dei problemi economici sul presupposto della conquista del 'primato sociale' da parte dell'economia. Lo Stato moderno può cioè assumersi l'onere di determinati rischi economici in quanto non possiede il controllo sulla 'posizione' dei problemi economici. In una fase 'transitoria', quando cioè il processo di differenziazione funzionale non è ancora compiuto, lo Stato pianifica l'economia, ossia esso: "deve produrre e nello stesso tempo ridurre la complessità, stimolare le innovazioni, isolare i disturbi, assorbire i rischi, semplificare gli oneri decisionali; ed è evidente che si tratta di funzioni che sono a rigor di logica contraddittorie"(27). Il sottosistema economico si libera infine della pianificazione. L'espansione della sfera del valore è espressa da un indice della complessità interna raggiunta dall'economia che non può essere sostenuto da nessun altro sottosistema della società. La modernità si realizza con il 'primato sociale' dell'economia, ossia con la preminenza di quel sistema 'parziale' che può essere differenziato e strutturato con una complessità interna maggiore - il valore di scambio - e che per questa sua specificità guida l'evoluzione sociale e stabilisce l'orizzonte delle possibilità che sono aperte a tutti i sistemi parziali.

Nelle teorie evolutive che, come quella luhmaniana, riconducono ad una qualche linearità lo sviluppo dei sistemi sociali della modernità, il mercantilismo viene presentato come un accumulo di farraginosi ed inefficaci tentativi di razionalizzazione, come un complesso di pratiche politiche autoritarie ed irrazionali e di immature sperimentazioni economiche che tuttavia, e cioè in virtù di una sorta di guida evolutiva, agevolano la transizione verso l'autonomia del dato economico. Questa concezione era peraltro già stata anticipata da SCHUMPETER, che vede nel mercantilismo un sistema di pianificazione economica in vista della guerra e della lotta per uscire dal sottosviluppo. La letteratura mercantilistica - che non è ancora pervenuta alla soglia scientifica, analitica - è propria dei paesi 'poveri': "L'economia che ne risultò fu una economia pianificata ed essa era pianificata, principalmente in vista della guerra <...> Tutta l'economia (con l'eccezione forse del

ramo olandese), fu scritta in paesi e per paesi che erano poveri. Questo è vero senza eccezioni, se per poveri si intende non sviluppati”(28). La funzione del mercantilismo viene tuttavia iscritta da SCHUMPETER in una posizione centrale nella storia del capitalismo occidentale. L'alleanza tra Stato moderno, aristocrazia e borghesia imprenditoriale che caratterizza il mercantilismo provoca la distruzione delle istituzioni feudali e consente nuove forme di sfruttamento del proletariato rurale e manifatturiero. Il mercantilismo è un compromesso politico mediante il quale lo Stato sostiene strati sociali non più orientati in senso esclusivamente tradizionale. Questo permette uno sfruttamento politico e fiscale delle nuove opportunità offerte dalle prime imprese capitalistiche e dalla socializzazione dell'economia di scambio. Le istituzioni del capitalismo crescono sotto la tutela di questa alleanza che ha un compito, ad un tempo, protettivo e distruttivo. Ma, soprattutto, il mercantilismo illustra, *in vitro*, il profilarsi della natura del sistema capitalistico e cioè il senso di marcia del suo *tour de force* nichilistico. Il capitalismo si costituisce all'interno di un quadro di alleanze con forze ed istituzioni precapitalistiche. Questa soluzione politica consente ai ceti imprenditoriali, siano essi di estrazione borghese o aristocratica, ed ai processi dell'economia di mercato di distruggere barriere politiche ed impedimenti socio-culturali. Ma, nel contempo, quel medesimo dispositivo politico-istituzionale protegge la società e lo stesso capitalismo *in statu nascenti* dalle controfinalità e dalle tensioni distruttive del mercato. Questo però non impedisce al procedere del capitalismo “nella sua necessità ineluttabile” non solo di eliminare le barriere, ma di liquidare istituzioni ed alleati grazie ai quali si era originariamente sviluppato. Una volta intrapresa, questa marcia non si arresterà nemmeno di fronte alle istituzioni economiche e giuridiche basilari del sistema e cioè essa distruggerà la proprietà privata e la funzione imprenditoriale(29).

L'importante ruolo svolto dal mercantilismo nell'economia delle sorti del capitalismo, è, per Schumpeter, contraddittoriamente interno a quell'approccio teleologico e spesso fortemente deterministico che sembra difficile evitare qualora si intenda iscrivere il mercantilismo nella prospettiva della continuità dell'accumulazione capitalistica. A questo proposito, come si è accennato, si verifica un'oscillazione tra le tesi di chi insiste su di una forte discontinuità tra origini mercantilizanti dell'accumulazione e capitalismo maturo - e cioè “liberali” - e, quelle di chi vede nel mercantilismo una fase preparatoria, una premessa o una *transitions* ed infine di chi lo concettualizza come una sorta di matrice che si ripropone rinnovandosi ad ogni movimento di ciclo o che riemerge nell'ambito di alcune grandi svolte dello spazio eco-

nomiche. Se, ad esempio, si sostiene che il mercantilismo è la prassi economica dominante degli Stati nazionali tra il XVI ed XVIII secolo, si giustifica questa interpretazione ricorrendo alla generalità dei vincoli che costrinsero inizialmente ogni unità politica che avesse raggiunto la soglia dello Stato moderno ad adottare un sistema di misure di pianificazione e protezione al fine di istituire un sistema economico 'nazionale'. Questi vincoli vennero imposti ad ogni paese dallo stato dei rapporti di scambio e dalle condizioni politico militari determinate dal dominatore o dai dominatori di turno del mercato mondiale. Il mercantilismo risulta perciò una politica di indipendenza economica, politica e militare alla quale fu affidato il compito di collocare l'economia nazionale sul mercato mondiale nella migliore posizione possibile(30). Ma una volta entrata nel regno del libero scambio, la modernità si lascia alle spalle le croniche confusioni mercantilistiche da un lato tra potenza politica e ricchezza e, dall'altro, tra guerra e scambio internazionale. Per un altro criterio di interpretazione, lo sviluppo delle dimensioni mondiali del capitalismo è invece determinato *ab origine*, e per tutte le sue fasi di sviluppo, da una forma antagonistica inaugurata dal mercantilismo. La continuità del capitalismo è la continuità del mercato mondiale. La continuità delle sue trasformazioni segue la trama dei rapporti tra interiorità ed exteriorità della sfera di azione dei capitali e delle politiche di regolazione. Vi è, in altri termini, una continuità di tensioni tra differenziazione - lo scambio ineguale - e riequilibrio della redditività dei fattori di produzione e di scambio che è la matrice della formazione del mercato mondiale, coniata, per la prima volta, dal mercantilismo(31). Ad ogni passaggio nella trasformazione del mercato mondiale, il mercantilismo si è perciò sempre riproposto in funzione aggressiva o difensiva - e cioè per approfondire la differenziazione o per lottare per il riequilibrio - vale a dire, come strategia di captazione e di drenaggio della maggior quantità possibile di plusvalore mondiale o come edificazione di una linea di resistenza nei confronti di dispositivi di cattura e polarizzazione allestiti ed imposti dai più forti: "nell' economia-mondo capitalistica - scrive I. WALLERSTEIN - il capitale non ha mai permesso che le sue aspirazioni fossero limitate dalle frontiere nazionali -, in termini molto generici, il mercantilismo ha rappresentato un meccanismo difensivo per quei capitalisti che appartenevano agli stati che si trovavano al di sotto del massimo livello di potenza raggiunto dal sistema. È il caso dell'Inghilterra di fronte all'Olanda negli anni 1660-1715; della Francia di fronte all'Inghilterra tra il 1715 ed il 1815, della Germania di fronte all'Inghilterra nel XIX secolo e dell'Unione Sovietica di fronte agli Stati Uniti nel XX"(32).

Se questo è vero viene evidentemente meno ogni possibile schema di storia naturale del sistema capitalistico, rispetto al quale il mercantilismo sarebbe una mera fase preparatoria. La sola linearità riconoscibile nei processi di sviluppo del capitalismo su scala mondiale, è quella delle trasformazioni e degli spostamenti degli antagonismi: "Il capitalismo - prosegue WALLERSTEIN - non implica soltanto l'appropriazione del plusvalore prodotto dal lavoro da parte di un proprietario, bensì anche l'appropriazione del plusvalore dell'intera economia-mondo da parte delle aree del centro"(33). Se la storicità del sistema capitalistico può essere plausibilmente concettualizzata come una sequenza di discontinuità iscritte nella continuità dell'antagonismo intercapitalistico per il dominio del mercato mondiale, la contrapposizione tradizionale tra liberismo e mercantilismo risulta in egual misura ridimensionata. Sembra soprattutto inappropriato contrapporre un sistema in cui la politica domina e soffoca l'economia ed un sistema ove invece quest'ultima ha acquisito la sua moderna autonomia(34). Come si è detto, il liberalismo della prima metà del XIX secolo segnò un'epoca di riconfigurazione delle politiche e degli strumenti economici di dominio sul mercato mondiale e cioè sulla forza lavoro nazionale e internazionale. In tal senso, cade il mito del liberalismo come 'governo debole'. Una volta acquisita una posizione di predominio mondiale mediante un lungo 'apprendistato mercantilistico', l'introduzione del liberalismo a partire dai primi decenni del XIX secolo, avvenne in Inghilterra come esito di una profonda ristrutturazione politica, che ha ampliato e non ridotto, le funzioni della regolazione: "Non vi era nulla di naturale nel laissez-faire - scrive K. POLANYI - I mercati liberi non avrebbero mai potuto esistere se si fossero lasciate le cose al loro corso. Così come le manifatture del cotone, la principale industria del libero scambio, furono create con l'aiuto di tariffe protettive, premi di esportazione e sussidi salariali indiretti, lo stesso laissez-faire fu attuato dallo Stato. Gli anni trenta e quaranta videro non soltanto un'esplosione della legislazione che respingeva le regolamentazioni restrittive, ma anche un aumento enorme delle funzioni amministrative dello Stato che veniva ora dotato di una burocrazia centrale in grado di realizzare i compiti posti dai sostenitori del liberalismo <...> La strada verso il libero mercato era aperta ed era tenuta aperta da un enorme aumento dell'interventismo centralmente organizzato e controllato"(35).

L'apparizione del mercato autoregolato non è concepibile come lo scopo naturale della storia economica e politica moderna.

La faticosa liberazione del mercato dai ceppi mercantilistici per stringere il mondo in un unico grande gioco dello scambio nel corso del quale

non solo aumenta la ricchezza assoluta, ma aumenta, in egual misura, il vantaggio relativo di ogni singolo partecipante, rimane il principale mito liberistico. Da questo punto di vista, l'opposizione al mercantilismo non poteva essere più ostinata da parte di una ideologia che non poteva e pare non potrà mai cedere sul punto dello scambio tra equivalenti: "Se i libero-scambisti - scriveva Marx nel 1847 - non possono comprendere come un paese possa arricchirsi a spese di un altro, non dobbiamo stupircene; poiché questi stessi signori non vogliono neppure comprendere come all'interno di un paese una classe possa arricchirsi alle spese di un'altra classe"(36). Anche da un altro punto di vista una rigida contrapposizione tra protezionismo/dirigismo da un lato e liberalismo dall'altro conduce ad esiti paradossali. Se la concezione mercantilistica della ricchezza relativa e cioè del vantaggio che un singolo paese può ottenere dalla partecipazione aggressiva al mercato mondiale fu considerata una 'barbaric' logica dagli economisti classici, la nozione liberista di un equilibrio tra ricchezza assoluta e relativa nell'ambito di un regime non discriminatorio di libero scambio è assolutamente ideologica: "In questo modo si può vedere che la politica protezionista o non cooperativa - scrive J. ELSTER - è comunque superiore, qualunque sia la politica seguita dagli altri paesi, anche dal punto di vista strettamente economico, secondo il quale le finalità superiore è quella della ricchezza assoluta e non quella relativa. Il risultato previsto da tutti è che tutti i paesi adotteranno la politica non cooperativa, anche se questa soluzione è per tutti peggiore anche del libero scambio, un paradosso che può essere superato, sia attraverso la concertazione, sia attraverso la possibilità di un libero scambio discriminatorio. Se la finalità è quella della ricchezza relativa, le ragioni per adottare la politica non cooperativa sono ancora più forti poiché la soluzione 'cooperazione universale' dà il medesimo risultato della soluzione 'non cooperazione universale'(37).

La rappresentazione teleologica del corso della modernità che sbocca nella cooperazione universale rimuove il nesso tra accumulazione e violenza. Non è in tal senso un caso che l'economia politica classica abbia sin dalle sue origini accanitamente opposto all'ossessione mercantilistica per il denaro, l'idea di una economia reale, costituita da beni e fattori di produzione reali. Il baratto universale tra soggetti eguali che scambiano valori eguali e che ottengono tutti un mutuo vantaggio è la replica liberista alla concezione mercantilistica del denaro, ossia alla prima forma di comprensione dell'organizzazione capitalistica del comando: "La lotta incessante che gli economisti moderni conducono contro il sistema monetario e mercantilistico deriva in gran parte dal fatto che questo sistema svela in forma brutalmente

ingenua il mistero della produzione borghese, il suo essere dominata dal valore di scambio" (38). La brutale provocazione determinata dal 'peccato originale' dell'economia politica deve essere negata con nervosa insistenza. Il fantasma mercantilistico continuerà a tormentare l'economia politica come una sorta di scena originaria che si trasformerà di continuo, ma che non potrà essere del tutto rimossa: "Criticando il sistema monetario e mercantilistico, l'economia politica sbaglia dunque attaccando questo sistema come mera illusione, come teoria semplicemente falsa, e riconoscendolo come forma barbarica del proprio presupposto fondamentale" (39).

NOTE

* Questo testo riproduce, sostanzialmente modificati, l'introduzione ed il primo capitolo della Thèse de Doctorat de IIIème cycle: *Mercantilisme et accumulation primitive*, discussa presso il Département de Sciences Politiques de l'Université de Paris VIII.

1) I. WALLERSTEIN, *Capitalist World Economy, Essays*, Cambridge, 1979; M. BEAUD, *L'économie mondiale dans les années 80*, Paris, 1989; G. CORMI, *Il nuovo disordine economico mondiale*, trad. it., Torino 1994.

Sulle grandi aree economiche regionali ed interregionali, cfr. i lavori di B. HETTNE, *The Double Mouvement, Global Market versus Regionalism*, Tokyo, 1992; Id., *The Regional Factor in the formation of a New World Order*, Tokyo, 1992.

2) Cfr. H. SHUTT, *The Myth of the Free Trade, Patterns of Protectionism since 1945*, London, 1985; R. GILPIN, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, 1987.

3) Sino dalla metà degli anni sessanta, J. ROBINSON, *The New Mercantilism. An inaugural Lecture, Problems in International Trade, Money and Investment*, Cambridge 1966, preconizzava l'avvento di un nuovo Mercantilismo; Cfr anche P. GUERRIERI, P. C. PADOAN, *Neomercantilism and international Stability*, in "International Organisation," 40(1), 1986, pp. 29-42; R. J. JONES BARRY, *Conflict and Control in the World Economy: contemporary Realism and Neomercantilism*, London, 1986.

4) Sulla storia della gerarchizzazione dell'economia e sui più recenti contributi al dibattito intorno allo sviluppo del sottosviluppo, cfr. CH. PALLOIX, *L'économie mondiale capitaliste*, 2 voll., Paris 1971; CH. PALLOIX, *L'internationalisation du capital*, Paris, 1975; V. A. K. BAGCHI, *The Political Economy of Underdevelopment*, Cambridge, 1982; R. BLOMSTROEM, B. HETTNE, *Development Theory in Transition, the Dependency Debate and Beyond. Third World Responses*, London, 1984.

5) A. SMITH, *Lezioni di Glasgow*, trad. it. a cura di E. PESCIARELLI, Milano, 1989, p. 3 e sgg. Così M. FOUCAULT ha caratterizzato la finalità della Police: "Sviluppo dello Stato di concorrenza (economico e militare), sviluppo dello Stato di benessere - Wohlfart - (ricchezza, tranquillità, felicità), si tratta di due principi che, in quanto arte razio-

nale di governo, la Police deve poter coordinare. A quest'epoca, essa è concepita come una sorta di tecnologia delle forze statuali"; M. FOUCAULT, *Résumé des cours, 1970-1982*, Paris, 1989, p. 105; sulla storia, la semantica e le funzioni della Police nell'età moderna la bibliografia è ingente. Per l'essenziale cfr. F. L. KNEYMEIER, *Polizei*, in *Geschichtliche Grundbesriffe*, a cura di O. BRUNNER, W. CONZE, E. KOSELLECK, vol. VI, Stuttgart, 1978, pp. 875-897; P. A. SCHIERA, *Stato di Polizia*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, Torino, 1983, pp. 1142 e sgg.

6) A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, tra. it., Milano, 1973, p. 418.

7) *Ibidem*, Libro I, Cap. III, p. 23. In particolare Libro IV, Cap. VII, III parte, pp. 528 e sgg.

8) *Ibidem*, Libro IV, Cap. IX, p. 680. Così scrive SMITH: "Perciò sistemi che, preferendo l'agricoltura ad ogni altro impiego, allo scopo di promuoverla, impongano delle restrizioni alle manifatture ed al commercio estero, agiscono contrariamente al fine stesso che si propongono e scoraggiano indirettamente quello stesso tipo di attività che intendono promuovere. Essi sono forse ancora meno logici del sistema mercantile.

Questo sistema, incoraggiando le manifatture ed il commercio estero più dell'agricoltura, indirizza una certa quota del capitale della società che sosteneva una specie di attività più vantaggiosa verso una meno vantaggiosa, ma in realtà esso incoraggia pur sempre l'attività intende promuovere. Invece i sistemi agricoli scoraggiano in definitiva la specie di attività produttiva che intendono promuovere".

9) Per un primo approccio alla storia della critica del mercantilismo cfr. CH. WILSON, *Mercantilism: Some vicissitudes of an Idea*, in *Economic History Review*, 1957, pp. 56 e sgg.; *Revision in Mercantilism*, ed. by D.C. COLEMAN, London 1969, in particolare l'Introduzione di COLEMAN, pp. 1-18; A. V. JUDGES, *The Idea of a Mercantile State*, in *Revisions cit.*, pp. 35-60; *Mercantilism System or Expediency?*, ed. by W. E. MINCHITON, Lexington, Mass. 1969, in particolare l'Introduzione di W. E. MINCHITON, pp. 1-7; R. EKELUND - R. D. TOLLISON, *Mercantilism as a rent seeking Society: Economic Regulation in Historical Perspective*, Texas, MUP, 1981; A. DE MADDALENA, *Il Mercantilismo*, in *Storia delle dottrine politiche e sociali*, Torino, 1983, pp. 636-704; B. HETTNE, *The Concept of Neomercantilism*, in *Mercantilist Economic*, ed. by I. MAGNUS-SONN, London, 1922, pp. 235 sgg.; K. TRIBE, *Mercantilism and Economic of State Formation*, in *Mercantilist Economics cit.*, pp. 183 sgg.

10) A. SMITH, *Lezioni di Glasgow cit.*, pp. 502 sgg.

11) A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni cit.*, Libro III, pp. 363 sgg. La continuità dello scambio ineguale attraverso epoche e cicli dell'accumulazione capitalistica esprime la continuità dell'artificialità e del carattere gerarchico della divisione internazionale del lavoro a partire dal mercantilismo. cfr. A. EMMANUEL, *Lo scambio ineguale*, trad. it., Torino, 1972, pp. 304-305: "Quando si considera che la maggior parte dei prodotti tropicali che sembrano oggi più tradizionali appartengono a culture trapiantate, molto spesso a seguito di semplici accidenti storici; quando si considera che la specializzazione più formidabile di tutti i tempi, quella dell'Inghilterra nelle cotonate, fu un'operazione del tutto volontaristica, dato che la tessitura del cotone era stata fiorente in altri continenti prima che in Europa ed in vari paesi dell'Europa continentale prima che in Inghilterra, che nulla destinava l'Inghilterra a questa specializzazione; che l'Inghilterra nel XVIII secolo non disponeva né di materia prima né di alcuna esperienza di tessitura a parte quella della lana, che quest'ultima industria era

stata impiantata in modo altrettanto artificiale un secolo e mezzo prima, grazie ad una drastica proibizione all'esportazione della lana, che prevedeva persino l'amputazione del braccio per i contravventori perché l'industria delle Fiandre era talmente più produttiva che, nonostante le spese di trasporto, era in grado di offrire per la lana inglese un prezzo superiore a quello degli stessi manifatturieri inglesi; che successivamente è stato mediante la protezione doganale e la coercizione legislativa che l'Inghilterra ha fatto dell'India la sua fornitrice di cotone e dell'Australia il suo magazzino di lana - il che, sia detto per inciso, ha avuto l'effetto di rovinare l'India ma di arricchire l'Australia, prova anche questa del fatto che il patto coloniale non ha di per sé un grande effetto pauperizzante se non è accompagnato dai bassi salari del paese colonizzato; quando si considera tutto questo, si può legittimamente nutrire qualche dubbio sul valore intrinseco dell'attuale modello della divisione internazionale del lavoro".

12) M. FOUCAULT, *Résumé des cours* cit., p. 114.

13) A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni* cit., p. 377.

14) *Ibidem*, p. 377. Su SMITH ed il mercantilismo, cfr., J. VINER, *A. Smith and the laissez-faire*, in *Journal of Political Economy*, 1927; pubblicato in J. VINER, *The Long View and the Short*, Glencoe, Ill., 1958, pp. 213-245; M. BLAUGH, *Storia e critica della teoria economica*, trad. it., Torino, 1973, p. 91 sgg.; A. SKINNER, *Adam Smith: an economic interpretation of History*, in *The Market and the State*, Oxford, 1976, pp. 154-179. La tesi minuziosamente documentata da VINER, secondo la quale l'opera di SMITH sarebbe intrisa di argomenti mercantilisti, è stata criticata da L. DUMONT, *Homo aequalis*, trad. it., Milano, 1984, pp. 305-306.

15) J. S. MILL, *Principi di economia politica*, Libro III, Cap. XVII, trad. it., 2 vol., Torino, 1983, vol. II, pp. 797-798.

16) *Ibidem*, p. 799.

17) *Ibidem*, Cap. XXV, p. 915. Con l'argomento delle conseguenze universalmente favorevoli della liberalizzazione degli scambi, Smith disloca su di un nuovo modello teorico l'esito della lotta concorrenziale per lo sviluppo interno e per il dominio mondiale. La liberazione degli scambi ha il compito primario di fornire materie prime per l'allargamento della divisione del lavoro e per la riduzione dei salari. La libertà di commercio avviene quindi alle condizioni imposte dalla specializzazione internazionale e cioè in base ad un sistema in cui supremazie e dipendenze sono già stabilizzate: "sembra piuttosto evidente che SMITH non fa che riprendere in un'ottica liberale, il modello di sviluppo mercantilista fondato sulla 'preferenza urbana', sulla teoria delle complementarità (specializzazioni internazionali) e sull'arricchimento del centro mediante le risorse delle campagne vicine o 'molto lontane'", cfr. J. ASSOMOU, *Ordre international et croissance des jeunes nations, En finir avec le mercantilisme*, Dakar, 1983, p. 77.

18) Cfr. l'analisi di D. LANDES, *Prometeo incatenato*, trad. it. Torino, 1978, in particolare l'Introduzione.

19) F. VON HAYECK, *Conoscenza, mercato, pianificazione, Saggi di economia e di epistemologia*, trad. it., Bologna, 1988, p. 317.

20) *Ibidem*, p. 303 sgg.

21) *Ibidem*, pp. 331-332.

22) I. WALLERSTEIN ha criticato la persistenza, nel notevole lavoro di D. C. NORTH e R. P. THOMAS, *L'evoluzione economica del mondo occidentale*, trad. it., Milano, 1976, di tradizionali mitologie liberistiche sullo sviluppo naturale dei mercati. Così scrive WALLERSTEIN in *From Feudalism to Capitalism: Transition or Transitions?*, in I.

WALLERSTEIN, *Capitalist World Economy. Essays* cit., p. 143: "come è possibile per uno smithiano che crede che il capitalismo sia un che di naturale, conciliare questa concezione con il riconoscimento che la moderna economia-mondo capitalista è un fenomeno 'nuovo ed unico'? La cosa è possibile solo mediante una variante del motivo weberiano. Benché il capitalismo sia naturale, la natura umana è sempre stata frustrata sino a che quell'unica congiuntura permise di 'costituire una struttura istituzionale di un sistema di diritti di proprietà che creò un grande incentivo per canalizzare le iniziative economiche verso attività che potevano consentire ai rendimenti privati di raggiungere il livello dei rendimenti sociali (North-Thomas, p. 1)".

23) Il termine è inteso nell'accezione schmittiana, cfr. *L'era delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni*, in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, pp. 167 sgg.

24) Sulla differenziazione funzionale del sistema economico: N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, trad. it., Milano, 1983, pp. 235 sgg. Tra le numerosissime rappresentazioni del mercantilismo come predominio della politica sull'economia, cfr. il giudizio di M. BLOCH "le mercantilisme fut, essentiellement, une puissante tentative pour agir sur l'économie. Disons mieux: pour la plier à des fins qui n'étaient pas, en elles-mêmes, proprement économiques", *Le mercantilisme: un état d'esprit*, in *Annales d'Histoire économique et sociale*, vol. IV, 1934, p. 160 e di E. HECKSCHER, *Mercantilism*, London, 1935, II volume, Parte II, *Mercantilism as a System of Power*, pp. 13 sgg.; e di L. DUMONNT, *Homo aequalis* cit., p. 56: "gli autori detti mercantilisti del XVII e XVIII secolo, mescolano insieme quelli che noi chiamiamo fenomeni economici e politici. Essi considerano i fenomeni economici dal punto di vista della politica".

25) W. C. NEALE, *Le marché des points de vue théorique et historique*, in *Les systèmes économiques dans l'histoire et dans la théorie*, a cura di M. GODELIER, Paris, 1975, p. 342.

26) J. HABERMAS, *Per la ricostruzione del materialismo storico*, trad. it., Milano, 1979, p. 216 sgg.

27) N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 263.

28) J. A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, trad. it., 3 vol., Torino, 1959, vol. I, p. 179.

29) Così scrive SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, trad. it., Milano, 1984, (IV), pp. 130-136: "Poiché l'impresa capitalistica, per le sue stesse realizzazioni, tende ad automatizzare il progresso, concludiamo che tende a rendersi superflua, a sfasciarsi sotto la pressione delle sue stesse conquiste <...> Così il progresso capitalistico caccia in secondo piano tutti gli istituti - ma specialmente quello della proprietà e della libera contrattazione, in cui si esprimevano i bisogni ed i modi di essere della attività economica veramente privata".

30) Questa è, ad esempio, la tesi di P. DEYON, *Il mercantilismo*, trad. it., Milano, 1971, pp. 90 sgg. cfr. inoltre *Teoria e pratica del mercantilismo*, in *Storia economica e sociale del mondo*, trad. it., vol. II, t. I, Roma-Bari, 1979, pp. 209-234 sgg.; questo argomento viene estremizzato da W. W. ROSTOW, *Gli stadi dello sviluppo economico*, trad. it., Torino, 1962, p. 39: "Non vi è alcun dubbio che se la dignità degli individui e delle nazioni non fosse stata umiliata dall'intrusione delle potenze più evolute, il ritmo della modernizzazione delle società tradizionali sarebbe stato molto più lento di quanto lo sia stato nel corso degli ultimi cento cinquant'anni".

31) Cfr. le analisi di CH. PALLOIX, *L'internationalisation du capital* cit., p. 180 sgg.

32) I. WALLERSTEIN, *The inequalities of core and periphery*, in *Capitalist world economy* cit., pp. 19-20.

Al termine del suo monumentale lavoro sul mercantilismo HECKSCHER giunge a sostenere che le idee e le pratiche mercantilistiche sono state riportate in vita dal socialismo di Stato del XX secolo. HECKSCHER sussume il mercantilismo classico ed il socialismo sotto la rubrica 'politiche di piano' in cui vige la preminenza assoluta della produzione sui consumi. Cfr. E. HECKSCHER, *Mercantilism* cit., Volume II. *Conclusion, After Mercantilism*, pp. 339-341.

33) I. WALLERSTEIN, *The inequalities of core and periphery* cit., pp. 18-19.

34) Attraverso una minuziosa indagine della composita letteratura mercantilistica, J. VINER ha mostrato l'inconsistenza del luogo comune secondo il quale il mercantilismo avrebbe sistematicamente subordinato la ricchezza alla potenza politica. Cfr. *Power versus Plenty under Mercantilism*, in *Revision in Mercantilism* cit., p. 71: "Credo che pressoché tutti i mercantilisti, indipendentemente dal periodo, dal paese e dallo stato dell'individuo singolo, avrebbero sottoscritto le seguenti proposizioni: 1) la ricchezza è un mezzo assolutamente necessario del potere; 2) il potere è necessario come mezzo per acquistare e conservare la ricchezza; 3) la ricchezza ed il potere sono gli scopi fondamentali della politica nazionale; 4) nel lungo periodo si instaura una armonia tra queste due finalità, benché in certe circostanze, possa presentarsi la necessità di fare dei sacrifici d'ordine economico nell'interesse della sicurezza militare e quindi per una prosperità a più a lungo termine".

35) K. POLANYI, *La grande trasformazione*, trad. it., Torino, 1974 (IV), pp. 178-180.

36) K. MARX, *Discorso sul libero scambio*, in *Opere*, vol. IV, Roma, 1973, p. 482.

37) J. ELSTER, *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Paris, 1975, p. 47.

38) K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, trad. it., Roma, 1974 (III), p. 138.

39) *Ibidem*, p. 138.

ANDREA CASTALDO

*TECNICHE DI TUTELA E DI INTERVENTO NEL NUOVO DIRITTO
PENALE BANCARIO*

SOMMARIO: 1. Il perché della riforma. a) L'esigenza comunitaria: il modello di banca universale. b) la lotta alla criminalità economica. - 2. L'eticizzazione del diritto penale bancario. - 3. I profili del nuovo sistema penale bancario. a) L'anticipazione della soglia di tutela. b) L'opzione in favore del dolo specifico. c) La semplificazione delle fattispecie a livello probatorio. - 4. I principali difetti tra vecchio e nuovo impianto normativo - 5. L'art. 7 c. 2 t.u. e la sua funzione di filtro. - 6. Considerazioni conclusive.

1. - Da tempo la dottrina segnalava l'inadeguatezza e gli aspetti anacronistici dell'impianto normativo in tema di tutela penale dell'attività bancaria. Lo stato di disagio era del resto la proiezione - in un settore specifico - del generale scollamento, nell'ambito del diritto penale dell'economia, tra disposizioni regolative ed una realtà in continua evoluzione, priva di contatti con i modelli originari di riferimento.

I pochi - e limitati - interventi legislativi, determinati dalla necessità di tamponare le falle più evidenti di un sistema in crisi, avevano d'altra parte accentuato il difetto della mancanza di un quadro globale.

Sul piano giuridico, la tecnica frammentaria adoperata aveva prodotto una legislazione «a strati», di tipo alluvionale, meramente aggiuntiva delle norme vigenti, anziché in funzione sostitutiva od integrativa.

Lo smarrimento interpretativo conseguenziale era sfociato inoltre nel fenomeno di un diritto giurisprudenziale, alimentato da rare ma significative pronunce che, nell'intento di colmare pretese lacune punitive, finiva per ritagliare spazi di operatività ad alcune fattispecie classiche, mediante operazioni di supplenza, di dubbia compatibilità con il principio di legalità (1).

Le ragioni di fondo del processo di invecchiamento legislativo e della correlata implementazione normativa sono state giustamente ricondotte al superamento di un modello arretrato di economia, disegnato secondo valenze solipsistiche, e all'ingresso viceversa di un mercato ispirato a schemi solidaristici (2).

Se dalla prospettiva globale si passa all'analisi del diritto penale dell'impresa bancaria, le argomentazioni prospettate assumono una maggiore efficacia. Il nucleo originario della legge bancaria (un complesso di disposizioni risalente agli anni '30) aveva infatti subito periodiche operazioni di ringiovanimento, resistendo in funzione centripeta alle micro-riforme ridise-

gnanti i confini della tutela penale con ritmi e tecniche di più agile fattura(3).

Sarebbe tuttavia riduttivo ricondurre l'eziologia della riforma a cause cronologiche di ordine *naturale*: in realtà, fattori *esterni ed interni* sono alla base del mutamento.

a) Sotto il primo profilo, il volto della banca disegnato dal r. dl. del '36, di impronta pubblicistica e specializzata, appariva in netto contrasto con l'immagine di banca universale, preferita a livello comunitario.

L'adozione di un modello despecializzato, in adeguamento alla normativa comunitaria, risponde così all'intento di raggiungere l'omogeneizzazione del sistema.

b) Un peso preponderante nell'accelerazione del mutamento è stato tuttavia svolto da esigenze *interne*.

L'accresciuta importanza (anche in termini di consapevolezza) del fenomeno della criminalità organizzata, delle sue massicce infiltrazioni nel tessuto finanziario a fini di riciclaggio ha evidenziato la particolare vulnerabilità del sistema bancario, e la correlata necessità di correre ai ripari (4).

Il rafforzamento dei poteri di controllo, la normativa antiriciclaggio, la nuova disciplina in materia di società di intermediazione mobiliare sono solo alcune delle spie più evidenti del *revirement* intervenuto.

E' da segnalare, peraltro, come tali spinte al mutamento abbiano generato un curioso processo di interscambio: mentre, infatti, l'ordinamento italiano, nell'adeguarsi alle direttive comunitarie ha *importato* modelli esteri, contemporaneamente ha *esportato* norme o strategie di intervento in relazione alla lotta alla criminalità economica nei Paesi tradizionalmente «sensibili» a politiche di cooperazione (5).

Accanto alle ragioni di armonizzazione e di politica criminale anche l'occasione di superare le difficoltà interpretative legate alla formulazione delle fattispecie originarie ha giocato un ruolo «di traino» nella spinta al cambiamento.

2. - Dapprima pertanto al d. lg.vo 14.12.1992, n. 481 di attuazione della seconda direttiva CEE (n. 89/646), afferente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, e successivamente al d. Ig.vo 1.9.1993, n. 385, entrato in vigore il 1.1.1994 che ha approvato il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, è toccato il compito di tradurre in realtà normativa le nuove istanze delineatesi.

I limiti della presente trattazione non consentono una disamina speci-

fica delle singole figure di reato: ci si soffermerà pertanto sulle linee generali e sulla metodologia di fondo adottata, tentando di illuminare il contesto globale in cui si colloca il progetto riformatore.

Non v'è dubbio che le misure introdotte trovino il loro collante nella conversione del mondo bancario e del mercato finanziario a principi regolativi.

Etica degli affari e negli affari: si può così riassumere l'obiettivo del legislatore, pressato dalle esigenze indilazionabili di contrasto alla criminalità organizzata, e ben visibile nelle norme in materia di attività bancaria.

Si tratta certamente di una scelta coraggiosa. Ma che presenta rischi da non sottovalutare.

Il punto merita un breve approfondimento.

Per le organizzazioni criminali è indispensabile reinvestire gli ingenti profitti ricavati illegalmente in canali leciti e naturalmente un utile strumento è rappresentato dall'intromissione nel sistema di intermediazione mobiliare (6). Questa forma di aggressione costituisce una diseconomia esterna che produce costi, disfunzionali al sistema, tali da falsare le regole del gioco e la *par condicio* degli operatori, minando oltretutto la credibilità dell'istituzione, essenziale per il suo funzionamento.

Ma se allora i costi (negativi) vanno abbattuti, il problema consiste nel chiedersi: a) *a quali condizioni* e b) *da chi debbano sopportarsi*.

La risposta dell'ordinamento giuridico è semplice quanto poco meditata nelle sue implicazioni: moralizzare il mercato attraverso una fitta rete di controlli concernenti l'accesso e l'esercizio dell'attività bancaria, depurandolo da intenti puramente speculativi. Con l'immediato corollario di monitorare il sistema grazie ai «sensori» disseminati un po' ovunque sotto forma di regole di comportamento. Ora, si può anche convenire sulla strategia di prevenzione adoperata, ma suscita perplessità il ricorso massiccio all'opzione penale in casi di non stretta necessità; la tendenza inoltre a scaricare *sul-l'intraneus* non solo il rispetto dei patti ma specialmente la vigilanza sulla loro osservanza rischia di falsare modelli «culturali» consolidati.

Sotto il primo profilo, il pericolo dell'inflazione di fattispecie penali è rappresentato dalla sminuita efficacia general - preventiva della pena, con il conseguente appiattimento verso una legislazione simbolica, priva di incidenza effettiva, ed atta a tranquillizzare le ansie dell'opinione pubblica.

Ma le difficoltà si addensano soprattutto sul rimanente versante. Intanto, l'eticizzazione del diritto penale bancario e finanziario (7) deve fare i conti con una duplice resistenza iniziale: lo scetticismo, se non il sostanziale disinteresse da parte dell'uomo comune, e la *neutralità* morale dell'uo-

mo d'affari, propenso a considerare il mercato impermeabile ai valori comuni ed incentrato sulla filosofia del profitto (8).

Non solo. Ricerche sul campo hanno dimostrato come forme truffaldine di gestione e movimentazione di capitali con connesse tecniche di corruzione siano reputate lecite dalla maggior parte dei dirigenti d'impresa multinazionali, la cui etica si ispira a direttrici difformi dal sentire medio (9).

Alla scarsa ricettività di norme impregnate di principi «normalizzanti» deve aggiungersi la difficile convivenza tra l'imposizione di oneri da rispettare (con limitazione delle facoltà) ed un mercato «ontologicamente» improntato al dinamismo. Il rischio si annida cioè nella *burocratizzazione* gestionale del sistema, sicuramente indebolito da un'ingessatura poco attenta a salvaguardare gli spazi tipici di operatività.

Indubbiamente, le nuove norme hanno accentuato gli obblighi di collaborazione degli operatori bancari e finanziari, confermando la tendenza a coinvolgere nella repressione dei fenomeni illeciti forze diverse da quelle tradizionali (10).

La reazione dall'interno è stata tutto sommato di accettazione condizionata: se cioè il mercato ha dimostrato di poter assorbire il *surplus* di compiti affidatogli, volto alla regolamentazione del settore, è altrettanto chiaro che la tendenza a traslare dagli organi ufficiali dello Stato agli operatori economici privati l'attività di difesa dal crimine non può durare all'infinito, soprattutto se i costi comuni non vengono assorbiti dagli enti istituzionali

3. - Rispetto alla precedente legge bancaria, il d. lg.vo 481/1992 ed il t.u. hanno seguito, da una parte, la strada dell'introduzione di nuove fattispecie (come nel caso del c.d. falso interno), dall'altra la modifica delle precedenti.

Uno sguardo d'insieme evidenzia peraltro (anche se i limiti della riforma sono dovuti ovviamente alla tecnica della legislazione delegata che impediva ritocchi più significativi) come ciascun momento essenziale dell'attività bancaria venga presidiato con il ricorso all'alternativa penale: la strategia «panpenalistica» abbraccia così il momento dell'*ingresso* (abusivismo bancario e finanziario) dell'*esercizio* (le false comunicazioni all'organo di vigilanza), della *sorveglianza* (l'*impedimento* delle funzioni istituzionali tipiche della Banca d'Italia) (11).

L'intervento penalistico coinvolge dunque qualsiasi fase dell'attività bancaria, peraltro con *modalità* abbastanza omogenee.

a) Un tratto comune è infatti l'anticipazione della soglia di tutela, scelta sicuramente legata alla precedente legislazione, e ribadita energica-

mente.

La preferenza verso l'incriminazione del pericolo anziché della lesione effettiva è senza dubbio riconducibile a motivazioni di opportunità.

Di fronte a fattispecie che per la loro tecnicità e l'infelice formulazione lessicale hanno trovato scarsissima applicazione giurisprudenziale (12), il ricorso (e la conferma) alla struttura del reato di pericolo era giocoforza necessitato, essendo pressoché impossibile la dimostrazione del danno (si pensi, ad esempio, all'aggiotaggio bancario, art. 138 t.u.).

In una visione ottimistica degli scopi di politica criminale che spingono il legislatore alla produzione normativa è peraltro possibile scorgere presupposti giustificativi di tale tipo di tecnica.

Si allude in primo luogo al collegamento tra «anticipazione» dell'incriminazione e tutela di funzioni, stante l'inafferrabilità dei beni giuridici tradizionali.

Ma soprattutto la creazione di un reato di pericolo resta finalizzata alla protezione attuale dei principi di *trasparenza* e di *par condicio*, leggibili quali proiezioni dei valori costituzionali del risparmio e dell'esercizio del credito (art. 47 c. 1) e dell'eguaglianza (art. 3), che permeano la riforma bancaria nel suo complesso, e difficilmente conciliabili con la figura tradizionale del reato di danno.

L'accentuazione di queste scelte è facilmente rinvenibile nei reati in tema di omesse o false comunicazioni circa la partecipazione al capitale (artt. 139-140-141 t.u.) o nel caso di omessa dichiarazione dei requisiti di onorabilità (art. 142 t.u.).

La preoccupazione evidente di assicurare il rispetto delle regole del gioco ed evitare l'inquinamento ad opera di soggetti non preventivamente «filtrati», recita così un ruolo da protagonista: legare l'illiceità del comportamento alla causazione del danno frusterebbe naturalmente l'effetto di deterrenza, rivelandosi poco funzionale in un settore che, alimentato dalla fiducia del pubblico, si nutre di *efficacia della prevenzione* anziché di *severità della repressione*.

L'esattezza di una simile impostazione è del resto certificata, per così dire, da una sorta di «interpretazione autentica». L'art. 5 t.u. (Finalità e destinatari della vigilanza) contiene infatti, nel definire i parametri ai quali l'organo di vigilanza deve ancorare la propria discrezionalità nell'esercizio dei poteri di sorveglianza, un vero e proprio decalogo delle funzioni da tutelare. Ed è interessante notare come, accanto alla tradizionale «sana e prudente gestione», alla «stabilità complessiva», si richiami anche l'«efficienza e la competitività del sistema finanziario», quasi a ribadire di riflesso l'esi-

genza di uno *sviluppo ordinato* secondo criteri di concorrenza leale.

Il rovescio della medaglia è naturalmente costituito dall'*impoverimento dell'offensività*. Proprio del resto l'esempio degli artt. 139-140 t.u. è estremamente eloquente al riguardo: complice la discutibile tecnica legislativa, che accomuna l'omissione alla falsità (13), nei reati in questione si assiste alla criminalizzazione di mancate comunicazioni, che teoricamente non potrebbero rivestire conseguenze negative.

In casi del genere la tutela della trasparenza rischia di sbilanciarsi troppo rispetto all'esigenza di un comportamento effettivamente pericoloso. Correttivi tecnici di «irrobustimento» della tipicità oggettiva sarebbero pertanto auspicabili.

b) Un secondo tratto comune della riforma è costituito dall'*arricchimento dell'elemento soggettivo*, sotto forma di *dolo specifico*. Il richiamo va all'art. 134 t.u. (Tutela dell'attività di vigilanza bancaria e finanziaria), all'art. 137 t.u. (Mendacio e falso interno bancario).

Questa particolare colorazione psicologica della fattispecie è in definitiva apprezzabile, poiché tendenzialmente serve a meglio precisare l'ambito di incriminazione e ad esigere un *quid pluris* dell'intenzionalità del soggetto agente, in funzione restrittiva e non dilatativa degli spazi di punibilità.

Nell'applicazione pratica sarà peraltro interessante notare se le innovazioni volute si tradurranno in un'operazione di facciata, pericolo da non sottovalutare considerato sinora l'appiattimento giurisprudenziale nella ricerca del dolo specifico, il più delle volte sostanzialmente presunto in *re ipsa*.

c) Non da ultimo, emerge un'ulteriore tendenza, anch'essa presente nel testo previgente. Si tratta del tentativo di ridurre le difficoltà probatorie mediante la semplificazione del *Tatbestand*.

In altre parole, la consapevolezza della non agevole ricerca della prova di fenomeni estremamente complessi e fra di loro intrecciati si traduce nell'abbandono di elementi che integrano il comportamento tipico e nella ricerca di figure di reato di pronto accertamento.

La rinuncia così alla produzione dell'evento (e quindi al nesso causale) è un significativo esempio di tale modello «riduttivo» (basti pensare all'art. 138 t.u.); la nuova contravvenzione del falso interno (art. 137, c. 2, t.u.) si allinea egualmente su questo binario; naturalmente i casi più classici si ritrovano negli illeciti di omesse comunicazioni e di abusivismo bancario e finanziario, ove la sussistenza del reato è semplicemente collegata alla inosservanza di prescrizioni regolamentari, sicché il compito di provare il fatto tipico viene enormemente facilitato.

4. - Un raffronto tra il vecchio e il nuovo porta inevitabilmente alla domanda circa il superamento dei difetti principali del passato.

L'infelice tecnica del rinvio resta purtroppo una costante del t.u. E con essa il risvolto negativo della carente tassatività della fattispecie, poiché il contenuto dell'incriminazione si stempera nella norma richiamata, contenente spesso una selva di disposizioni tecniche (14).

Frequentemente, inoltre, il rinvio è a norme emanate da organismi governativi, il cui elaborato emerge così mediatamente a fonte di rilevanza penale, in violazione del principio di riserva di legge.

Una maggiore attenzione sul punto, tramite se non altro la circoscrizione del richiamo ai soli fattori esplicativi della *ratio* di tutela, è pertanto auspicabile come primo intervento correttivo.

Quanto al linguaggio adoperato nella descrizione del tipo, si oscilla tra estremi tecnicismi ed ingenuità lessicali.

La tecnica di formulazione si rivela così complessivamente scadente, confermando un vizio storico del nostro legislatore.

Non è soltanto questione di scelta di campo fra delitti e contravvenzioni, dove è evidente l'assenza di un progetto globale (e criticabile appare la presenza di contravvenzioni ontologicamente dolose), non è solo il ricorso sul versante soggettivo a termini ambigui (il «dolosamente» o il «consapevolmente» di cui all'art. 137 c. 1 e c. 2 t.u.), ma è addirittura l'uso di una terminologia poco felice e ampiamente superata a rivelare il distacco dal linguaggio comune e le difficoltà comunicazionali tra chi produce la norma e chi ne fruisce.

Un esempio per tutti: che dire a proposito dell'aggiotaggio bancario (art. 138 t.u.), di condotte retoricamente definite come «atte a *turbare i mercati finanziari* o a *indurre il panico nei depositanti*», o ancora di quel «restano fermi» sempre nella medesima norma?

Com'è noto, la pressoché inesistente applicazione giurisprudenziale dei reati bancari (15) fotografava nel passato il fallimento delle norme in materia.

Le ragioni di questa ridotta operatività sono state spiegate in modo diverso.

L'impostazione tradizionale muove dalla scarsa collaborazione da sempre offerta dalle banche, poco restie a far conoscere all'esterno le proprie strategie e sospettose in ordine ai rischi di inceppamento burocratico derivanti dalla presenza di organi di polizia all'interno per le necessarie verifiche ed indagini (16).

Sullo sfondo, la volontà di proteggere il cliente, per evitare contrac-

colpi sul piano dei rapporti fiduciari. I lacunosi precedenti giurisprudenziali in tema di mendacio dovrebbero così ricondursi, secondo l'opinione in questione, ai timori dell'istituto di credito di denunciare episodi la cui ricaduta negativa sarebbe superiore agli effetti positivi, e che andrebbero a vantaggio della concorrenza.

Per la verità, un simile orientamento sembra ispirato ad una visione storicamente superata e riduttiva dell'attività bancaria, legata ad un mercato non regolamentato, e nel quale predomina la legge del più scaltro. Le dimensioni internazionali attuali dell'attività bancaria, i rapporti di collaborazione e le sinergie tra banche appaiono perciò poco conciliabili con le spiegazioni offerte, anche perché l'atteggiamento passivo o neutrale degli enti creditizi - divenuto quasi un luogo comune - non è stato mai seriamente dimostrato, né può sostenersi che, ove esistente, abbia comportato guadagni in termini di immagine (17).

D'altra parte non sembra neppure cogliere nel segno la tesi opposta di un'efficace deterrenza delle norme penali tale da scoraggiare in radice comportamenti criminosi. Nell'ottica general-preventiva (di segno negativo o positivo) non esistono infatti indicatori a favore di una simile soluzione, in quanto la minaccia di pene (anche elevate) si stempera nel quadro complessivo di un sistema di esecuzione improntato su schemi indulgenziali.

Probabilmente, pertanto, le cause della cifra oscura sono da ricercare in ragioni più banali, ricollegabili da un lato alla limitata conoscenza da parte degli operatori bancari dei rimedi penalistici, specie tra il personale impiegatizio, dove si registrano specificamente comportamenti truffaldini di cui la banca resta vittima, e dall'altro alla scarsa dimestichezza degli organi della pubblica accusa di fronte a reati così particolari e dai contorni evanescenti. Da non sottovalutare, inoltre, che nel passato si è prediletto il ricorso a figure di reato comuni le quali hanno finito per applicarsi in funzione sostitutiva.

E' presto naturalmente per dire se con il passaggio al t.u. si produrrà un'inversione di tendenza. Certo, il legislatore ha scommesso (ed investito) sul mutamento, come del resto dimostra la creazione di nuove fattispecie criminose.

Sarà peraltro soprattutto il ruolo dell'organo di vigilanza a decidere in un senso o nell'altro: l'accentuazione dei suoi compiti istituzionali rafforzerà la credibilità del presidio penale e la possibilità di accertamento dei reati, ponendosi come cerniera ideale tra il mercato e la repressione dell'illecito (18).

5. - Merita una breve riflessione l'art. 7 c. 2 t.u., sospettato tra l'altro di incostituzionalità.

La disposizione fa obbligo ai dipendenti della Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, di riferire esclusivamente al Governatore qualsiasi irregolarità riscontrata, anche qualora assuma carattere di reato.

Si tratta di un'eccezione alla regola generale, secondo la quale il p.u. è tenuto a denunciare all'A.G. i reati di cui sia venuto a conoscenza nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, principio ricavabile dal combinato dell'art. 331 c.p.p. e 361 c.p., che addirittura persegue come delitto l'omessa denuncia.

Nessun dubbio, intanto, che l'art. 7, c. 2, t.u. prevalga - in qualità di norma speciale - sull'art. 361 c.p., per cui non è ipotizzabile alcun comportamento illecito. Così come l'avverbio *esclusivamente* di cui all'art. 7, c. 2, t.u. sottolinea l'insussistenza di obblighi *concorrenti* di comunicazione.

Quale la *ratio* di una disposizione criticata per le ripercussioni negative in tema di trasparenza?

Va subito detto che la portata delle conseguenze per effetto della norma in questione è più limitata di quanto a prima vista possa sembrare. Infatti, poiché il Governatore è pubblico ufficiale, sarà suo compito trasmettere la *notizia criminis* all'autorità giudiziaria: l'obbligo di notiziare l'autorità competente viene pertanto traslato in capo ad un soggetto diverso e l'unico, modesto risultato è quello di uno slittamento temporale nell'inoltro della denuncia.

Letta la norma «in positivo», risponde d'altronde a criteri di facilitazione della vigilanza e di monitoraggio continuo del sistema l'afflusso di informazioni in capo al Governatore, che potrà quindi avviare al meglio le procedure sanzionatorie interne (19).

6. - Un bilancio della riforma sarebbe certamente prematuro.

Ma soprattutto occorre intendersi alla stregua di quali parametri - ed obiettivi - vada redatto.

Il superamento di una normativa anacronistica e contemporaneamente lo sforzo di razionalizzazione e modernizzazione del sistema non erano del resto gli unici traguardi, rispetto ai quali il giudizio potrebbe risultare positivo.

La risistemazione della tutela dell'attività bancaria voleva essere invece per il legislatore l'occasione per regolamentare su basi di trasparenza e di equilibrio del mercato il settore del credito, con il duplice fine di evitare

inquinamenti derivanti dal reimpiego di profitti da capitali illeciti e di garantire un modello di sviluppo bancario atto a reggere la concorrenza comunitaria.

Nel perseguire tale obiettivo si sono tuttavia commesse alcune evidenti ingenuità.

Da una parte, come già segnalato, i costi della lotta alla delinquenza sono stati scaricati sugli istituti di credito e non sulla clientela, il che ha evidentemente giocato in termini di popolarità e di gradimento degli operatori interni verso le scelte politico-criminali.

In secondo luogo, la delega in bianco accordata ancora una volta allo strumento penale a scapito di misure alternative di intervento rischia di spuntare la stessa efficacia deterrente della pena, specie se il destinatario percepirà la pura valenza simbolica della norma.

Come attenuante, peraltro, agli scompensi in tema di penalizzazione e di tipologia dell'illecito, deve ricordarsi come il contenuto della legge-delega non autorizzava grosse costruzioni dottrinarie.

Da questo punto di vista è sicuramente preferibile la tecnica adoperata nello schema di disegno di legge - delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, che opportunamente introduce nella parte speciale del codice penale i reati bancari, sensibilmente ridotti nel numero e semplificati nella formulazione (20).

Pur con i limiti evidenziati, la riforma presenta contenuti apprezzabili e disegna una strategia a medio termine che presuppone interventi futuri combinati, inaugurando una stagione di novità che spezza l'apatia del passato.

In definitiva, l'esito conclusivo dipende come sempre dallo stesso legislatore: la sua capacità di ragionare ed incidere non mediante interventi settoriali, ma affrontando la realtà complessiva del mercato e l'uso ragionato della sanzione penale, ispirato da un serio programma politico-criminale, determineranno il successo o meno dell'iniziativa.

NOTE

1) Si possono segnalare, ad esempio, l'estensione dello statuto penale della p.a., certi discutibili orientamenti in materia di art. 2621 c.c., la ritenuta insussistenza del dolo specifico nell'art. 216 c.l. n.1, prima parte L. fall.

2) Cfr. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 424 ss.

3) L'analisi del fenomeno delle diverse velocità è sviluppato in tutta la sua portata da

BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in *Banca, borse e tit.cred.*, 1990, 1, 16 ss. Per un quadro della precedente legislazione cfr. BARTULLI, *Banca (reati in materia bancaria)*, in *Dig.disc.pen.*, 1987, I, 419 ss.

4) Tendenza colta con la consueta precisione da Pedrazzi, *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. disc. penal.*, 1993, VII, 655 ss. Non a caso la ripenalizzazione della fattispecie sull'abusivismo bancario è contenuta nella L. 55/1990, varata come legislazione di contrasto alla criminalità mafiosa.

5) Si pensi, sul versante processuale, agli accordi interstatuali di assistenza e, sul piano sostanziale, alle norme sulla trasparenza e sulla segnalazione di operazioni sospette recepite in un disegno di legge della Repubblica federale tedesca. Cfr. MAIWALD, *Responsabilità penale ed attività bancaria. Nuove tendenze nella Repubblica federale tedesca*, in *Diritto penale e attività bancaria*, a cura di Marini, 1994, 41 s.

6) Istruttivo, da ultimo, VEST, in "Organisierte Kriminalität" - "Überlegungen zur Kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs", in *Schw. Zeit f. Straf.* 112 (1194), 142 s.

7) Dove per la verità già andrebbe discusso se la secolarizzazione del diritto penale consenta il perseguimento di finalità etiche attraverso lo strumentario penale.

8) Cfr. BAUMHART, *Ethics in Business*, 1986.

9) BOCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971, 322; HOPT, *Recht und Geschäftsmoral multinationaler Unternehmen, Unläutere Finanztransaktionen und Geldzuwendungen im internationalen Wirtschaftsrecht, in Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät*, 1977, 279 ss.

10) In tema di lotta al riciclaggio, emblematiche appaiono le disposizioni concernenti la segnalazione di operazioni sospette. Nè va dimenticato come addirittura vengano introdotte misure (extrapenali) che, pur essendo destinate a colpire transazioni potenzialmente criminali, finiscano per toccare gli stessi istituti di credito (esempio: la chiusura del conto corrente qualora il cliente non comunichi i propri dati fiscali, "sanzione" comportante un costo per la banca). Sul punto, in prospettiva comparata, analoghe preoccupazioni sulla validità di una politica improntata sulla cooperazione richiesta alle banche, sono espresse a Stratenwerth, *Geldwäscherei - ein Lehrstück der Gesetzgebung, in Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?*, a cura di Pieth, 1992, 101.

11) La qualificazione privatistica degli operatori bancari a seguito dell'inversione di rotta compiuta dalla giurisprudenza di legittimità aveva del resto lasciato "scoperto" il patrimonio degli istituti bancari proprio di fronte alle offese più insidiose e dannose di attacco alla sua integrità: così MARINUCCI, cit. (nota2), 441. Va ricordato tra l'altro come, accanto all'estesa latitudine assegnata ai reati contro la p.a., i presunti vuoti di tutela fossero stati colmati nel passato con il ricorso ai reati comuni contro il patrimonio. Esattamente, in argomento, CERASE, *I nuovi reati bancari*, *Cass. pen.*, 1993, 1864.

12) Sul punto, *infra*, 4.

13) Critico d'AGOSTINO, *Il nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: brevi considerazioni di carattere generale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1973, 796.

14) Nell'art. 130 t.u. (Abusiva attività di raccolta del risparmio il rinvio all'art. 11 lascia l'interprete disorientato per la quantità di prescrizioni in esso contenute e non tutte di analogo rilievo.

Cfr. MONTEDORO, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria*

e creditizia, 1994, sub art. 130, 644 ss.

L'art. 143 t.u. (Emissione di valori mobiliari) è poi un raro esempio di indeterminazione del precetto e della stessa sanzione.

Si veda inoltre MARINI, *Introduzione*, in *Diritto penale e attività bancaria* (nota 5), VIII s.

15) Una raccolta delle pronunce in materia si può leggere in *I reati bancari*, a cura di Pietrocarlo-Tronci, 1993.

16) Si veda D'AGOSTINO, *Le nuove disposizioni penali in materia di reati bancari* (D.lg. 14 dicembre, n.481) in *Riv. trim. dir.pen. econ.*, 1993, 292.

17) Di recente, REIFNER ha sostenuto che l'atteggiamento di scarsa collaborazione sarebbe espressione di una convinzione ideologica delle banche (tedesche), basata sul fatto che il rispetto loro dovuto (e la capacità di penetrazione nel mercato) sarebbe direttamente proporzionale al mistero che le circonderebbe (in *Jur Zeit.*, 1993, 280).

Cfr. in argomento MAJWALD, cit. (nota 5), 42 ss.

18) A riprova si possono citare i numerosi procedimenti penali avviati in relazione al fenomeno dell'abusivismo e finanziario, in qualche modo "sollecitati" dall'attività ispettiva della Banca d'Italia, che fanno seguito al periodo di letargo vissuto dalla norma dopo il caso della Anonima Banchieri.

Da ultimo cfr. Cass., sez. V, 8.10.1993, Cass. pen., 1994, 1341 ss., con nota di AMATO, *In tema di esercizio abusivo di attività bancaria*, *ivi*, 1343 ss.

19) Cfr. la relazione al d. lg.vo 481/1992, sub art. 8, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, 264, nonché la relazione all'art. 7 t.u., in *Il testo unico del credito - Annotato con la relazione governativa*, 1994, 10 e MONTEDORO, in *Commentario* (nota 14), sub art. 7,52.

20) Il testo può leggersi in *Per un nuovo codice penale - Schema di disegno di legge - delega al Governo*, a cura di Pisani, 1993.

PIERO GUALTIERI

*SOGGETTO PASSIVO, PERSONA OFFESA DAL REATO:
PROFILI DIFFERENZIATI*

Se nei primi l'interesse offeso appartiene a soggetti ben identificabili (come avviene nell'omicidio, nel furto o nel peculato), nei secondi non risulta facile individuare un bene giuridico "afferrabile" leso, poichè essi violano interessi spettanti a complessi organismi sociali, presi in considerazione solo ai fini della legge penale (reati contro il buon costume, il sentimento religioso, la pietà dei defunti, l'incolumità pubblica).

Ci si è, quindi, domandati se possa essere riconosciuta la qualifica di soggetto passivo alle collettività che non godono di personalità giuridica, come la famiglia, la società e le comunità di Stati internazionali.

Hanno dato una risposta affermativa al quesito coloro i quali ritengono che il diritto penale, pur non tutelando espressamente queste collettività, attribuisca loro tuttavia la titolarità di interessi giuridici (9).

Emblematico sarebbe il caso della famiglia, che non gode di diritti propri, ma è portatrice di interessi giuridici distinti, rispetto ai terzi, da quelli di ciascuno dei suoi componenti, e diviene così legittimata a proteggere sia i diritti privati di famiglia dei singoli membri, sia, insieme ad essi e al di sopra di essi, i beni e gli interessi della società familiare di fronte agli estranei, trasformandoli in beni e interessi giuridici propri della famiglia, considerata come una collettività non personificata di determinati individui legati da vincoli giuridici reciproci (10).

In senso contrario si è osservato, invece, che la correlazione tra interessi penalmente tutelati e soggetti aventi personalità giuridica anche in altri settori del diritto, comporta che titolari dell'interesse penalmente protetto nei reati vaghi sono lo Stato o la persona fisica o giuridica che risente in concreto della lesione o della messa in pericolo provocata dall'agente (11).

Occorre, inoltre, rilevare che molti dei beni giuridici tutelati dal codice Rocco sono oggi ritenuti superati ed occorre operare una interpretazione evolutiva per adeguarli ad una sistematica costituzionalmente orientata.

La dottrina prevalente sostiene, infatti, che la costituzione vincoli il legislatore a strutturare i reati come forma di offesa a un bene giuridico (12) e la stessa Corte costituzionale ha affermato che se può discutersi sulla costituzionalizzazione del principio di offensività, rappresenta canone unanimemente accettato che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali e il giudice sia obbligato ad apprezzare alla sua stregua se la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e si collochi quindi al di fuori dell'area penalmente rilevante (13).

In proposito, ci sembra possa notarsi che, in alcuni casi, e specialmente nei reati di pericolo, manchi una specifica persona contro cui l'offesa

possa dirigersi (ad esempio, nel delitto di atti osceni in luogo pubblico), ragion per cui non appare essenziale ad integrare la fattispecie l'esistenza in concreto di un particolare soggetto passivo: l'oggetto giuridico dei reati vaghi o vaganti non può dunque, essere un bene generico della società, ma i particolari beni o interessi degli individui o enti, lesi o messi in pericolo, e quindi soggetti passivi sono coloro che possono ricevere un pregiudizio dal comportamento penalmente illecito.

Nei reati senza soggetto passivo (ostativi e di scopo), infine, assume rilievo non tanto la lesione di un bene giuridico, quanto l'interesse dello Stato a non consentire determinati comportamenti: in altri termini, il fatto è incriminato in vista di uno scopo assunto come proprio e rilevante dallo Stato, al fine di prevenire il realizzarsi di azioni effettivamente lesive o pericolose, senza che vi sia l'offesa di un interesse specifico di alcuno (14).

Sulla scorta dell'affermato carattere pubblicistico del diritto penale e della pena, non ragguagliabili ad una vendetta privata o ad un risarcimento del danno, l'offensività della condotta è stata altresì individuata nella violazione dell'interesse pubblico dello Stato ad evitare la perpetrazione dei reati, nei quali sarebbero ravvisabili due oggetti giuridici e due soggetti passivi: nella fattispecie criminosa si dovrebbero, allora, distinguere un oggetto giuridico "speciale", costituito dal particolare bene - interesse che il fatto incriminato lede o espone a pericolo, e un oggetto giuridico "generale", rappresentato dall'ordine giuridico tutelato dallo Stato. Si realizzerebbe così un'offesa rivolta, sia ai singoli soggetti che di volta in volta vedono leso o messo in pericolo un proprio interesse personale, sia all'interesse che lo Stato ha affinché non vengano realizzati quei comportamenti ritenuti tanto dannosi socialmente, da avere ad essi collegato una sanzione penale: lo Stato deve conseguentemente essere considerato come titolare dell'interesse pubblico alla non commissione dei fatti vietati e, in quanto tale, "soggetto passivo costante" del reato, distinto dal "soggetto passivo particolare o eventuale", titolare dell'interesse la cui offesa costituisce l'essenza del reato (15).

Altri, pur riconoscendo l'esattezza dogmatica di tale impostazione, osservano che essa non trova nel codice penale precisi riscontri normativi, anche se ciò potrebbe essere dovuto al fatto che nell'analisi del reato è sempre emerso l'interesse leso del singolo, mentre solo in tempi più recenti è venuto in luce l'interesse dello Stato nella previsione e punizione dei fatti che costituiscono reato (16).

Si è, per contro, eccepito che l'interesse alla non commissione dei fatti vietati non è un vero e proprio oggetto giuridico, ma è la *ratio* del divieto penale (lo Stato non tutela l'interesse all'osservanza dei suoi coman-

di) (17) e che l'assunzione dello Stato a soggetto passivo costante di ogni illecito penale si riduce ad una enunciazione teorica priva di effettiva rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme penali (18).

È, viceversa, pacifica la sussistenza dei c.d. reati plurioffensivi, che ricorrono allorché la condotta criminosa lede o mette in pericolo contemporaneamente due o più interessi penalmente tutelati con la stessa norma (19).

Essi comprendono due tipi fondamentalmente diversi di fattispecie, cioè i reati che offendono interessi complessi di un medesimo soggetto, e quelli che offendono una pluralità di interessi, ciascuno dei quali, svincolato dagli altri, fa capo ad un soggetto differente (20).

Orbene, a nostro modo di vedere la presenza di reati senza soggetto passivo induce a ritenere preferibile la tesi della individuazione nel reato di un "soggetto passivo costante", rappresentato dallo Stato, e di un "soggetto passivo particolare", titolare dell'interesse, appunto particolare, leso dall'illecito.

Ma, in proposito, è necessario ricordare che le norme penali tendono frequentemente a difendere beni-interessi molteplici e complessi (distinguibili in prevalenti e accessori), sicché, accanto a quello che può considerarsi l'oggetto principale della tutela, ne esistono e ne vengono riconosciuti altri, che, pur offesi con l'aggressione al bene giuridico prevalente, godono tuttavia di una propria autonoma protezione, come avviene nei delitti contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, contro la fede pubblica o, più in generale, nella categoria dei reati che comunque offendono il patrimonio (21).

Pertanto, soggetto passivo particolare principale del reato è la persona fisica o giuridica o la collettività di individui titolare di quel bene - interesse principale (o prevalente) che deve risultare offeso affinché venga integrato l'illecito penale: soggetto passivo secondario è invece il portatore di un interesse concorrente o accessorio rispetto a quello principale, che assume un proprio autonomo rilievo solo relativamente al verificarsi di una siffatta situazione.

Occorre ora vedere se la nozione di persona offesa sia riconducibile ad uno dei concetti di soggetto passivo sopra elaborati e se sia dunque condivisibile l'opinione maggioritaria di una coincidenza fra i due concetti.

Già in passato era stata prospettata una differenziazione, individuando la persona offesa in colei che soffre, in conseguenza del reato, la violazione di un proprio interesse penalmente protetto, mentre soggetto passivo sarebbe il titolare immediato e diretto dell'interesse tutelato dalla norma

penale (22).

Questo criterio di valutazione appare, però, insoddisfacente, poichè, se consente di estendere la qualità di persona offesa a colui che abbiamo sopra definito soggetto passivo accessorio, presenta anche il difetto di considerare soggetto passivo soltanto il titolare dell'interesse principale tutelato dalla norma penale.

In ordine al reato di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione (art. 3, n. 8 legge 20 febbraio 1958, n. 75), si è affermato in giurisprudenza che la prostituta non è persona offesa dal reato, poichè l'interesse protetto dalla norma penale è quello dello Stato al rispetto del buon costume e della pubblica moralità, ma è soggetto passivo, essendo la persona in relazione alla quale il delitto viene commesso: tale orientamento è da considerare tuttavia errato, in quanto la prostituta non è certamente titolare del bene-interesse protetto dalla norma e dunque non può essere considerata soggetto passivo del reato (23).

Ai fini della comparazione fra le due nozioni appare utile rilevare che il codice penale adotta l'espressione "persona offesa dal reato" nel libro I, titolo II, capo IV, ove, sotto questa rubrica, disciplina alcune condizioni di procedibilità, quali la querela, la richiesta e l'istanza (artt. 120-131).

Il codice di procedura penale, a sua volta, inserisce fra i soggetti del processo la persona offesa dal reato, così denominando il titolo IV del libro primo (artt. 90 - 95).

Le norme in esame attribuiscono in via generale alla persona offesa dal reato la titolarità dei poteri, diritti e facoltà a lei riconosciute dalla legge, ed in particolare quelli di impulso delle indagini e di controllo sull'effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, quali la presentazione di istanze e memorie (artt. 90 e 406, terzo comma, c.p.p.), l'opposizione alla richiesta di archiviazione (art. 410 c.p.p.) e le richieste di incidente probatorio (art. 394 c.p.p.) o di avocazione delle indagini (art. 413 c.p.p.).

Stabiliscono, inoltre, il principio della personalità e intrasmissibilità della querela (24) e si preoccupano di assicurarne l'esercizio anche nei casi in cui vi sia un impedimento giuridico ad agire, e a tale fine individuano un soggetto autorizzato ad agire in nome e per conto dell'avente diritto (artt. 120, secondo e terzo comma, 121, 127 e 130 c.p. e 90, secondo e terzo comma, c.p.p.).

Una prima lettura di tali disposizioni sembrerebbe evidenziare che in esse il termine persona offesa sia considerato sinonimo di soggetto passivo: in proposito sono emblematiche le espressioni contenute negli artt. 127 c.p. ("qualora un delitto perseguibile a querela della persona offesa sia com-

messo in danno del Presidente della Repubblica ...”) e, ancor più, 90, terzo comma, c.p.p. (“qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato”).

Senonchè, a ben vedere, questo assunto soffre di alcune importanti deroghe, poichè nei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume o in quelli contro l'onore, gli artt. 543 e 597, terzo comma, c.p., se “la persona offesa” muore prima che sia decorso il termine per la proposizione della querela, attribuiscono il relativo diritto rispettivamente, ai genitori e al coniuge, e all'adottante, all'adottato e ai prossimi congiunti: e, soprattutto, lo stesso art. 597, terzo comma, riconosce esplicitamente a questi ultimi l'autonoma titolarità del potere di sporgere querela ove sia stata offesa la memoria del defunto.

Nelle ipotesi indicate siamo certamente oltre il caso della rappresentanza, poichè le iniziative processuali assunte da tali soggetti non sono suscettibili di riverberare alcun effetto giuridico sul defunto ed attengono, dunque, esclusivamente alla loro sfera personale.

Nè ci pare che costoro possano essere considerati soggetti passivi in dipendenza del fatto che gli indicati reati coinvolgerebbero di riflesso anche la comunità familiare (25), poichè, se ciò fosse esatto, il diritto di querela avrebbe dovuto essere loro riconosciuto pure durante la vita del congiunto deceduto. Il che non è.

Esistono, conseguentemente, ipotesi in cui il diritto di querela, normativamente attribuito alla persona offesa dal reato, è esercitato da chi non è titolare del bene-interesse leso dal reato e non può pertanto assumere la qualifica di suo soggetto passivo: sicchè i due termini non sono affatto equivalenti.

Inoltre, il nuovo codice di procedura penale disciplina sotto il titolo “persona offesa dal reato” anche gli enti e le associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato e li ammette ad intervenire nel procedimento penale con gli stessi diritti e facoltà attribuiti alla stessa persona offesa, sia pure subordinatamente al consenso di questa: e l'art. 8, sesto comma, della legge 17 maggio 1991, n. 157, riconosce alla Consob l'esercizio degli stessi poteri nei procedimenti penali per i reati previsti dalla legge medesima.

Emerge così evidente come la nozione di persona offesa sia ben più ampia di quella di soggetto passivo del reato, come sopra ricostruita, potendo sì essere riferibile anche al titolare di uno dei beni - interessi lesi dalla condotta criminosa, ma anche a soggetti che non rivestono affatto tale qualificazione.

Appare, dunque, più corretto definire persona offesa dal reato ogni

soggetto al quale l'ordinamento riconosca il potere di rimuovere ostacoli all'esercizio dell'azione penale e di controllare l'effettivo rispetto del principio di sua obbligatorietà assumendo un ruolo di cooperazione e di stimolo all'attività del pubblico ministero (26).

Va, infine, osservato che l'espressione "soggetto passivo del reato" appare tipica del diritto penale sostanziale, ed è quindi riguardabile in chiave statica, mentre quella di "persona offesa" è utilizzata in una prospettiva processuale dinamica, di impulso e di collaborazione all'esercizio e alla prosecuzione dell'azione penale.

2. In dottrina e giurisprudenza si suole distinguere fra danno civile e danno criminale; il primo si riferisce al danno dipendente dalla commissione del reato, ed è l'unico risarcibile mediante un equivalente economico, il secondo è invece il danno che lo Stato - collettività subisce e che trova sanzione nella pena, in altre parole l'offesa necessaria affinché il reato si configuri (27).

Secondo un'autorevole opinione, si dovrebbe distinguere fra un danno immediato (consistente nella lesione o esposizione a pericolo dell'interesse protetto dal diritto), un danno sociale (rappresentato dalla lesione dell'interesse dello Stato al mantenimento delle condizioni della propria esistenza) e un pericolo sociale (individuato nel rischio di futuri reati derivanti da un reato già commesso, ossia la possibilità di recidiva, di vendette private e pubbliche rappresaglie) (28).

Ma, in senso opposto, si è esattamente osservato che il pericolo sociale non può essere assunto a nota caratteristica del reato, poichè esso è di norma assente nei reati minimi e perchè un certo allarme sociale può derivare anche da illeciti extrapenalì: e il danno sociale non può costituire oggetto del reato, pur essendo indubbio che nell'illecito penale esiste sempre, oltre al danno patrimoniale, un danno pubblico o sociale che spiega e giustifica l'intervento dello Stato con la sanzione punitiva (29).

E', dunque, il danno immediato (costituito dall'offesa all'interesse particolare protetto dal diritto) a rappresentare il danno criminale, per la cui configurazione è sufficiente la violazione della legge penale.

Il danno civile nasce, invece, quando, in conseguenza del reato, si verificano a carico di taluno perdite economiche o altri pregiudizi patrimonialmente valutabili, un *quid pluris*, insomma, rispetto alla commissione dell'illecito penale, come è reso palese dalla circostanza che il legislatore ha adottato nell'art. 185 c.p. l'espressione "che abbia cagionato un danno" (30): per esempio, nel caso di omicidio, allorchè i congiunti chiedono il risarcimento, il giudice, nell'accogliere la domanda, non guarda al male proprio di questo

delitto, cioè la privazione della vita (la quale rappresenta un irreparabile *quoddam*), ma alle perdite e ai danni non patrimoniali. E, d'altra parte, l'ora nominato inciso contenuto nell'art. 185 sta a significare che possono esistere anche condotte penalmente sanzionate inidonee a provocare svantaggi civilisticamente rilevanti (31).

Pertanto, danno criminale e danno risarcibile hanno un'estensione che in certi casi può coincidere, in altri divergere; ciò risulta evidente considerando il delitto di lesioni personali, dove il primo consiste nella lesione dell'integrità personale, mentre il secondo riguarda le perdite economiche e le sofferenze morali arrecate alla vittima del reato (spese per cure, mancati guadagni, patimenti fisici e psichici etc.) (32).

Tutto questo comporta che la persona offesa può essere al tempo stesso il soggetto danneggiato se abbia subito in conseguenza del reato una menomazione patrimoniale o non patrimoniale (si pensi alla truffa, nella quale offesa e danno sono addirittura indistinguibili, poichè il secondo rappresenta, com'è stato esattamente osservato, sia l'offesa del bene penalmente protetto, sia il pregiudizio che legittima l'azione civile) (33), ma, parimenti, sono ravvisabili ipotesi in cui tale coincidenza manca (ad esempio, l'omicidio, ove sono i prossimi congiunti dell'ucciso a far valere la pretesa risarcitoria).

Danneggiato e persona offesa (e soggetto passivo) rappresentano, dunque, entità diverse (34).

Esistono, tuttavia, disparità di vedute in ordine all'esatta individuazione del soggetto legittimato ad esperire l'azione civile nel processo penale, attraverso la costituzione di parte civile, che l'art. 74 c.p.p. (con alcune estensioni rispetto all'art. 22 dell'abrogato codice del 1930) attribuisce alla persona alla quale il reato ha arrecato danno (35).

Andando di contrario avviso rispetto alle prevalenti tendenze dottrinarie e giurisprudenziali, inclini a riconoscere tale diritto a chiunque abbia subito un pregiudizio risarcibile ai sensi dell'art. 185 c.p. (36), si è sostenuto che esso spetterebbe esclusivamente al danneggiato che sia al tempo stesso offeso dal reato (37).

Partendo dal contenuto dell'art. 7 del codice di procedura del 1913, per cui l'azione civile esperibile in sede penale apparteneva al "danneggiato od offeso ...", è stato rilevato che i due termini venivano usati per indicare il soggetto passivo e che l'innovazione terminologica del codice Rocco all'art. 22, dove si dichiarava che l'azione civile può essere esercitata dalla persona alla quale il reato ha recato danno, non comportava una diversa interpretazione del presupposto per l'esercizio dell'azione civile in sede penale, poi-

chè la nuova dizione non veniva costantemente seguita dal codice. Le fattispecie nelle quali l'espressione "danneggiato" è usata in contrapposito ad "offeso" (art. 191, n. 1 e 2 c.p.) (38), andrebbero interpretate nel senso che, oltre all'offesa, debba sussistere anche un danno; ci sarebbe, cioè, una progressione tra offeso e danneggiato come da pericolo a danno (art. 40 c.p.) e il danneggiato sarebbe un offeso che ha subito un danno.

Nell'ambito della stessa prospettazione, si è avanzata anche l'ipotesi che l'espressione "danno" non verrebbe sempre usata per indicare il verificarsi di un pregiudizio civilistico, ma semplicemente per segnalare la direzione dell'attacco ad un bene, vale a dire come espressione corrispondente all'altra, "contro", di cui si serve talvolta il codice (es. art. 577 c.p.).

Infatti, mentre in certi casi l'essere il reato commesso "ai danni" di qualcuno, contrappone il soggetto che ha risentito un danno a quello contro cui l'offesa era diretta, altre volte "offeso" è espressione equivalente a "persona in danno della quale fu tentato o consumato il reato" (art. 539 c.p.): tale corrispondenza viene rilevata anche nell'art. 649, ove nella rubrica si parla di persona offesa e nel testo di reato "commesso in danno"; e così nell'art. 9, terzo comma (reato commesso a "danno di uno straniero"), e nell'art. 380 (patrocinio o consulenza infedele).

La tesi non ci sembra però condivisibile, perchè quando il codice penale parla di "reato commesso a danno di" non fa riferimento al danno civile, ma al danno criminale: è lo stesso concetto che in altri casi è espresso con la locuzione "reato commesso contro" (art. 577, secondo comma, c.p.), ed entrambe si riferiscono esclusivamente al soggetto passivo e non al civilmente danneggiato (39).

Le innovazioni normative introdotte dal nuovo codice di procedura penale hanno inoltre fatto cadere alcune disposizioni portate a sostegno della criticata tesi, abrogate (40) o riformulate in modo tale da portare necessariamente a conclusioni opposte (41): le condizioni di offeso e danneggiato sono ora formalmente indicate in via disgiuntiva fra le cause di astensione, con riferimento ai prossimi congiunti del giudice (art. 36, lett. e) e ai fini della determinazione della competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati (art. 11, già art. 41-bis).

Attualmente l'unico elemento ancora valido potrebbe essere l'art. 338 c.p.p., corrispondente all'abrogato art. 11 c.p.p. 1930, il quale, nel regolare l'istituto del curatore speciale, dispone che tale soggetto ha facoltà di costituirsi parte civile nell'interesse della persona offesa: ma in proposito è stato esattamente rilevato (42) che il legislatore, attribuendo tale facoltà al curatore, mirava a risolvere il problema della tutela processuale degli incapaci, e

in questa prospettiva non poteva trascurare il fatto che, frequentemente, la posizione di offeso, quale titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, coincide con quella di danneggiato, inteso nel senso di titolare dell'interesse economico o morale pregiudicato dall'azione delittuosa o contravvenzionale. Considerando, inoltre, la peculiarità della posizione giuridica del minore o dell'infermo di mente privo di rappresentante legale, non è possibile trarre da tale situazione normativa deduzioni di carattere generale e sistematico.

Le medesime considerazioni valgono anche per l'art. 174 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio) e per l'art. 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), adottati a sostegno della tesi criticata, che riflettono casi peculiari, nei quali alla persona offesa vengono riconosciuti particolari diritti civilistici.

La prima norma dispone, invero, che nei giudizi regolati dagli artt. 177 ss. della stessa legge "la persona offesa costituitasi parte civile" può chiedere al giudice penale l'applicazione dei provvedimenti e delle sanzioni previsti dagli artt. 159 e 160 (rimozione o distruzione dello stato di fatto da cui risulta la lesione di un diritto di utilizzazione economica delle opere); la seconda prescrive che "nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa la persona offesa può chiedere, oltre al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 185 c.p., una somma a titolo di riparazione".

Si tratta, dunque, di ipotesi particolari, non suscettibili di generalizzazioni.

Del resto, se è vero che nell'art. 12 cit. i provvedimenti riparatori e restitutori sono previsti a favore del diffamato che, come tale, è necessariamente offeso e danneggiato, ciò non esclude, in via teorica, che altra persona danneggiata possa esercitare l'azione civile nel processo penale promosso su querela del diffamato ed in tale sede insistere per il risarcimento del danno (43) (non anche per l'attribuzione della somma a titolo di riparazione, provvedimento previsto solo in favore del danneggiato - offeso).

Non vi è dubbio che l'orientamento in esame permetterebbe di conciliare due opposte esigenze; subordinando infatti la legittimazione a costituirsi parte civile alla coincidenza in una unica persona delle qualifiche di offeso e danneggiato dal reato, si consentirebbe soltanto a colui che ha subito un pregiudizio economico di agire in sede penale e si impedirebbe uno sviamento del processo rispetto all'accertamento sull'imputazione (44).

Tuttavia, l'assetto normativo introdotto dal nuovo codice di procedura penale porta ad escludere la necessaria coincidenza fra persona offesa e dan-

neggiata dal reato.

Già la diversa collocazione sistematica è indicativa (la persona offesa e il civilmente danneggiato sono disciplinati in due distinti titoli, il V e il VI, ma anche i poteri loro riconosciuti appaiono differenziati, sia temporalmente che nei contenuti).

La persona offesa è considerata uno dei soggetti del processo (45) ed assume un ruolo di cooperazione e di stimolo all'attività del pubblico ministero sin (e più che altro) dalla fase delle indagini preliminari; il danneggiato, definito dall'art. 74 c.p.p. come parte, deve differire, in quanto tale, la propria partecipazione al processo attraverso la costituzione di parte civile, possibile solo dopo la chiusura della fase procedimentale, e nel momento in cui i poteri della persona offesa si attenuano sensibilmente.

Questa regolamentazione attribuisce senza dubbio al danneggiato che sia anche offeso una situazione privilegiata rispetto al semplice danneggiato: la persona offesa può in effetti intervenire ed agire nel procedimento fin dall'inizio, influenzandone in qualche modo il successivo svolgimento, e preordinare una situazione processuale più favorevole all'accoglimento della pretesa risarcitoria, mentre il mero danneggiato, per far valere le proprie istanze, deve attendere la maturazione dei presupposti per la costituzione di parte civile (46).

Ma sembra chiaro che dal combinato disposto degli artt. 398, 401 e 404 c.p.p. emerga la possibilità per il danneggiato, che non sia al tempo stesso persona offesa, di esercitare l'azione civile in sede penale.

Gli artt. 398 e 401 c.p.p. prevedono, infatti, che la persona offesa sia avvisata dell'esperimento di un incidente probatorio e che il suo difensore possa assistervi, mentre l'art. 404, stesso codice, stabilisce l'inefficacia nel giudizio civile della sentenza penale di assoluzione basata su una prova assunta con incidente probatorio a cui il danneggiato non è stato in grado di partecipare: poichè l'offeso deve essere sempre posto in grado di intervenire all'incidente probatorio, l'ora ricordata previsione normativa significa che può esistere anche un danneggiato diverso dalla persona offesa.

Ciò che rileva, dunque, è la sussistenza di un pregiudizio economicamente valutabile a carico di taluno, senza esigere che costui sia anche persona offesa (47).

Poichè la responsabilità civile da reato deve essere considerata come una specie del più ampio *genus* degli illeciti extracontrattuali, una eventuale limitazione dell'esperimentabilità dell'azione risarcitoria in sede penale al solo danno sofferto da chi assume la veste di persona offesa (o di soggetto passivo), dovrebbe essere espressamente prevista, mentre, in realtà, l'art. 74 cit.

estende anche ad altri soggetti l'esercizio di tale pretesa risarcitoria nell'ambito del processo penale.

Va aggiunto che depone in favore della tesi esposta anche il già rammentato contenuto degli artt. 11 e 33, lett. e), c.p.p., ove i termini di persona offesa e danneggiato vengono utilizzati in alternativa, come distinte ipotesi di deroga alla competenza o di astensione.

La necessità di escludere, al fine della costituzione di parte civile, la coincidenza delle qualità di offeso e danneggiato dal reato, trova infine conferma nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, ove è scritto (seppure con la criticata equivalenza fra i concetti di soggetto passivo e persona offesa) che "il nuovo progetto inserendo l'offeso dal reato in un titolo autonomo rispetto a quello dedicato alle parti private diverse dall'imputato, ha inteso appunto sottolineare il ruolo ad esso assegnato rispetto al danneggiato: mentre all'uno quale titolare dell'interesse leso dalla norma di diritto sostanziale violata sono riconosciuti facoltà e diritti sin dalla prima fase delle indagini preliminari, all'altro (nel caso in cui non sia anche persona offesa) è potenzialmente assegnato un ruolo processuale solo in quanto il procedimento sia pervenuto alla fase indicata all'art. 78 (nel testo definitivo art. 79) così da consentire la possibilità della costituzione di parte civile" (48).

NOTE

1) Il codice penale, al libro I, capo IV (artt. 120 ss.), sotto il titolo "Sulla persona offesa dal reato", disciplina gli istituti della querela, dell'istanza e della richiesta, mentre il codice di procedura penale, al libro I, titolo VI (Persona offesa dal reato - artt. 90 ss.), regola i poteri e i diritti attribuiti a tale soggetto e l'intervento degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato.

2) AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, in *Enc.dir.*, Vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 319 ss.; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno del reato*, Bergamo, 1930, p. 108 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano, 1994, p. 168; BETTIOL-PETTOELLO-MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Padova, 1986, p. 762 ss.; FIANDACAMUSCO, *Diritto penale*, parte generale, Bologna, 1989, p. 134; FROSALI, *Soggetto passivo del reato*, in *Novis. dig. it.*, Vol. XVII, Torino, 1970, p. 816 ss.; GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, p. 6; SETTE, *La persona offesa nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass.pen.*, 1991, I, p. 1907; TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. II, Torino, 1995, p. 268; in senso sostanzialmente (anche se non esplicitamente) conforme si vedano anche DALIA-FERRAIOLI, *Corso di diritto processuale penale*, Padova, 1992, p. 145, e LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, p. 69, i quali definiscono la persona offesa come il titolare del bene-interesse penalmente tutelato dalla norma penale, che si assume violata. In giurisprudenza cfr. Corte cost. 28 dicembre 1971, n.

206, in *Giur. cost.*, 1974, II, p. 2304; Cass. 16 marzo 1965, Rinaldi, in *Giust.pen.*, 1966, III, c. 23; Cass. 28 giugno 1969, Sarluca, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1970, p. 1392; Cass. 28 novembre 1973, Barabesi, *ivi*, 1974, p. 1175; Cass. sez. unite, 21 aprile 1979, Pelosi e Armellini, in *Cass.pen.*, 1979, p. 1074; Cass. 26 giugno 1981, Agnellini, *ivi*, 1983, p. 596; Cass. 27 ottobre 1983, Castiglioni e altri, in *Riv. pen.*, 1984, p. 388.

3) CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze, 1924, p. 74.

4) CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 68 ss.

5) A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridico penale*, Torino, 1913, p. 9.

6) Così ANTOLISEI, *Manuale cit.*, p. 170; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 170, preferisce parlare di oggetto materiale della condotta, consistente nella entità su cui cade la condotta tipica. Si veda anche GIANNITI, *L'oggetto materiale del reato e della tutela giuridico penale*, Milano, 1966, p. 187 ss.

Sulla differenza fra oggetto giuridico e oggetto materiale del reato, cfr. MANZINI, *op. cit.*, p. 582, il quale, dopo aver operato una distinzione anche fra oggetto giuridico generale (costituito dall'ordine giuridico tutelato dallo Stato) e oggetto giuridico speciale (dato da quel particolare bene - interesse che il fatto incriminato lede o espone a pericolo, e a protezione del quale interviene la tutela penale), definisce l'oggetto materiale quell'elemento costitutivo di un fatto delittuoso in relazione al quale avviene la violazione dell'interesse protetto, e che rappresenta l'entità materiale (persona o cosa) cui si riferisce l'azione o l'omissione.

7) ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 169; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 240; MANZINI, *op. cit.*, p. 587.

8) Cfr. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 239.

9) BETTIOL, *Diritto penale*, parte generale, Padova, 1978, p. 678; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, Vol. III, Torino, 1965, p. 16.

10) A fini di completezza è necessario aggiungere che, secondo alcuni autori, il complesso della famiglia, nel libro II, titolo XI del codice penale, ha una funzione puramente indicativa dovuta ad un'esigenza di raggruppamento dei reati: a tal proposito cfr. AMENDOLA, *La nuova formulazione degli artt. 573 e 574 codice penale dopo la sentenza della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 1968, I, p. 340; PANNAIN, *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Napoli, 1964, p. 21; PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 95 ss.

11) GIARDA, *op. cit.*, p. 21; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, 1952, Vol. I, p. 72: "da un punto di vista giuridico è assurdo parlare di beni della famiglia, della società o della società di Stati, questi non sono soggetti giuridici, solo la persona fisica o morale e tra quest'ultima lo Stato lo sono".

12) Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 82 ss., il quale prende le mosse dalla duplice funzione retributiva e rieducativa attribuita alla pena dall'art. 27, terzo comma, Cost. per giungere alla conclusione che "l'equilibrio fra le due funzioni deve avvenire radicando l'incriminazione su di un fatto offensivo (espressione comprensiva sia della lesione che della messa in pericolo dell'interesse tutelato)": la necessaria lesività dell'illecito penale viene poi rafforzata dall'affermazione del carattere personale della responsabilità penale, contenuto nell'art. 27, primo comma, Cost. che vieta di "strumentalizzare l'uomo ai fini di politica criminale" e dagli altri principi riconosciuti nella costituzione, quali la libertà morale, la tolleranza ideologica, la tutela delle minoranze, mentre l'uso della locuzione "fatto" nell'art. 25, secondo comma, sarebbe incompatibile con la punizione di meri atteggiamenti interiori o di meri sintomi di pericolosità indivi-

duale. Secondo MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 116 ss., sarebbero altresì decisivi i principi della sovranità popolare e di uguaglianza (art. 1, secondo comma, e 3, primo comma, Cost.). Cfr. anche FIANDACA - MUSCO, *op. cit.*, p. 31 ss.; FIORE, *Diritto penale*, parte generale, vol. I, Torino, 1993, p. 288; ID., *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, p. 278 seg.; FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 793 seg.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1968, p. 8 ss.; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 206 ss.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 78 ss.. *Contra*, vedi però VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, 1982, p. 659 ss.; ZUCCALA', *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di Delitala*, vol. III, 1984, p. 1700 ss.. Secondo PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1993, p. 99 ss., la costituzione consentirebbe l'introduzione anche di reati di scopo, nel senso che il legislatore "potrebbe intervenire con la sanzione penale sia per tutelare beni giuridici preesistenti, sia per conseguire scopi politici particolari".

13) Corte Cost. 26 marzo 1986, n. 62, in *Giur. Cost.*, 1986, p. 415; cfr. in senso sostanzialmente conforme Corte Cost. 11 luglio 1991, n. 333, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1992, p. 285 ss., con nota di PALAZZO, *Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga*. Sulla costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, vedi Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1988, p. 686 ss., e Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, *ivi*, 1990, p. 289 ss., con nota di VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*.

14) MANTOVANI, *op. cit.*, p. 239. E' il tipico caso delle contravvenzioni, ad esempio di quelle relative al gioco d'azzardo non truffaldino, ove non esiste alcuna persona offesa, ma solo l'interesse dello Stato a vietare tale attività: altri casi possono individuarsi nel possesso non autorizzato di armi, esplosivi o sostanze stupefacenti.

L'autore osserva in proposito che i reati di scopo assumono sempre più spesso come propria finalità "la tutela di una funzione, cioè del modo, affidato dalla legge alla pubblica amministrazione, di soluzione di un conflitto di interessi", come avviene per la incriminazione degli scarichi inquinanti non in quanto tali, ma perché non autorizzati, o per i reati di mera trasgressione di regole tecnico - burocratiche connesse alla gestione pubblica dei beni giuridici (reati tributari ed ambientali): si è, così, al di fuori della tematica dell'oggetto giuridico e della offesa, sia pure ad una serie indeterminata di soggetti, che, tuttavia, è giustificabile a causa della irrinunciabilità di certe deroghe per la prevenzione delle lesioni a beni primari, da contenersi nei limiti dell'essenzialità (*op. cit.*, p. 226 ss.).

Secondo MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, p. 189 ss., i reati economici e quelli ambientali non possono essere classificati senza vittime, ma, all'opposto, come reati caratterizzati da una vittimizzazione di massa, nel senso che offendono, direttamente o indirettamente, cerchie ampie, e non di rado vastissime, di persone.

15) BETTIOL, *op. cit.*, p. 675; GRISPIGNI, *op. cit.*, p. 280; MANZINI, *op. cit.*, p. 586; MORO, *La subbiettivazione della norma penale*, Bari, 1942, p. 45 ss.; PISANI, *Giurisprudenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1969, p. 382. C'è anche chi sostiene, peraltro isolatamente, come il DELOGU, *La loi penal et son application*, Vol. I, Alessandria d'Egitto, 1956-1957, p. 163 ss., che si dovrebbe considerare soggetto passivo del reato solo esclusivamente lo Stato, poiché le persone fisiche o giuridiche sarebbero soltanto soggetti passivi dell'azione. Anche in giurisprudenza si trovano riferimenti al soggetto passivo costante: Cass. 21 aprile 1979, Guglielmini, in *Foro it.*, 1979, II, c. 359; Cass. 27 giugno 1979,

Ghisotti e altro, in *Riv. giur. lav.*, 1980, IV, p. 168, e in *questa Rivista*, 1981, p. 1558; Cass. 26 giugno 1981, Agnellini, in *Cass. Pen.*, 1983, I, p. 596.

16) GIARDA, *op.cit.*, p. 10 ss., il quale rileva in proposito che il codice penale ha fornito un indice testuale per avvalorare tale impostazione, distinguendo due tipi di richiesta, la cui diversità va ritrovata nella considerazione dello Stato, da un lato come soggetto passivo particolare, e dall'altro come soggetto passivo costante: sotto il primo profilo assumerebbe rilevanza la previsione degli artt. 127, 296, 297, 299, che costituirebbe l'espressione della soggettività passiva immediata dello Stato, mentre gli artt. 8, 9, 10, stesso codice, rappresenterebbero l'indice evidente che lo Stato italiano ha interesse ad applicare la pena anche nei casi in cui il principio di territorialità viene meno perché il fatto è stato commesso fuori dei suoi confini. Quest'ultimo caso, comunque, andrebbe considerato come un'eccezione rispetto al concetto di soggetto passivo quale emerge dal codice penale.

17) MANTOVANI, *op. cit.*, p. 239.

18) ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 170.

19) ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 169; DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova, 1972, p. 26; GIARDA, *op. cit.*, p. 16; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 226; contra PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 396 nota 16: "anche quando di fatto il reato leda una molteplicità d'interessi e questi siano presi in considerazione dalla legge, uno solo resta l'interesse decisivo per determinare l'oggetto della tutela".

Oltre ai casi di reato continuato, complesso od aberrante, va ricordato il delitto di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza (art. 616 c.p.), per il quale si ritiene che il soggetto passivo sia tanto il mittente quanto il destinatario: cfr. al riguardo BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958, p. 260; COSTA, *Unità dell'azione con pluralità di offesi. Se reato unico o plurimo agli effetti del regolamento della querela (artt. 122, 154 c.p.)*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1936, p. 258. Anche nel falso in titolo di credito la titolarità del diritto di querela deve essere riconosciuta sia al prenditore che al girante e, nel caso di assegno, anche alla banca trattaria.

20) Come ipotesi del primo gruppo può ricordarsi il delitto di rapina ex art. 628 c.p.: la configurazione di tale reato comporta la lesione di un interesse di tipo patrimoniale, oltre a quello della libertà individuale; le ipotesi del secondo gruppo sono invece costituite dalle molteplici fattispecie rubricate come illeciti contro la pubblica amministrazione (oltraggio, violenza o resistenza a pubblico ufficiale), contro l'amministrazione della giustizia (esercizio arbitrario delle proprie ragioni) o contro la personalità interna dello Stato: cfr. ARAGONA, *Reato plurioffensivo: categoria operativa e non meramente descrittiva*, in *Cass. pen.*, 1971, p. 975; GALLO, *Il dolo*, in *enc. dir.*, Vol. XVIII, Milano, 1964, p. 790; GIARDA, *op. cit.*, p. 16.

21) Cfr. PENNISI, *Parte civile*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 989, sia pure nella diversa prospettiva di addivenire ad una identificazione fra persona offesa e danneggiata dal reato; SABATINI, *Soggetto passivo, persona offesa, danneggiato e delitti che comunque offendono il patrimonio*, in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 1118.

22) VANNINI, *La persona offesa dal reato e la diminuzione dell'art. 62, n. 5, c.p.* in *Riv. pen.*, 1938, I, p. 388, il quale precisa che "può infatti accadere che una norma penale tuteli nel contempo due distinti soggetti, fissando di conseguenza in uno solo di questi la soggettività passiva del reato, senza però escludere nell'altro soggetto la qualità di persona offesa dal reato. Si pensi ai delitti contro la sanità ed integrità della stirpe, ove soggetto passivo è

lo Stato, ma accanto a questo altre persone possono chiamarsi offese”.

23) Cass. 7 marzo 1962, Zullo, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1962, p. 651; Cass. 25 giugno 1971, Allavena e altri, *ivi*, 1972, p. 1462; Cass. 12 maggio 1972, Paoli, *ivi*, 1973, p. 1180; Cass. 10 maggio 1963, Di Leginio, in *Giust. pen.*, 1963, II, c. 715; Cass. 29 gennaio 1970, Coluri, *ivi*, 1971, II, c. 173. Si tratta, tuttavia, di massime che sembrano intendere per soggetto passivo il c.d. oggetto materiale del reato; cfr. anche Cass. 3 luglio 1964, Ginetti, in *Giust. pen.*, 1965, II, c. 487, con nota di FLEURY, *Oggetto giuridico, soggetto passivo e attenuanti del risarcimento del danno nei reati plurioffensivi e, in particolare, nel delitto di sfruttamento della prostituzione*.

24) Cfr. sull'argomento ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Milano, 1990, p. 256.

25) Così ROMANO-GRASSO, *op. cit.*, p. 257.

26) AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO-DOMINIONI, vol. I, Milano, 1989, p. 540 ss., indica la persona offesa come soggetto titolare di un'accusa privata sussidiaria senza la qualità di parte; di sostanziale riconoscimento di un ruolo di accusa penale privata, accessoria e adesiva rispetto a quella pubblica, parla GHIARA, *Persona offesa dal reato*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, vol. I, Torino, 1989, p. 404 ss.; cfr. in senso sostanzialmente conforme, CONSO-GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, p. 80; TAORMINA, *Diritto processuale penale cit.*, p. 268.

27) ANTOLISEI, *Manuale cit.*, p. 183 ss.; ICHINO, *La parte civile nel processo penale - La legittimazione*, Padova, 1989, p. 14; FAVALLI, *Sull'ammissibilità di costituzione di parte civile nell'apologia di delitti (nel caso: gli ebrei)*, in *Arch. pen.*, 1959, p. 483; GUARNERI, *Restituzione e risarcimento del danno da reato*, in *Novis. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 744; MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 901 ss.; e in giurisprudenza Cass. sez.unile. 21 aprile 1979, Pelosi e Armellini, *cit.*; Cass. 16 maggio 1980, Di Gregorio, in *Cass. pen.*, 1982, p. 48; Cass. 26 giugno 1981, *cit.*; Cass. 6 giugno 1985, Nardecchia, *ivi*, 1986, p. 1752; Cass. 4 luglio 1986, Di Leo, *ivi*, 1989, p. 377; Cass. 16 febbraio 1990, Santacaterina, *ivi*, 1992, p. 2431.

CARRARA, *op. cit.*, p. 103-104, distingueva un danno immediato o diretto, consistente in “quel male che il delitto reca col violare il diritto attaccato”, e un danno mediato, caratterizzato dal “pregiudizio che il delitto reca a tutti i cittadini che non furono dall'azione direttamente colpiti (c.d. allarme sociale)”.

In senso contrario si vedano le opinioni di CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 210, per il quale il danno criminale è sempre anche risarcibile e con esso si identifica, e di U. GUALTIERI, *La parte civile nel processo penale*, Napoli, 1968, p. 17 ss. e 119 ss., che ritiene il danno civile compreso in quello criminale e afferma che molte volte il codice (del 1930) usa l'espressione persona offesa dal reato per far riferimento al civilmente obbligato.

Va anche rammentato che Corte cost. 20 dicembre 1968, n. 132, in *Foro it.*, 1969, I, c. 3, sembra ritenere coincidenti le figure di offeso e danneggiato dal reato.

28) ROCCO, *op. cit.*, p. 384 ss.

29) ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 184 ss.; GUARNERI, *op. cit.*, p. 744.

30) ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 775; GUARNERI, *op. cit.*, p. 747.

31) ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 774 ss.

32) Oltre al danno patrimoniale e non patrimoniale, è stato individuato un *tertium genus* di danno risarcibile, il danno biologico, consistente nella menomazione dell'integrità

psicofisica della persona, il cui ristoro viene riconosciuto in via autonoma anche se non vi siano ripercussioni sul patrimonio morale o materiale del soggetto: cfr. per tutti in dottrina ALPA, *Il danno biologico - percorso di un'idea*, Padova, 1987; Cass. 6 giugno 1981, n. 3676, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1884; Cass. 11 febbraio 1985, n. 1130, in *Arch. giur. circ.*, 1985, p. 581; Cass. 5 settembre 1988, n. 5033, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1178; Cass. 10 marzo 1990, n. 1954, in *Riv. giur. circ.*, 1991, p. 643; Cass. 13 gennaio 1993, n. 357, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1897; vedi anche Corte cost. 26 luglio 1979, n. 87 e n. 88, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2543; Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, *ivi*, 1986, I, c. 2053; Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356, *ivi*, 1991, I, c. 329; Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, *ivi*, 1994, I, c. 3297.

33) PISANI-MOLARI-PERCHINUNNO-CORSO, *Appunti di procedura penale*, Bologna, 1994, p. 106.

34) AIMONETTO, *Persona offesa*, cit., p. 319; BELLAVISTA, *Azione civile nel processo penale*, in *Novis. dig. it.*, Vol. II, Torino, 1958, p. 56; CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1969, p. 162; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1992, p. 256; DALIA-FERRAIOLI, *op. cit.*, p. 151; DI LEGGE, *Persona offesa dal reato e parte civile*, in *Il nuovo processo penale*, a cura di CASTELLI - ICHINO, Milano, 1991, p. 115; DINACCI, *Vecchi e nuovi orientamenti sul fondamento giustificativo dell'istituto della parte civile nel processo penale*, in *Foro it.*, 1970, V, c. 52 ss.; FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, Vol. I, Milano, 1965, p. 113; GIARDA, *op. cit.*, p. 24; ICHINO, *La parte civile nel processo penale*, cit., p. 13; LOZZI, *La costituzione di parte civile di un Consiglio dell'ordine in un procedimento per omicidio*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1985, p. 836 ss.; ID., *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 69; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 249 e 896 ss.; ONDEI, *Osservazioni sulla nozione di soggetto passivo del reato*, in *Riv. pen.*, 1948, p. 591; PIOLETTI, *Parte offesa*, in *Nuovo dig. it.*, Vol. IX, Torino, 1939, p. 486; PISANI-MOLARI-PERCHINUNNO-CORSO, *Appunti*, cit., p. 106 ss.; TAORMINA, *op. cit.*, p. 249 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. 7 marzo 1962, cit.; Cass. 8 ottobre 1965, Ferretti, in *Cass. pen.*, 1966, p. 417; Corte cost. 28 dicembre 1971, n. 206, in *Giur. Cost.*, 1971, II, p. 2304; Cass. 1 luglio 1980, Fiori, in *Cass. pen.*, 1981, III, c. 582; Cass. 28 gennaio 1983, Bortolotti, *ivi*, 1984, p. 1138; Cass. 12 gennaio 1984, Manuzzi, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 225; Cass. 15 novembre 1986, Rosa, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1927; Cass. 20 febbraio 1987, Occhipinti, *ivi*, 1988, p. 852; Cass. 5 giugno 1989, Palermo, *ivi*, 1991, p. 592; Cass. 8 ottobre 1993, Fornasier, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 496; in senso contrario, vedi però Cass. 3 novembre 1972, Marconi, in *Cass. pen.*, 1974, p. 137.

Sulle recenti proposte di ricondurre il danno, specie se non patrimoniale, nell'alveo delle sanzioni penali, cfr., da ultimo, in senso critico, ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 865 ss..

35) Gli artt. 22 e 23 del codice di procedura penale del 1930 riconoscevano la legittimazione ad esercitare l'azione civile nel processo penale per la restituzione e il risarcimento del danno, attraverso la costituzione di parte civile, alla persona alla quale il reato ha arrecato danno o a chi la rappresenta per legge: gli artt. 74 e 75 del vigente codice consentono l'esercizio dell'azione civile nel processo penale per le restituzioni e il risarcimento del danno di cui all'art. 185 del codice penale, al soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero ai suoi successori universali. Da queste previsioni differenziate, si deduce che la legittimazione a costituirsi parte civile è stata ampliata dalle persone (fisiche e giuridiche) alle associazioni non riconosciute, e dagli eredi a chiunque subentri nella situazione giuridica del danneggiato.

36) AMODIO, *La persona offesa dal reato nel nuovo processo penale*, in *Studi in*

memoria di Pietro Nuvolone, Vol. III, Milano, 1991, p. 8 ss.; BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 56; CAPALOTTA, *Parte civile*, in *Novis. dig. it.*, Vol. XII, Torino, 1965, p. 468; CONSOGLIO, *Legittimazione attiva alla costituzione di parte civile per il risarcimento dei danni cagionati da autocalunnia*, in *Riv. pen.*, 1967, I, p. 5; G. CORDERO, *La posizione dell'offeso dal reato nel processo penale: una recente riforma della Repubblica federale tedesca ed il nostro nuovo codice*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1130; DE MARSICO, *Legittimazione attiva e passiva all'esercizio dell'azione civile*, in *Giust. pen.*, 1933, II, p. 1521; DINACCI, *La parte civile nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1966, I, p. 415; FORTUNA, *Azione penale e azione risarcitoria*, Milano, 1980, p. 193 ss.; FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. IV, Torino, 1958, p. 239 ss.; GUARNERI, *op. cit.*, p. 744 ss.; LOZZI, *Lezioni cit.*, p. 248 ss.; MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, p. 242; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Vol. I, Torino, 1967, p. 371; PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, note 156 e 228; SABATINI, *Soggetto passivo cit.*, c. 110; SAMMARCO, *Considerazioni sulla persona offesa dal reato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 734; TAORMINA, *op. cit.*, p. 249; TRANCHINA, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. giur.*, Roma, Vol. XXIII, 1990, p. 2.

In giurisprudenza cfr. Cass. 5 ottobre 1964, COMINELLI e altri, in *Cass. pen.*, 1965, p. 856; Cass. 2 marzo 1981, BRANDOLINI, *ivi*, 1982, p. 1826; Cass. 12 gennaio 1984, MANUZZI *cit.*; Cass. 22 aprile 1985, ASLAN, in *Cass. pen.*, 1986, p. 829; Cass. 20 febbraio 1987 *cit.*; Cass. 25 giugno 1990, NASSISI, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 465.

37) GIARDA, *op. cit.*, p. 28 ss.; LEVI, *La parte civile nel processo penale italiano*, Padova, 1936, p. 246 ss.; PIOLETTI, *op. cit.*, p. 493. Su una posizione intermedia si sono attestati quanti sostengono che legittimata all'esercizio dell'azione civile è la persona che sia ad un tempo offesa e danneggiata dal reato, intendendo però per persona offesa non solo il soggetto passivo, titolare del bene tutelato dalla norma penale, ma anche i soggetti titolari di un bene secondario ovvero di un bene collegato alla tutela del bene primario: cfr. PENNISI, *op. cit.*, p. 989; GRIMALDI, *L'azione civile nel processo penale*, Napoli, 1965, p. 152 ss.; quest'ultimo distingue tra il soggetto passivo, quale titolare dell'interesse essenziale alla sussistenza del reato, e parti lese intese invece come titolari d'interessi secondari tutelati dalla norma penale, e ritiene che il danneggiato non deve essere necessariamente soggetto passivo del reato, ma deve comunque essere parte lesa dal reato.

38) LEVI, *op. cit.*, p. 246 ss.

39) BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 256 nota 36.

40) Ci si riferisce agli artt. 300 e 306 C.P.P. 1930, che attribuivano diritti o facoltà alla persona offesa anche in previsione dell'esercizio dell'azione civile in sede penale, i quali venivano adottati a sostegno della tesi poiché sarebbe stato disarmonico che il danneggiato non offeso ne fosse privo: GIARDA, *op. cit.*, p. 30.

41) Art. 64, n. 4 c.p.p. 1930, il quale prevedeva come motivo di ricusazione del giudice il caso che alcuno dei prossimi congiunti di lui o della moglie fosse offeso dal reato, imputato, responsabile civile o civilmente obbligato per l'ammenda: la mancata citazione nella norma del danneggiato veniva giustificata considerando tale figura soggettivamente coincidente con quella dell'offeso (così GIARDA, *op. cit.*, p. 30-31; *contra* FORTUNA, *op. cit.*, p. 204 ss.). Nel nuovo codice, però, tra le cause di ricusazione e di astensione viene espressamente menzionata, relativamente ai prossimi congiunti del giudice o del coniuge, oltre alla condizione di offeso, quella di danneggiato (art. 36, lett. e). Lo stesso si può dire a proposito della competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati (art. 11 c.p.p., già art.

41-bis c.p.p. 1930).

42) FORTUNA, *op. cit.*, p. 197.

43) FORTUNA, *op. cit.*, p. 211 nota 14.

44) SAMMARCO, *op. cit.*, c. 733; cfr. anche PENNISI, *op. cit.*, p. 989.

45) Cfr. CONSO, *La persona offesa dal reato tra interesse pubblico e interesse privato*, in *Giust. pen.*, 1979, I, c. 27, il quale ha sottolineato come la persona offesa, esclusa dal ruolo di parte, è impegnata in un'attività di collaborazione "indipendentemente dall'esistenza di un danno da risarcire o, comunque, dalla volontà di richiedere un possibile risarcimento, alla ricostruzione dei fatti e all'individuazione delle eventuali responsabilità penali, a fini quindi di pubblico interesse"; cfr. anche AMODIO, *Persona offesa*, cit., p. 538 ss.; CONSO-GREVI, *op. cit.*, p. 80; DALIA-FERRAIOLI, *op. cit.*, p. 145; GHIARA, *Persona offesa*, cit., p. 406; si veda anche la *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Doc. giust.*, marzo 1988, p. 77, nonché in *Gazzetta Ufficiale*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. n. 2.

46) Cfr. AMODIO, *Persona offesa dal reato* cit., p. 537; DE ROBERTO, *Le parti private diverse dall'imputato*, in *Doc. giust.*, 1988, vol. I, fasc. 6, c. 81; SAMMARCO, *op. cit.*, c. 736.

47) Si vedano, in questo senso, pur con diverse sfumature, gli autori e la giurisprudenza citati alla nota 34.

48) *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., p. 79; cfr. anche l'art. 101 c.p.p.. La giurisprudenza prevalente segue il medesimo indirizzo: cfr. Cass. 20 febbraio 1987, cit.; Cass. 15 novembre 1986, Rosa, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1927; Cass. 12 gennaio 1984, cit.; Cass. 1 luglio 1980, Fiori, *ivi*, 1981, III, c. 582; Corte cost., 28 dicembre 1971, n. 206, cit.; però, in senso contrario, vedi Cass. 3 novembre 1972, Marconi, in *Cass. pen.*, 1974, p. 137.

GUSTAVO PANSINI

IL NUOVO PROCESSO PENALE ITALIANO
(le ragioni di un fallimento)

1. - Il 25 ottobre 1989 sembrò agli studiosi del processo penale, agli avvocati, ai cittadini sinceramente democratici e non intimamente giustizialisti, che fosse sorta l'alba di un nuovo giorno.

L'Italia, che pure nella sua storia registrava una sensibilità accentuata per le influenze che le scelte politiche avevano sulla struttura del processo penale (il codice di procedura penale era il solo ad avere avuto tre riforme dall'unità d'Italia ed era il primo ad essere modificato dopo l'instaurazione del regime fascista), conviveva ormai da quaranta anni, dopo essersi data un regime democratico, con un codice che era stato promulgato in pieno regime fascista, ispirato da quella ideologia. Finalmente sembrava si fosse giunti alla svolta: il primo codice dell'Italia repubblicana era il codice di procedura penale.

Tracciamo, per intenderci, una rapida sintesi dello schema del vecchio processo e della strada percorsa per giungere al nuovo.

Il vecchio processo, che nasceva, nel 1930, sotto la spinta dichiaratamente autoritaria del fascismo (ancorché debba darsi atto ai giuristi compilatori del codice di aver in qualche modo frenato tali spinte), aveva innestato su di uno schema tipicamente inquisitorio, alcune correzioni di tipo accusatorio. La segretezza dell'istruzione, la esclusione di ogni attività difensiva nell'ambito di questa, la mancanza di una seria differenziazione fra accusa e giudice in questa fase, il potere coercitivo riconosciuto al pubblico ministero, caratterizzavano il processo come un processo spiccatamente inquisitorio fino al momento della chiusura della fase istruttoria. Questa, poi, era stata delineata come modellata su due tipologie, l'una - chiamata istruttoria sommaria - condotta dal pubblico ministero, al quale veniva riconosciuto anche il potere coercitivo, tipo di istruttoria riservato ai processi indagine non complessa; l'altra - chiamata istruttoria formale - svolta da un giudice, con la partecipazione del pubblico ministero ma non del difensore; entrambe caratterizzate dalla più assoluta segretezza.

Ad entrambe le opzioni istruttorie faceva seguito la fase dibattimentale, caratterizzata, nella utopia del legislatore, dai principi del processo accusatorio: oralità, concentrazione, parità di diritti fra accusa e difesa, terzietà del giudice, cui, tuttavia era riconosciuto un potere di iniziativa probatoria.

Questa scelta si era rivelata ben presto illusoria e sbagliata. La fase istruttoria assicurava una imponente influenza sulla fase dibattimentale,

determinando un pre-giudizio, nel senso di formazione anticipata del giudizio, che annebbiava la figura del giudice terzo, come giudice aperto a recepire le ragioni dell'una e dell'altra parte: con efficacia un autore definiva la «aspirazione ad un processo moderno come la aspirazione ad un tavolo del giudice sgombro di carte e ad una mente del giudice sgombra di pregiudizi».

Ma la preesistente fase inquisitoria condizionava altresì il dibattimento, con il peso della sua caratteristica di processo scritto, soprattutto nella oralità che, pure, in questa fase il legislatore avrebbe voluto assicurare.

La prassi giudiziaria aveva - in una sorta di spirale perversa - da un canto inavvertitamente preso atto di siffatta inutilità del dibattimento, inteso come fase di ispirazione accusatoria, dall'altro, prendendo atto di ciò, ne aveva ulteriormente svilito la funzione, riducendo ad una pura formalità ripetitiva la istruttoria dibattimentale: non a caso la dottrina aveva messo in luce la impossibilità logica di concepire un sistema processuale misto di **tipo verticale**, vale a dire con una fase inquisitoria seguita da una accusatoria, e, pur nella consapevolezza della inesistenza di schemi processuali assolutamente accusatori o assolutamente inquisitori (da cui la necessità del ricorso al sistema misto), aveva evidenziato la necessità di concepire un sistema misto di **tipo orizzontale**, in cui vi fosse una costante commistione e, quindi, rispettiva delimitazione dei due sistemi.

La evoluzione del sistema, peraltro, aveva subito una ulteriore non irrilevante spinta. Con la entrata in vigore della nuova Costituzione, si era evidenziata immediatamente la necessità di adeguare il codice alle diverse scelte ideologiche che erano alla base della nuova legge fondamentale dello Stato.

Ed il legislatore, già nel 1955 operava una riforma parziale, ma abbastanza vasta, del codice di procedura penale, per adeguarla ai nuovi principi costituzionali.

In attuazione di tali principi, specie quelli della inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost. Ital.), del divieto di sottrazione al giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost. Ital.), della presunzione di non colpevolezza fino a sentenza passata in giudicato (art. 27 Cost. Ital.), interveniva anche la Corte Costituzionale, chiamata in causa da ordinanze di rimessione da parte di giudici ordinari (nel sistema costituzionale italiano la Corte Costituzionale si occupa della verifica della conformità delle singole norme di legge con i principi fissati nella Costituzione, solo su devoluzione della questione da parte di un giudice ordinario nel corso di un procedimento nel quale la norma sospettata di un contrasto con la Costituzione dovrebbe essere applicata), dichiarando la ille-

gittimità costituzionale di numerosissimi articoli del codice di procedura penale del 1930.

A seguito di tali interventi, si finiva col disegnare, in definitiva, un nuovo modello di procedimento penale. Ne veniva fuori, infatti, la netta distinzione del procedimento in due parti, una dedicata alla fase istruttoria, caratterizzata dalla mancanza di oralità, ma nella quale le garanzie difensive erano sostanzialmente assicurate in maniera quasi completa, fase da svolgersi innanzi ad un giudice, mentre al pubblico ministero si riservava la facoltà di condurre la istruttoria, con eguali garanzie difensive, soltanto nei casi di indagini effettivamente semplici, sotto controllo del giudice in ordine alla scelta del rito.

Anche le modifiche che il legislatore, sotto la spinta di tali interventi della Corte Costituzionale, aveva dovuto a sua volta apportare al sistema previgente si erano mossi in tale ottica.

Alla contrapposizione fra sistema accusatorio, in cui fossero assicurate le garanzie individuali, e sistema inquisitorio, si era sostituita la scelta di un sistema misto, che veniva definito dalla dottrina come **inquisitorio garantito**.

Esso, peraltro, non risolveva il problema che abbiamo visto essere alla base della scelta fra accusatorio e inquisitorio, o anche solo fra sistema misto di tipo orizzontale o verticale. Ed era a questa scelta che tendeva, con la sua pressione massiccia, la dottrina processualistica più moderna.

2. - Nella seconda metà degli anni settanta, finalmente il Parlamento pose mano alla riforma del processo penale, delegando il governo alla emanazione di un codice di rito che - si leggeva in apertura della legge con la quale il Governo veniva appunto delegato a ciò - **attuasse i principi del processo accusatorio** la commissione incaricata della redazione del testo del progetto di codice di procedura penale, si mantenne assolutamente fedele a tali binari posti dal Parlamento, producendo un elaborato che si caratterizzava per tale scelta: scomparsa della fase istruttoria; raccolta della prova nel dibattimento; parità di diritti fra accusa e difesa; garanzia dei diritti di libertà e di difesa del cittadino sin dal primo atto del procedimento.

Ma, mentre si andava elaborando tale nuovo testo codicistico (ne venne redatto un progetto preliminare), alcuni fenomeni delinquenziali caratterizzavano la vita italiana: l'insorgere del fenomeno terroristico, prima, la diffusione della criminalità organizzata, poi.

L'impatto violento che tali accadimenti ebbero sull'opinione pubblica e la enorme diffusione che ad essi ed alla conseguenziale esigenza,

comunemente sentita, di combattere i due fenomeni di criminalità, l'una politica, l'altra comune, ma entrambi di proporzioni e di efferatezza allarmanti, venne data dai mass media, portò a concepire un concetto di funzione del processo penale deviato e deviante: **il processo come strumento di lotta alla criminalità**.

Il legislatore, sempre attento alle aspettative della pubblica opinione, più che alle riaffermazioni di principi ideali forti, cominciò ad operare interventi di tipo novellistico, con i quali si andarono attenuando, sia pure in relazione a determinati tipi di processi, ma con una efficacia diffusiva e devastante sulla struttura stessa del processo penale, le garanzie difensive.

Il contrasto evidente tra una legislazione novellistica, sia pure definita di emergenza, ma corrispondente a sollecitazioni e ad esigenze, come si diceva, concrete e diffusamente sentite, ed un progetto di codice che, ponendosi in una ottica tutt'affatto opposta, comprometteva il raggiungimento di quelle finalità che si era voluto raggiungere appunto con tale legislazione di emergenza, non poteva che sfociare in una decisione politica perniciosa per la trasformazione del processo penale: l'accantonamento e la decadenza del progetto di nuovo codice.

Fu perciò necessario attendere ancora alcuni anni perché, alla fine degli anni ottanta, sulla base di una nuova legge che ricalcava, quanto alla ispirazione ed ai principi, lo schema di quella precedente, venne alla luce il nuovo codice di procedura penale.

3. - Questa apparentemente lunga digressione ci consentirà, nell'ultima parte del nostro discorso, di individuare le cause profonde che hanno determinato un mutamento di tendenza successivo alla promulgazione del nuovo codice, che a sua volta è stato causa di una palese disfunzione nella concreta applicazione della riforma processuale penale in Italia: disfunzione che noi stessi abbiamo in altra occasione definito fallimento e sulla quale riteniamo sia opportuno richiamare l'attenzione degli studiosi e degli operatori, soprattutto in quei Paesi che si sono affiancati o prospettano di affiancarsi al nostro in questa scelta di civiltà giuridica, affinché essi possano trarne esperienza ed evitare il riprodursi di fenomeni di rigetto, che sono la premessa delle controriforme.

Andiamo, quindi a tracciare, sia pure per grandi linee, lo schema del nuovo processo penale italiano, evidenziandone, soprattutto i connotati innovativi rispetto al vecchio.

La logica di fondo cui si ispirava la riforma era che il luogo deputato alla raccolta della prova fosse, in via assolutamente prevalente, se non esclu-

siva, il dibattimento; luogo questo che, attraverso la partecipazione delle parti nella pienezza dei loro poteri consentiva di realizzare quello che con felice espressione è stato definito il contraddittorio **per la prova**, in luogo del contraddittorio **sulla prova**, inteso il primo come partecipazione diretta delle parti alla formazione della prova, il secondo come commento critico - speculativo su di una prova già formata e teso solo ad influire sulla valutazione del giudice.

Da questa indicazione di base, ne derivavano corollari che davano il connotato di novità al sistema.

Per prima cosa, la trasformazione della attività del pubblico ministero in attività di indagine tesa esclusivamente a individuare gli elementi di prova che poi saranno presentati al giudice nel dibattimento; individuazione questa che non avrebbe avuto efficacia alcuna sulla formazione della prova, non essendo possibile utilizzarsi da parte del giudice ai fini della formazione del proprio convincimento le attività del pubblico ministero. Un pubblico ministero che ne usciva caratterizzato nel proprio ruolo di parte, ma allo stesso tempo accresciuto nei suoi poteri di ricerca della prova: cui corrispondeva un parallelo indebolimento dei poteri delle parti private in tale fase, proprio per il carattere non processuale di essa, irrilevante ai fini del convincimento del giudice.

In secondo luogo un giudice, caratterizzato da assoluta differenziazione dal pubblico ministero e terzietà rispetto alle parti, preposto ad intervenire nella fase delle indagini preliminari del pubblico ministero ogni qual volta vi fosse necessità di un intervento giurisdizionale: segnatamente in tema di provvedimenti restrittivi della libertà personale e in tema di raccolta delle prove urgenti che profilassero il pericolo di disperdersi prima del dibattimento.

In terzo luogo un dibattimento caratterizzato dalla presenza di un organo giudicante assolutamente vergine di conoscenza degli atti, e come tale preposto ad assistere alla contesa giudiziaria che dinanzi a lui si sarebbe svolta e dalla quale avrebbe dovuto trarre gli strumenti per la formazione del suo convincimento, contesa rimessa alla iniziativa esclusiva delle parti, giacché al giudice non avrebbe dovuto essere attribuita alcuna iniziativa probatoria.

In quarto luogo, la previsione di tempi estremamente ristretti che avrebbero potuto garantire la preservazione della genuinità della prova, ancorché ne fosse differito il momento di acquisizione: tempi ristretti che si contrapponevano alle lungaggini del precedente schema processuale, che aveva fatto del processo penale italiano quello che è stato definito il grande

malato.

Ma al di sopra di tutto si poneva la individuazione della finalità del processo penale, come strumento di garanzia del cittadino nei confronti dello Stato, nel momento in cui questo esercita il proprio sacrosanto potere repressivo, e non già come strumento di lotta alla criminalità, che ad esso non appartiene.

4. - Verifichiamo, con la necessaria sommarietà quale fosse il tessuto normativo attraverso cui venivano realizzati questi che abbiamo definito come "corollari qualificanti il sistema".

a) Già dalla indicazione nominativa - indagini preliminari in luogo di attività di istruzione - si percepiva la scelta del legislatore, che si trasfondeva nel testo dell'art. 326 in cui si indicano le finalità di tale fase del procedimento: "il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale". Una finalizzazione, quindi, estremamente esplicita: la individuazione della sussistenza delle condizioni necessarie perché il pubblico ministero potesse esercitare la azione penale; queste a loro volta individuate nell'art. 125 delle norme di attuazione, qualora "gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio".

Una attività, quindi, non con riflesso processuale, ma, in un certo senso, interna all'ufficio e finalizzata alle scelte di questo, tenendo presente la necessità, attraverso accuse infondate, da un canto di evitare inutili sprechi di energie, dall'altro di non costringere l'incolpato a subire l'ingiustificato tormento di un dibattimento destinato, poi, a risolversi con la sua assoluzione.

Proprio tale finalità consentiva al legislatore di operare una scelta coraggiosa: quella di escludere del tutto la difesa da tale fase, in cui era, proprio per tale finalità ingiustificato, inutile e di inopportuno appesantimento, il contraddittorio. Scelta coraggiosa e significativa per le ragioni che la avevano ispirata, anche se, forse, di dubbia opportunità, che giungeva fino a negare la necessità di quell'istituto che era stato introdotto, nella ottica del garantismo inquisitorio, in precedenza: l'avviso all'indagato sin dal primo atto del procedimento della esistenza di una indagine a suo carico, di fatto soppresso nel nuovo codice.

Ed in tale ottica si orientava il riconoscimento di una parallela attività difensiva, tendente alla ricerca delle prove in proprio favore, anch'essa con finalità interne della difesa, che veniva in qualche modo regolamentata nelle

norme di attuazione.

b) Tutto il sistema delle misure cautelari si muove in tale ottica, con il divieto al pubblico ministero di adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale ed il riconoscimento soltanto del potere di richiedere al giudice la emissione della misura cautelare e con l'obbligo per questo di verificare la fondatezza della richiesta, ma con divieto di prendere egli iniziative tanto da prevedersi nell'art. 291. 1bis che il giudice al quale il pubblico ministero abbia richiesto la emissione di un provvedimento cautelare, pur dovendo tenere presente il principio di **adeguatezza**, cardine fondamentale del sistema delle misure cautelari, possa disporre una misura meno grave di quella richiesta, solo nel caso che il pubblico ministero non abbia fatto richiesta esclusiva di una determinata misura.

c) Il rinvio della assunzione della prova in dibattimento, imponeva al legislatore di tener presente le situazioni in cui tale rinvio ed il conseguente ritardo potesse far disperdere la prova. Di qui la regolamentazione di un intervento anticipato del giudice e di una conseguente anticipazione del contraddittorio, per raccogliere una prova che avrebbe potuto poi essere utilizzata dal giudice del dibattimento.

L'art. 398.2 stabilisce che il giudice al quale una delle parti richiede l'incidente probatorio, che è appunto l'istituto finalizzato a tale raccolta della prova prima del dibattimento, possa svolgere lo stesso soltanto nei limiti della richiesta e delle deduzioni delle parti, ancora una volta negando al giudice qualsiasi iniziativa probatoria.

Ancora significativi per la dimostrazione di questo sforzo del legislatore di costruire un sistema che assicura la assoluta terzietà del giudice, attraverso la non conoscenza di qualsiasi tesi precostituita, sono gli art. 431 e 432, nei quali si prevede che, al termine della fase delle indagini si formino due diversi fascicoli, uno per le parti ed uno per il giudice del dibattimento, nel quale non si include alcun atto di prova, in modo che la prova sia formata in dibattimento, davanti a quel giudice assolutamente privo di pregiudizi, perché "ha un tavolo sgombro di carte".

L'art. 498 che adotta il sistema della "cross-examination" in dibattimento, con esclusione sostanziale del giudice dalla conduzione degli interrogatori.

L'art. 507 con il quale si stabilisce che il giudice, "terminata l'assunzione delle prove, può disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove" solo se ciò "risulta assolutamente necessario".

Un giudice, quindi, che, se anche non è, come nei sistemi anglosassoni, muto spettatore della contesa fra le parti, si inserisce in essa in posizione

di assoluta terzietà, e con iniziative probatorie limitate soltanto ai casi di assoluta necessità, dopo aver conosciuto le prove introdotte dalle parti.

Un sistema siffatto, che abbiamo delineato necessariamente solo per grandi linee, disegnava un processo in cui si trovavano presenti e garantiti nel massimo possibile i caratteri del sistema accusatorio: parità dei diritti fra le parti; terzietà assoluta del giudice; oralità e immediatezza del giudizio.

5. - Per comprendere appieno quello che si è verificato nel sistema dopo l'entrata in vigore del nuovo codice e le trasformazioni che ha subito tale sistema, è indispensabile mettere a fuoco l'approccio che gli operatori avevano con il nuovo sistema, ancora nel momento precedente la entrata in vigore del nuovo codice.

Innanzitutto il potere politico: aveva voluto la riforma, non potendo opporsi alle proclamazioni ideologiche di chi la riforma sollecitava e soprattutto al rilievo della impossibilità di mantenere in vita un codice di chiara marca fascista; ma, al tempo stesso, temeva che l'opinione pubblica non avrebbe percepito il valore ideale della riforma e l'avrebbe scambiata come un cedimento ed un abbassamento del livello di guardia nella lotta alla criminalità. Donde la speranza, fino all'ultimo coltivata, che si riuscisse in qualche modo a far slittare l'entrata in vigore del nuovo codice.

In secondo luogo il potere giudiziario: una magistratura che aveva assunto il ruolo di protagonista nella lotta alla criminalità, attenuando di conseguenza le caratteristiche di terzietà del giudice, fino a teorizzare la figura del **giudice-combattente**, non poteva certamente guardare di buon occhio una riforma che, in certo modo, ridisegnando i confini dei singoli soggetti nel processo penale, ridimensionava i ruoli egemoni che essa si era ritagliati.

In terzo luogo l'opinione pubblica, che preoccupata del dilagare dei fenomeni di criminalità e da sempre portata ad identificarsi assai più - anche in virtù di un dato statistico che, nell'ambito di una comunità, indica fortunatamente i delinquenti sempre come una minoranza - in possibile vittima del reato, giammai in una possibile vittima del processo: sicché nulla è mai riuscito ad essa più incomprensibile del vecchio brocardo: *il codice penale penale è fatto per i delinquenti, il codice di procedura penale per i galantuomini*.

In quarto luogo - ma probabilmente non ultimo nella gerarchia delle influenze negative che ha avuto sulla riuscita del codice - il c. d. quarto potere. In una spirale perversa, i mass media sono portati ad accontentare i lettori, facendosi portavoce delle opinioni della maggioranza di essi, ma, con

la influenza che esercitano sulla opinione pubblica, a loro volta incidono in maniera massiccia sul formarsi di essa.

In questo quadro di forze convergenti, cominciarono a crearsi immediatamente le prime difficoltà nell'applicazione del nuovo strumento processuale.

E' indiscutibile che per poter funzionare appieno, un codice che giocava tutta la sua funzionalità sulla rapidità della celebrazione del dibattimento, divenuto come si diceva il momento centrale di tutto il processo, avesse bisogno di riforme e di adeguamenti radicali delle strutture. Va qui il pensiero non solo alla adozione della stenotipia, metodica assolutamente indispensabile per la verbalizzazione del dibattimento condotto con il sistema della "cross examination"; all'adeguamento della polizia giudiziaria ai nuovi compiti che le venivano assegnati, sotto la direzione costante sin dal primo momento del pubblico ministero; alla nuova professionalità di pubblici ministeri ed avvocati, immersi in ruoli processuali ben diversi da quelli tradizionali; alla seria regolamentazione della difesa di ufficio e di quella dei non abbienti, non potendo concepirsi un processo di parti in cui la difesa fosse solo apparentemente assicurata; alla regolamentazione dell'attività difensiva di attuazione del diritto alla prova, con nuovi strumenti di ricerca della prova (investigatori privati), di assicurazione degli elementi di prova (possibilità di documentazione degli elementi raccolti), di introduzione nel processo di tali elementi; alla ristrutturazione degli uffici giudiziari, per meglio utilizzare il personale della magistratura e dei collaboratori, molte volte sprecato in uffici non funzionali e carente in uffici di grande rilievo; ma anche e soprattutto alle necessarie riforme del diritto sostanziale. Una ampia depenalizzazione, che sottraesse al magistrato penale la materia bagattellare, l'introduzione del c.d. giudice di pace, un giudice non di carriera, che, giudicando sulla base della equità avesse competenza nella materia minore, specie civile, avrebbe consentito un notevole recupero di forze da destinare ad una giustizia penale, che doveva essere riservata essenzialmente agli affari più importanti, per consentire quella risposta rapida di giustizia, funzionale al processo e idonea a realizzare lo scopo della sanzione penale.

Accanto a ciò, necessitava una ampia amnistia, che cancellando il peso dei carichi arretrati del passato, avrebbe consentito di dedicare al nuovo tutte le energie disponibili. Ma, contemporaneamente, una normativa che consentisse di escludere per il futuro il ricorso alla amnistia, ricorso troppe volte avvenuto in Italia (se ne contano circa quaranta nei cinquanta anni di vita democratica del nostro paese), che finiva con il favorire tattiche

dilatorie nel seno del processo, inconciliabili con un processo da svolgersi all'insegna della rapidità: da cui derivava anche l'introduzione di riti alternativi abbreviati, sul consenso delle parti, che consentissero di far giungere al dibattimento (anche senza arrivare alle percentuali degli Stati Uniti, pari all' 8/10%), solo gli affari più importanti.

Infine, occorre pensare a riforme di struttura, più complesse, da realizzarsi anche sul piano costituzionale, per rendere possibile la netta distinzione del pubblico ministero, divenuto parte, dal giudice, necessariamente terzo, laddove la struttura costituzionale-ordinamentale vigente prevede ancora la magistratura come ordine unico che ricomprende, con possibilità di continua osmosi fra le funzioni, sia quella requirente che quella giudicante; e, forse anche per rendere possibile una discrezionalità, sia pure normativamente regolata, nell'esercizio dell'azione penale, in Italia obbligatoria, che consentisse margini di scelta funzionali ad una attenzione per gli affari di maggior rilievo.

Tutto questo avrebbe dovuto fare in anticipo un potere politico, che era invece paralizzato dalla speranza di poter rinviare l'entrata in vigore del nuovo codice. Sicché: all'adozione della stenotipia si è giunti dopo anni, in cui i dibattimenti o andavano avanti stentatamente o addirittura essi subivano rinvii; si è pensato con ritardo a realizzare corsi di aggiornamento per magistrati, di avvocati, corpi di polizia; l'amnistia ha ritardato un anno e non è stata certo di ampiezza sufficiente, avendo come conseguenza che, quando è giunta, ha eliminato solo una parte dell'arretrato del vecchio processo, quantitativamente inferiore all'arretrato che era andato formandosi nella gestione del nuovo; le riforme ordinamentali ancora non sono state nemmeno abbozzate; la depenalizzazione è tuttora allo studio; gli incentivi per il ricorso ai riti alternativi si sono rivelati insufficienti.

Ma quel che ha soprattutto inciso - e qui è stata determinante anche l'opposizione di quella che oggi in Italia da molti si definisce la corporazione dei giudici, sul cui atteggiamento diremo più in avanti - è stata la mancata riforma delle norme costituzionali e ordinamentali in materia di magistratura che non hanno consentito di realizzare appieno la terzietà del giudice.

A ciò va aggiunto che anche il Consiglio Superiore della Magistratura ha operato degli errori di prospettiva, attraverso due inopportune decisioni: innanzitutto quella di non evitare che giudici mantenessero funzioni apparentemente simili a quelle svolte nel precedente sistema (è il caso dei giudici delle indagini preliminari - chiamati nel nuovo sistema a svolgere funzioni di controllo sull'operato del pubblico ministero, in posizione di assoluta terzietà - alle cui funzioni sono stati chiamati in massima parte magistrati che

svolgevano funzioni di giudici istruttori - funzioni cioè di propulsione nella formazione della prova, che non può ovviamente essere una posizione di terzietà -); e quella di evitare che mantenessero le funzioni di presidente del collegio giudicante, oggi mero spettatore della contesa fra le parti, i vecchi presidenti, abituati ad una direzione attiva del dibattimento); conseguenza ne è stata la gestione del nuovo con una mentalità ed un approccio culturale vecchio; in secondo luogo, quella di non distinguere le funzioni, come sembrava indicasse il codice, di giudice delle indagini preliminari (la cui funzione è quella di sovrintendere alle indagini svolte dal pubblico ministero, così venendo a conoscenza dell' *iter* formativo della tesi di accusa e partecipando attivamente ad essa nel riconoscerne il fondamento al momento della emanazione di provvedimenti cautelari), e di giudice della udienza preliminare (chiamato a decidere in posizione di assoluta terzietà su di una tesi accusatoria, alla quale egli dovrebbe non avere in alcun modo partecipato).

6. - E' giunto il momento di tradurre in termini di valutazione della prassi interpretativa la premessa sulle cause dell'approccio dei giudici nei confronti del nuovo codice.

Innanzitutto in materia di libertà personale.

La disciplina della custodia cautelare è nel nostro codice estremamente rigida. E' rilevante in primo luogo la previsione che il presupposto per la emissione di un qualsiasi provvedimento cautelare è la sussistenza di **gravi indizi di colpevolezza**: e non è senza significato che si sia voluto sostituire tale espressione a quella precedente **sufficienti indizi di colpevolezza**. Vi è, poi, la previsione di numerose tipologie di misure cautelari, modellate in maniera graduata dalla minima (divieto di espatrio) fino alla massima (custodia in carcere), passando attraverso l'obbligo di presentazione periodica alla polizia, il divieto o l'obbligo di residenza, gli arresti domiciliari con la specifica indicazione che non può essere adottata una misura superiore a quella che sia sufficiente per ovviare alle ritenute esigenze cautelari. Infine, l'indicazione delle esigenze cautelari, normalmente indicate come **pericolo di fuga, pericolo di inquinamento della prova, pericolo di reiterazione di reati**: ma tutte e tre le esigenze sono legate alla certezza della sussistenza di esse. Il tutto condizionato ovviamente alla necessità della motivazione specifica in ordine alla sussistenza di tali condizioni, che consente il controllo della correttezza dell'attività del giudice.

Ebbene la prassi ha rivelato che, in definitiva, il sottrarre al pubblico ministero il potere coercitivo per trasferirlo al giudice, si è dimostrato rimedio inutile, se non qualche volta controproducente: ad un pubblico ministero

scaricato di responsabilità, dovendo soltanto formulare una richiesta, si è contrapposto un giudice che si è troppo spesso adagiato sulle richieste del pubblico ministero, rivelando quella carenza di terzietà della quale abbiamo parlato come una delle cause della prassi deviante, a sua volta causa del fallimento della riforma. E, ormai, nella assenza di qualsiasi condizione, di quelle richieste dal codice, la custodia cautelare - le inchieste che sono state definite di **tangentopoli** e che hanno dato pubblicità anche all'estero alle nostre cronache giudiziarie e ad alcuni nostri magistrati, hanno soprattutto incrementato il fenomeno - è diventato lo strumento attraverso il quale si ottengono dall'indagato (fenomeno che si accentua nei confronti del delinquente primario, che subisce uno shock particolare dall'impatto con il carcere) confessioni e chiamate in correità, che sono il solo viatico per la restituzione alla libertà.

Nel settore della prova, il codice era stato particolarmente accorto, ad esempio, nella delimitazione del valore della chiamata in correità (da potersi utilizzare solo **unitamente ad altre prove che ne confermino la attendibilità**), nella indicazione della sanzione di inutilizzabilità per le prove raccolte in divieto di legge (da potersi rilevare anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento), nell'iniziativa probatoria delle parti. Ebbene su tutti e tre questi argomenti, la risposta interpretativa della giurisprudenza è stata a dir poco sconcertante: il riscontro di attendibilità della chiamata in correità è stato svincolato dal contenuto di essa, e riferito a qualsiasi elemento della chiamata in correità stessa (una recente sentenza della Corte Suprema, critica verso siffatta interpretazione, indica il seguente esempio: se una persona accusasse un magistrato di averlo corrotto in occasione di un processo celebrato in una certa data, la circostanza che quel magistrato abbia tenuto udienza in quel giorno diverrebbe il controllo della attendibilità della chiamata in correità!), sino ad essere affidato alla esistenza di chiamate in correità multiple, provenienti, cioè, da vari soggetti, e che si pretende si controllino a vicenda; la sanzione della inutilizzabilità è stata relegata solo alla fase del giudizio; il potere di integrazione della prova, che il codice riconosceva al giudice solo quando si fosse esaurita l'escussione delle prove addotte da entrambe le parti e rimanessero ancora lati oscuri nella valutazione del giudice, si è trasformato nel rimedio ad eventuali omissioni, si intende solo dell'accusa. Sicché anche in assenza della iniziativa probatoria del pubblico ministero, il giudice vi ovvia attraverso una sua autonoma iniziativa.

Nel settore del diritto alla prova, si è misconosciuto ogni residua possibilità di esplicazione di esso, già ridotto al lumicino per la mancata regolamentazione legislativa di esso, individuandolo soltanto nella possibilità di

sollecitazione verso il pubblico ministero a ricercare prove a favore dell'indagato.

Ma quel che ha determinato i più gravi scossoni nell'ambito del codice sono stati alcuni interventi alla Corte Costituzionale. Soprattutto due pronunzie della Corte hanno operato una inversione di rotta nelle scelte del codice, che hanno fatto dire a qualcuno che si era passati da un processo inquisitorio garantito ad un processo di tipo accusatorio e che da questo si è poi tornati ad un processo inquisitorio, nemmeno garantito.

Con una prima sentenza, la Corte Costituzionale, veniva chiamata a pronunziarsi sulla conformità alla Costituzione della norma che vietava agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria di riferire sul contenuto delle dichiarazioni da loro raccolte durante le indagini: non vi è dubbio che una norma siffatta consentiva di accentuare la centralità del dibattimento e quindi la oralità del processo e la raccolta della prova esclusivamente in contraddittorio. La Corte, rilevando che si determinava una diversità di trattamento fra il *quisque de populo* che era autorizzato alla testimonianza *de relato* (sia pure con la riserva dell'obbligo di indicare nominativamente la fonte della notizia), e l'ufficiale o l'agente di polizia non autorizzato a tale tipo di testimonianza, la estendeva alla polizia. La sentenza è ancor più sconcertante se si pensa che la giurisprudenza costituzionale aveva sempre individuato la possibilità della censura per diverso trattamento nel giudizio sulla irrazionalità di tale diverso trattamento: e tutto poteva dirsi, tranne che il divieto di testimonianza *de relato* della polizia fosse priva di giustificazione, il che faceva rientrare la scelta in quelle di insindacabile indiscrezionalità del legislatore. Le conseguenze sul ritorno all'indietro nello schema del processo sono sotto gli occhi di tutti.

La seconda sentenza si appalesava ancor più devastante. Il codice prevedeva che le dichiarazioni rese dai testi alla polizia ed al pubblico ministero potessero essere in dibattimento utilizzate per le contestazioni, in caso di dichiarazioni difformi; ma che le dichiarazioni così utilizzate non potessero essere utilizzate per la formazione del convincimento del giudice, ma solo per la valutazione della credibilità del teste.

La Corte, preoccupandosi del valore della conservazione della prova, che faceva assurgere indirettamente a valore costituzionalmente garantito, dichiarava la illegittimità costituzionale della limitazione alla utilizzabilità delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini, attribuendo ad esse pieno valore probatorio.

Abbiamo parlato di conseguenze devastanti: l'affermazione è da rapportarsi sia ai principi fissati dalla Corte, sia alla disciplina quale ne è venu-

ta fuori.

La Corte ha, infatti, affermato che valore assoluto del processo da collegarsi con il principio costituzionale della obbligatorietà dell'azione penale, è la ricerca della **verità reale**, non essendo sufficiente a prestare ossequio a tale valore la ricerca della **verità processuale**: una affermazione che ponendo in discussione la scelta del sistema accusatorio, essendo questo ovviamente legato alla ricerca della **verità processuale** e non certamente a quella della verità reale, scuote dalle fondamenta le attuali e condiziona anche le future possibili scelte del legislatore.

La conseguenza sul piano pratico è stato l'incredibile incremento dei poteri della parte accusatrice. Dicevamo all'inizio come il diniego di valore probatorio della attività del pubblico ministero avesse come contrappeso un incremento dei poteri di quest'ultimo: soprattutto la assoluta essenza di ogni partecipazione difensiva alla fase delle indagini, introdotta nella logica del garantismo inquisitorio dal legislatore novellante del codice precedente e soppressa dal nuovo legislatore. Il dilemma al quale oggi si va incontro appare senza via d'uscita: o la Corte Costituzionale trova il modo, magari nell'ambito di future modifiche introdotte dal legislatore che attenuino gli effetti della sentenza della Corte di rinnegare tali affermazioni; o essa dovrà necessariamente spingersi oltre nella riaffermazione del garantismo inquisitorio, introducendo forme di partecipazione della difesa alla fase delle indagini preliminari.

7. - Abbiamo lasciato per ultimo le osservazioni circa il comportamento successivo <quarto potere> e dell'opinione pubblica. E queste osservazioni ci danno lo spunto anche per riflettere sul più recente atteggiamento del potere politico.

Vi è stato nei mesi scorsi un tentativo fatto dal Governo di introdurre una importante riforma della custodia cautelare. Diremo subito che essa era imperfetta nella formulazione e sbagliata nella forma (la scelta del decreto legge, che, almeno sotto il profilo temporale scavalca il Parlamento, facendolo trovare di fronte al fatto compiuto di un atto legislativo già in vigore, da dover accettare o respingere entro sessanta giorni); ma, nel merito e nella ispirazione, rappresentava una importante inversione di tendenza.

Finalmente si assisteva alla presa di atto della forma divaricante dai suoi principi informatori con la quale era stato sino ad oggi applicato il nuovo codice e si tentava di agire nel solo modo probabilmente possibile: comprimendo il potere discrezionale del giudice.

Purtroppo una opinione pubblica, aizzata dai giudici, specie quelli che

potevano mettere al servizio delle loro ideologie la popolarità conquistata sul campo, e dai mass media, ha decretato la morte del decreto a distanza di una settimana dalla sua entrata in vigore: il Governo ha dovuto accettare che esso venisse immediatamente respinto dal Parlamento e trasformato, con notevoli modifiche, in una proposta di legge che il Parlamento dovrebbe esaminare durante l'anno.

Anche questa vicenda, di per sé triste e sconvolgente, perché determina una confusione dei poteri dello Stato e un cedimento dell'esecutivo alla piazza dovrebbe essere significativa di una volontà di ripristino dei principi fondamentali ai quali si ispirava il codice, che sembra affacciarsi nell'ambito del potere politico.

Se così fosse, potremmo sperare che quel nuovo giorno del quale avevamo intravisto all'alba, potrebbe non essere giunto al tramonto. E in tal caso più intense sarebbero le responsabilità degli studiosi del processo penale, degli avvocati, dei sinceri democratici, che dovrebbero mantenere accesa questa fiammella di libertà, insistendo soprattutto su quella che, a nostro avviso, costituisce la strada obbligata attraverso la quale può giungersi alla riforma della controriforma: la separazione ordinamentale tra giudice e pubblico ministero.

In un recente Convegno, in cui nella mia relazione avevo sostenuto la necessità della suindicata riforma ordinamentale, un acuto magistrato mi obiettò esplicitamente che la Corte Costituzionale aveva individuato come modello processuale conforme alla Costituzione il modello inquisitorio corretto e non quello accusatorio; che il riconoscimento del valore probatorio alla attività del pubblico ministero comportava la necessità che il pubblico ministero fosse un giudice, perché altrimenti si sarebbe dato potere probatorio ad una parte.

Risposi che poiché il traguardo per un Paese democratico non può essere che quello di darsi il solo processo democratico, che è quello accusatorio, il discorso andava rovesciato: la separazione netta delle figure del pubblico ministero e del giudice, sarebbe stata incompatibile con le pronunzie della Corte Costituzionale, e ne avrebbe favorito una rimeditazione.

Sono convinto che quella che appariva una argomentazione dialettica, sia invece la sola strada alla quale i sostenitori del sistema accusatorio possono aggrapparsi, perché come a volte accade anche per le imprese, dal fallimento, che ho delineato, possa risorgere una nuova attività più sana, nel nostro caso un nuovo codice che risponda alle stesse esigenze ed agli stessi principi che ispirarono quello del 1989.

Questa panoramica che abbiamo cercato di tratteggiare a grandi linee

su quella che potremmo definire l'alba ed il tramonto di un grande codice, ha soprattutto un valore ed un significato, che noi abbiamo voluto indicare, esportando la nostra esperienza: quando si vuol fare una riforma, bisogna innanzitutto creare l' *humus* perché essa possa vivere e prosperare; così come, quando si vuol piantare una nuova pianta occorre preventivamente accertarsi che il terreno sia adatto e pronto ad accoglierla, scongiurando il pericolo che essa appassisca. Altrimenti la riforma corre il rischio di restare scritta soltanto nel libro dei sogni non realizzati.

VITTORIO PARLATO

LA TUTELA GIURIDICA DEGLI INTERESSI RELIGIOSI IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Il concetto di legislazione speciale. - 2. Le finalità della legislazione speciale. - 3. La legislazione unilaterale relativa alla tutela degli interessi religiosi. - 4. Legislazione speciale e principio d'uguaglianza. - 5. La legislazione concordata.

1. Si è discusso e si discute, in dottrina, se la libertà e l'uguaglianza religiosa siano maggiormente garantite quando il fenomeno religioso sia disciplinato dal diritto comune o dal diritto speciale, e se, addirittura, in astratto, sia garantita la libertà religiosa, specie nelle forme organizzative, con la legge comune.

Esistono certamente molti argomenti a suffragio della validità dell'applicazione del diritto comune, del non tener conto, cioè, dell'elemento religioso al fine della disciplina giuridica che, in un ordinamento dove sono riconosciuti i diritti individuali e collettivi di libertà, garantisce, in egual misura, singoli e confessioni religiose diverse, credenti e non credenti (1).

Altrettanti argomenti esistono a favore di una legislazione speciale, propria per il fatto religioso individuale e collettivo.

Innanzitutto va precisato che per *legge speciale* non si deve intendere necessariamente un privilegio, giacché altrimenti, dovremmo qualificare gran parte della normativa italiana come privilegiaria: "il moderno uso del diritto", scrive Mirabelli, "in funzione non più prevalentemente sanzionatoria, ma piuttosto di indirizzo e promozione delle scelte di comportamento dei consociati e dei gruppi, esige norme differenziate <...>. D'altra parte l'ottica *legge speciale* = *privilegio* (comunque disciplina derogatoria) nasce forse <...> dal vecchio brocardo per il quale la legge speciale deroga la generale. <...>".

Se la formula vale ai fini dell'individuazione delle norme applicabili, non vale come criterio di carattere generale, assunto per l'individuazione delle leggi speciali" (2).

C'è poi da rilevare che lo stato moderno, ed in particolare quello italiano, adotta una legislazione sempre più varia ed articolata in relazione alle differenti esigenze dei vari gruppi e fenomeni sociali "introducendo, proprio in considerazione della specialità presentata da ciascuno di essi, differenziazioni di trattamento, eccezioni, previsioni particolari"; si moltiplicano così "le leggi che sottraggono <...> intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina contenuta nei codici 'costituendo micro-sistemi con proprie ed autonome

me logiche” (3).

In un tale contesto l'uso del diritto comune, il far sì, cioè, che il fenomeno religioso non venga mai preso in considerazione per una normativa speciale, costituirebbe un'eccezione nei confronti di altre situazioni e fenomeni, ammessi senza difficoltà ad una normazione congrua ed adeguata alle loro esigenze.

Quello che vorrei sottolineare è che, ormai, l'ordinamento italiano rispecchia una società corporativa dove la funzione legislativa è condizionata ed è funzionale ai vari gruppi e alle società intermedie, che si sono autodeterminate e rappresentano, o vogliono rappresentare, gli interessi individuali e collettivi dei cittadini (4).

Le norme, in buona sostanza, sono il risultato di intese formali e informali tra gruppi contrapposti o tra gruppi e stato; esse si presentano tutte, o quasi, come leggi speciali, ma solo formalmente perché, in realtà, sono prive della relazione che avrebbe dovuto legarle ad un diritto generale.

Vorrei aggiungere, infine, un'ultima considerazione: il non tener conto dell'elemento religioso, della diversità religiosa, legata ai postulati teologici, determina una limitazione all'esercizio della libertà religiosa individuale e collettiva.

Si può certo dire che lo stato, pur applicando il diritto comune al fatto religioso, può temperarlo con alcune, poche, norme speciali emanate dietro specifiche intese, limitate a garantire per quanto possibile il rispetto di quelle regole religiose che sembrano essenziali ad assicurare la stessa libertà di culto in casi che il diritto comune non può provvedere e che, soprattutto, rivestono un interesse esclusivamente religioso e limitato al campo della sola libertà religiosa (5).

La normativa speciale dovrebbe prevedere solo quelle fattispecie che consentono qualcosa che è di vitale importanza per una confessione religiosa e che non presenta interesse per la società civile, è il caso della sepoltura perpetua per gli ebrei e la garanzia del rispetto del segreto confessionale per cattolici ed ortodossi.

Ma a questa normativa speciale, di cui i casi citati costituiscono degli esempi che certamente non esauriscono il quadro delle fattispecie possibili, relative ai diritti individuali di libertà religiosa, se ne devono necessariamente aggiungere altre connesse ai diritti collettivi, quali il riconoscimento delle persone giuridiche di entità i cui statuti rispecchino una struttura verticistica dell'organizzazione, rilevante in caso di conflitti interni, l'inviolabilità degli edifici di culto, il proselitismo, anche tramite mezzi pubblici di radiodiffusione, le azioni connesse all'organizzazione del culto: affissioni e collette

cui si può aggiungere la tutela di esigenze culturali relative a beni artistici e storici.

Fattispecie queste, tutte, che attengono alla libertà religiosa ed al suo esercizio e che oltrepassano il mero interesse individuale del cittadino fedele per assurgere ad esigenze di gruppo.

Non c'è dubbio che lo stato moderno si orienti verso una legislazione *laica*, nel senso che la normativa non sarà improntata alla morale della religione fatta propria, che porrà su di un medesimo piano di valenza ogni credo religioso, ogni opzione fideistica e non fideistica e che, pertanto, verranno meno tutte quelle norme proprie di uno stato confessionista e giurisdizionalista, volte, da un lato, a proteggere la religione di stato dai dissidenti interni ed esterni, dall'altro a difendere lo stato stesso, e la sua sovranità, dalla giurisdizione ecclesiastica; una legislazione, in sintesi, che da un lato escluderà ingerenze delle autorità politiche nella vita interna, organizzazione ed azione pastorale delle confessioni religiose, e, dall'altro, non darà rilevanza nell'ordinamento civile alle attività religiose, in quanto tali, se non come manifestazioni individuali e collettive dell'esercizio della libertà religiosa. La specialità della legislazione si rivolgerà allora o alla salvaguardia dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa, testé evidenziati, o anche all'elargizione di prestazioni a carattere positivo che vengono disposte, nello stato sociale odierno, abitualmente a favore delle altre realtà sociali (6).

Questa legislazione, in riferimento al primo aspetto, si configura nell'attribuzione di garanzie di spazi di libertà; in relazione alla seconda prospettiva si traduce in impegni più o meno specifici, da parte dello stato apparato, di apprestare i mezzi che possano facilitare il soddisfacimento delle esigenze religiose delle singole confessioni.

La garanzia della libertà, al pari di tutti i diritti dell'uomo di matrice illuminista, nasce, quale rivendicazione nei confronti del potere statale, quale *libertà di fare* che postula come correlazione un impegno dei pubblici poteri, in negativo, di astenersi dall'impedire l'esercizio di questa libertà (7).

In un secondo momento si passa da un diritto *solo formalmente* tutelato ad una libertà *sostanzialmente* garantita, all'essere messo in grado di fare, il che presuppone un'azione positiva dello stato-apparato che si fa garante dell'effettivo godimento dei diritti di libertà dei cittadini, quali ne siano le condizioni personali e sociali, mediante attività promozionali di vario tipo, rivolte ai singoli o alle collettività (8).

Credo che mentre per le prestazioni atte a facilitare il soddisfacimento delle esigenze religiose dei singoli e delle confessioni l'azione governativa

non sia vincolata da obblighi costituzionali, ma sia rimessa al gioco delle libere scelte politiche, per la riduzione degli spazi di libertà e per l'applicazione del principio d'uguaglianza, il legislatore sia tenuto a muoversi entro binari indicati dalla Costituzione, cioè dovrà attenersi alla dichiarata originalità ed indipendenza degli ordinamenti confessionali, alla rinuncia all'esercizio della giurisdizione unilaterale nei rapporti regolati da quegli ordinamenti; e, per converso, alla non recezione nel diritto statuale, di qualifiche o squalifiche confessionali; non dovrà ostacolare la libertà di professare qualsiasi credo religioso e la sua divulgazione; principî questi, tutti, che potranno essere derogati, in modo limitatissimo, e solo tramite accordo con i rappresentanti delle singole confessioni, sempre che non ledano i supremi principî dell'ordinamento costituzionale.

Gli accordi, le intese, hanno, in buona sostanza, il fine di garantire l'appagamento degli interessi religiosi dei singoli e delle confessioni, mettendo soprattutto queste ultime nelle condizioni di organizzare in modo adeguato la loro attività di culto, assistenza, proselitismo e tutela della loro tradizione culturale.

Se, come dicevo, con il diritto comune uno stato laico, democratico e pluralista offre, in linea di principio, ai singoli e ai gruppi confessionali le garanzie di libertà religiosa, in negativo, connesse all'impegno di non ostacolare l'esercizio di questa libertà, il sistema basato su accordi offre una protezione integrativa di quella data dal diritto comune, e, in sovrappiù, incidendo sulle modalità di esercizio delle facoltà connesse alla libertà di religione, può modificare o innovare parzialmente, come ben sintetizza Casuscelli, "il diritto comune sulla base di specifiche esigenze di una confessione verificabili nel vissuto delle esperienze ecclesiali che le sono proprie, ossia di fatto percepite e reclamate dalla comunità dei cittadini-fedeli" (9).

Si passa da un sistema garantista ad uno interventista per agevolare l'esercizio della libertà religiosa rimuovendo gli ostacoli d'ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza.

Così, ad es., si porranno delle leggi che metteranno il lavoratore dipendente o i soggetti inseriti in strutture segreganti in grado di soddisfare i propri bisogni spirituali; si permetterà la rilevanza degli obblighi religiosi sui doveri imposti dalla normativa statale generale, come nel caso delle obiezioni di coscienza, si consentirà di scegliere tra diverse opzioni nella scuola (insegnamento religioso o meno e di quale fede religiosa) o nel matrimonio (matrimonio secondo il diritto canonico cui attribuire gli effetti civili tramite la trascrizione, o solo celebrazione religiosa del matrimonio cui attribuire gli effetti civili tramite la trascrizione), si agevoleranno le contri-

buzioni volontarie dei fedeli o si destineranno quote di pubblico denaro a fini social-religiosi che potranno a scelta dei contribuenti essere gestiti dalle singole confessioni (in Italia lo 0,8%); si potrà permettere alle confessioni l'accesso gratuito ai mezzi radio-televisivi.

In questa logica si pone anche il problema degli aiuti pubblici alle scuole confessionali, considerate strumenti idonei a garantire il diritto allo studio, ad uno studio liberamente scelto in quanto conforme alle esigenze fideistiche dei singoli utenti.

In questo tipo di stato pluralista, democratico e sociale si contribuisce così positivamente al soddisfacimento dei bisogni religiosi dei singoli ed alle esigenze proprie dei gruppi confessionali.

L'ordinamento italiano democratico, pluralista e sociale ha optato per forme di intervento in positivo nei confronti dei bisogni religiosi individuali e collettivi, e se qualche confessione ritiene di non poter accettare o di non chiedere, per scelte d'ordine fideistico, benefici economici non sembra che si possa dire che da ciò scaturisca un'illegittima disparità di trattamento, giacché altrimenti si renderebbe una o più confessioni arbitre della condizione giuridica delle altre, in quanto ogni loro eventuale rinuncia determinerebbe automaticamente il carattere privilegiario di quelle norme che garantiscono, appunto, i diritti e prerogative oggetto di rinuncia (10).

2. La legislazione speciale, la regolamentazione *ad hoc* del fenomeno religioso, può avere in linea di massima tre finalità, che non si escludono a vicenda, ma che, anzi, possono costituire la *ratio* di una medesima norma.

Prima finalità è quella di garantire la piena libertà religiosa, sia come manifestazione di pensiero, sia come libertà di culto pubblico, sia come diritto di far opera di conversione e proselitismo, sia, anche, come facoltà di porre in essere da parte dei cittadini, alcuni comportamenti religiosamente motivati, contrastanti con le prescrizioni statali generali, sia che consistano in obblighi di non fare o addirittura di fare alcunché vietato agli altri. In questo caso i soggetti direttamente garantiti sono i cittadini nei loro bisogni spirituali individuali; l'organizzazione confessionale è garantita solo in modo indiretto. In altre parole ciò che viene tutelato non è direttamente l'interesse dell'istituzione confessionale, ma il bisogno spirituale dei cittadini-fedeli (11).

La seconda finalità è quella di garantire la libera ed autonoma organizzazione delle confessioni religiose; a questo fine viene data rilevanza, nell'ordinamento statale, ad interessi e situazioni giuridiche riferibili a norme confessionali.

Ciò significa, prima di tutto, considerare il diritto che regola le organizzazioni confessionali come originario, non derivato da quello statale, e riconoscere agli organismi confessionali l'esclusiva competenza a regolare la vita e i rapporti ecclesiali, senza dover rendere conto allo stato, fino a quando, ovviamente, non investano l'ordine dello stato stesso.

Ne segue il principio del riconoscimento della dipendenza organica degli enti ecclesiastici dall'organizzazione confessionale e della loro struttura gerarchica, e quella della tutela, in sede civile, del rapporto organico che lega i titolari, sia di uffici ecclesiastici, sia di speciali rapporti d'ordine interno, relativi all'assetto istituzionale della confessione (12).

In questa finalità possono esse ricomprese, a parer mio, anche quelle norme volte a procurare vantaggi economici alle confessioni stesse. Agevolare il reperimento di disponibilità finanziarie costituisce un'azione positiva dello stato-apparato che si fa garante dell'effettivo godimento dei diritti di libertà religiosa del cittadino-fedele mediante attività promozionali specificatamente di carattere finanziario in favore delle confessioni.

Rientra, infatti, nella logica dello stato sociale o interventista la positiva contribuzione al soddisfacimento dei bisogni religiosi propri e specifici dei gruppi confessionali, sia riconoscendo meritevoli di esenzioni fiscali i redditi destinati ad opere di religione o di culto, sia agevolando le contribuzioni dei fedeli.

La valorizzazione, poi, delle confessioni come formazioni sociali, funzionali alla piena realizzazione della persona umana, il loro riconoscimento come entità culturali depositarie di una tradizione culturale specifica, parte integrante della storia e della civiltà umana o momento aggregante di un popolo, l'essere, infine, le confessioni stesse, considerate come strumento di realizzazione e valorizzazione della vita sociale del cittadino-fedele, determina che lo stato debba necessariamente collaborare con esse al fine di tutelare i bisogni culturali, religiosi od etici di cui si fanno portatrici, e di tenerle presenti ogni qual volta si debbano regolare materie di interesse comune.

Terza finalità della normativa speciale è quella di garantire la sovranità dello stato contro le interferenze dirette o indirette delle organizzazioni confessionali, di tutelare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e i diritti fondamentali dei cittadini, la certezza dei rapporti giuridici, il patrimonio dello stato.

In questa logica va vista la richiesta che le norme degli statuti confessionali non contrastino con quelle dello stesso ordinamento giuridico statale (13).

3. La legislazione italiana relativa al fenomeno religioso, sia costituzionale che ordinaria, offre sicure garanzie al soddisfacimento dei bisogni spirituali dei cittadini. Per quanto concerne la libertà religiosa dei singoli, oltre all'art. 19 della Costituzione vanno ricordate le norme relative all'assistenza spirituale nelle forze armate e corpi assimilati, nei luoghi di cura e di riposo, nei penitenziari - l'assistenza religiosa nelle strutture segreganti è funzionale all'esercizio della religione - e quelle concernenti la tutela penale del sentimento religioso, intese ad evitare la lesione di un bene ideale (14), quale si presenta la dottrina religiosa per i propri fedeli.

Relative alla libertà religiosa collettiva sono quelle disposizioni come gli art. 7, 8 e 20 della Costituzione che garantiscono l'auto-organizzazione confessionale ed il divieto di trattamento *in peius* per gli enti ecclesiastici a qualsiasi religione appartengano; a queste vanno aggiunte altre norme d'ordine amministrativo o tributario volte a garantire in concreto le organizzazioni confessionali e a procurare vantaggi e privilegi fiscali, spesso con l'assimilazione agli enti morali.

Lo stato considera le confessioni religiose come competenti esclusive per la funzione normativa, organizzativa e giudiziaria interna, sempre che non violino i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e i diritti fondamentali dei cittadini.

Questo determina, come necessaria e imprescindibile conseguenza, l'insindacabilità dei provvedimenti confessionali; si vieta, in sostanza, il ritorno ad istituti di matrice giurisdizionalista, quali l'appello *ab abusu*, e, da parte delle autorità confessionali, al tempo stesso, si esclude il ricorso allo stato per l'esecuzione dei loro provvedimenti, con l'utilizzo dell'ormai inapplicabile *braccio secolare*.

La dottrina considera, come dicevo, le confessioni religiose come formazioni sociali nell'ambito delle quali si svolge la personalità individuale e tiene come punto di riferimento il primato degli interessi umani e spirituali sugli apparati istituzionali, il che determina che il diritto ecclesiastico, il diritto cioè che studia la rilevanza giuridica del fatto religioso, si presenti come studio della *legislatio libertatis* (15).

4. Accanto alle norme relative alla libertà religiosa deve essere posto il principio d'uguaglianza di cui agli articoli 3 e 8, I comma della Costituzione.

Con la prima norma si esclude che la professione o meno di una qualsiasi religione possa essere assunta dal legislatore ordinario come criterio di discriminazione dei diritti dei singoli.

L'art. 8, I comma, precisa che ogni confessione religiosa gode di assoluta parità di trattamento per tutte le attività garantite dalla Costituzione e "perciò estende in questi termini nei confronti di tutti i gruppi sociali con scopo di religione o di culto - organizzati o non - la norma di eguaglianza 'senza distinzione di religione' dettata dall' art. 3, I comma, a tutela della parità sociale e giuridica dei singoli cittadini (16).

Accanto a queste norme vanno considerati anche gli articoli 7 e 8, II e III comma, relativi al rapporto stato-confessioni, da cui si evidenzia una struttura corporativa che prescinde da un'uguaglianza della legge, tali articoli non vietano al legislatore di effettuare in *modo ragionevole* le discriminazioni occorrenti per disciplinare situazioni diverse.

Il primo principio, divieto di discriminazioni a motivo della scelta religiosa, di matrice illuminista, si ricollega all'avversione nei confronti dei privilegi, di tutte quelle situazioni di favore che non trovano giustificazione se non nell'arbitrio e nella discrezionalità di chi esercita la funzione legislativa; il secondo, legittimità di situazioni giuridiche differenziate, è funzionale ad un ideale di giustizia i cui motivi informativi e determinanti vanno ricercati in più elementi, la *p o n d e r a t a* combinazione dei quali determina il *principio di ragionevolezza*, sintesi di diritto e di bisogni diversi per natura e quantità.

Lo stesso art. 3 della Costituzione propone il superamento dell'uguaglianza formale ed invita il legislatore e l'esecutivo a far sì che non pongano in essere solo comportamenti astensivi, impedienti l'esercizio della libertà, ma rimuovano quegli ostacoli che ne limitano il pieno ed effettivo esercizio.

Questa azione può consistere sia nel liberare da vincoli e costrizioni solo determinati soggetti o concedere loro risorse più abbondanti che ad altri, aiutando, così, singoli e gruppi più deboli per situazioni di fatto esistenti.

L'aiuto in positivo può evitare che il livellamento di posizioni si risolvesse in compressione di libertà, giacché spesso una possibilità di azione, uno spazio di libertà, corrispondente al soddisfacimento di un bisogno, può realizzarsi solo con il riconoscimento della diversità.

5. Ne consegue che in uno stato laico e pluralista, sensibile alle esigenze dei singoli e dei gruppi sociali funzionali allo sviluppo della personalità del cittadino, si rinunci ad una legislazione unilaterale, sia pure frutto di una scelta politica, nata da un libero dibattito di idee, per preferire una normativa di tipo contrattuale, tale da garantire le soggettività diverse, da mettere in evidenza i caratteri e i bisogni che esigono una disciplina speciale.

Esigenze di uguaglianza e di particolarità determinano una legislazione speciale le cui eccezioni al principio di uguaglianza sono vincolate da altri principi: l'esistenza di un motivo indicato nella Costituzione stessa e soprattutto il principio di ragionevolezza, che sintetizza e riassume le esigenze singolari in riferimento all'unità ed alla coerenza di tutto l'ordinamento giuridico.

Quest'ultimo principio è legato all'accertamento dei fini essenziali della legge e impone una valutazione sulla coerenza della singola disposizione col fine giuridico oggettivamente riconoscibile che la norma stessa intende perseguire.

Una volta individuato questo fine, esso diviene misura della congruità dei mezzi utilizzati per il suo perseguimento.

In base a ciò si giustificano e si tutelano situazioni oggettive in cui sia riconoscibile un'uguaglianza di fatto, ammettendo un trattamento diversificato in relazione a situazioni oggettivamente diverse.

Va rilevato, però, anche in considerazione di quanto detto, che, quando la legge tratta in modo diverso le confessioni religiose, tale disparità non potrà importare una differenziazione dei singoli nella dignità sociale e nei diritti di cui all'art. 3, I comma della Costituzione, ovvero potrà essere in contrasto con il II comma del medesimo articolo perché impedisce, anziché agevolare, il pieno sviluppo della persona umana.

Non c'è, insomma, violazione del principio d'uguaglianza quando il trattamento differenziato non tocca il patrimonio giuridico dei singoli; e le confessioni religiose, intese, come formazioni sociali, pur trattate in modo differente, possono adempiere pienamente la funzione di sviluppo della personalità dell'uomo-fedeale.

Il patrimonio giuridico dei singoli può sintetizzarsi nella facoltà di professare la fede in forma individuale e associata, esercitare il culto in privato e in pubblico, far propaganda religiosa, corrispondere con altri in modo libero e riservato, riunirsi con altri a scopo di culto, fondare associazioni col fine di religione e di culto, aderire a quelle esistenti, esercitare, infine, tutti i diritti garantiti dalla Costituzione in funzione dell'esercizio della libertà religiosa.

L'art. 7, II comma e l'art. 8, III comma, col prevedere una diversa legislazione concordata, sia con la Chiesa cattolica sia con le altre confessioni religiose, implicano la possibilità di legittime differenziazioni normative.

Ricordo qui le principali fonti pattizie.

La normativa relativa alla Chiesa Cattolica è contenuta principalmente nella *Legge di esecuzione* degli Accordi di Villa Madama con la Santa

Sede del 25 Marzo 1985, n. 121 e nella legge del 20 Maggio 1985, n. 222, relativa al patrimonio ecclesiastico e sostentamento del clero.

La normativa relativa alla Chiesa Valdese è contenuta nella *legge di approvazione* dell'intesa con la Tavola Valdese del 11 Agosto 1984, n. 449, modificata dalla *legge di approvazione* di una successiva intesa, con la stessa Tavola Valdese, del 5 Ottobre 1993, n. 409, relativa alla partecipazione alla ripartizione della quota 0,8%.

La normativa relativa alla Chiesa Cristiana Avventista è contenuta nella *legge di approvazione* dell'intesa con l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno del 22 Novembre 1988, n. 516.

La normativa relativa alle Assemblee di Dio in Italia (Pentecostali) è contenuta nella *legge di approvazione* dell'intesa con le Assemblee di Dio in Italia del 22 Novembre 1988, n. 517.

La normativa relativa alle Comunità Ebraiche è contenuta nella *legge di approvazione* dell'intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane dell'8 Marzo 1989, n. 101.

La normativa relativa alla Chiesa Battista è contenuta nella *legge di approvazione* dell'intesa con l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia (UCEBI) del 12 Aprile 1995, n. 116.

La normativa relativa alla Chiesa Luterana è contenuta nella *legge di approvazione* dell'intesa con la Chiesa Evangelica Luterana in Italia (CELI) del 29 Novembre 1995, n. 520.

Per tutte le altre confessioni religiose presenti in Italia opera la Legge 24 Giugno 1929, n. 1159, <Legge unilaterale> *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*.

NOTE

1) F. ONIDA, *La tutela dell'eguaglianza e della libertà religiosa nel separatismo e nel sistema delle intese fra Stato e confessioni religiose nello stato democratico*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 676 ss.; cfr. anche F. ONIDA, *L'alternativa del diritto comune*, in *Il dir. eccl.*, 1993, I, p. 895 ss.

2) C. MIRABELLI, *Osservazioni conclusive*, in *Le intese tra Stato e confessioni religiose, Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 160.

3) P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 40.

4) F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, 1984, p. 26.

5) F. ONIDA, *Intervento*, in *Le intese cit.*, p. 164.

6) MONETA, *Stato sociale cit.*, p. 41-42 e 49.

7) A. VITALE, *Riflessioni preliminari per uno studio sugli interessi religiosi*, in *Studi*

in memoria di Mario Condorelli, I, Milano, Giuffr , 1989, p. 1255.

8) P. BELLINI, *Libert  dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei*, in P.B., *Libert  e dogma*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 106-107.

9) G. CASUSCELLI, *Libert  religiosa*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli* cit., p. 333.

10) C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose, Il regime pattizio*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 137.

11) V. PARLATO, *Legislazione statale in materia religiosa e normativa pattizia*, in *Il dir. eccl.*, I, 1984, p. 598-602.

12) O. FUMAGALLI CARULLI, *Societ  civile e societ  religiosa di fronte al concordato*, Milano, Vita e pensiero, 1980, p. 253.

13) Su tutta la tematica cfr. V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche, I contenuti*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 28-30.

14) La tutela penale non   vista come tutela della religione dello stato, ma come tutela del sentimento religioso dei cittadini-fedeli.

15) R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico, Valori religiosi e societ  civile*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 13.

16) F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 126.

PAOLO PASCUCCI

*LA LIBERTA' DI CIRCOLAZIONE DEI PUBBLICI DIPENDENTI
IN AMBITO COMUNITARIO*

SOMMARIO: 1. Il vincolo di cittadinanza nell'art. 48.4 Tratt. - 2. La natura della nozione di «impiego nella pubblica amministrazione». - 3. Irrilevanza della natura giuridica del rapporto di impiego. - 4. Lettura «organica» o «istituzionale» dell'art. 48.4. - 5. Lettura «funzionale» dell'art. 48.4 Tratt. - 5.1. La nozione di *puissance publique* e di interessi generali. - 5.2. Presunti limiti all'applicazione del principio. - 6 La casistica giurisprudenziale sull'art. 48.4. - 7. Considerazioni conclusive: l'attuazione dell'art. 48.4 nell'ordinamento italiano.

1. La libera circolazione dei lavoratori in ambito comunitario, sancita dall'art. 48 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (nonché dai Regolamenti 15 ottobre 1968, n. 1612 e 14 giugno 1971, n. 1407), incontra un limite nel n. 4 della stessa disposizione, che esclude dal proprio campo di applicazione gli «impieghi nella pubblica amministrazione». La norma sembra quindi accogliere un principio tradizionalmente presente in tutti i singoli ordinamenti nazionali, che riservano gli impieghi pubblici ai propri cittadini (1) (Pocar, 1983: p. 46) in ossequio ad un'esigenza di «devozione e lealtà» (Benedettelli, 1983: p. 366), ma, indirettamente, anche come misura protezionistica del proprio mercato del lavoro (Mancini, 1989: p. 25; Roccella-Treu, 1992: p. 112).

Peraltro, tranne in rari casi, nelle stesse norme costituzionali non v'è traccia della fondamentale distinzione tra gli impieghi pubblici a seconda che implichino o meno l'esercizio di potestà pubbliche, tanto che non è sempre agevole individuare il fondamento delle stesse eccezioni al principio della cittadinanza che talvolta vengono previste (2).

Talora, però, il principio del necessario possesso della cittadinanza per l'accesso a qualsivoglia impiego pubblico incontra qualche temperamento già a livello costituzionale. E' il caso della Costituzione della Repubblica portoghese del 25 aprile 1976, la quale, nel disporre che «tutti i cittadini hanno il diritto di accesso, in condizioni di uguaglianza e libertà, alle funzioni pubbliche» (art. 48, co. 4), precisa che «gli stranieri ed apolidi che si trovino o risiedano in Portogallo godono dei diritti e sono soggetti ai doveri del cittadino portoghese», fatta eccezione, fra l'altro, per «l'esercizio delle funzioni pubbliche che non abbiano carattere predominantemente tecnico» (art. 15). La riserva ai cittadini delle sole funzioni pubbliche più rilevanti è confermata dallo stesso art. 15, co. 3, secondo cui neppure ai cittadini dei paesi di lingua portoghese, solitamente parificati ai cittadini, possono

essere riconosciuti l'accesso alla titolarità degli organi di sovranità e delle regioni autonome, il servizio nelle forze armate e la carriera diplomatica.

Questo riferimento alle funzioni pubbliche con carattere predominantemente tecnico rappresenta un segnale di come la monolitica concezione dell'impiego pubblico possa essere incrinata adottando un'ottica di tipo essenzialmente funzionale che consenta di salvaguardare gli interessi statuali mediante il vincolo di cittadinanza soltanto in quei casi in cui ciò sia davvero necessario. D'altra parte, se ciò può valere per un singolo ordinamento statale, a maggior ragione deve valere per una comunità di Stati che ha assunto la mobilità dei lavoratori nel proprio ambito come principio cardine, abolendo, a tal fine, il vincolo di cittadinanza; cosicché, ogni deroga al criterio fondamentale, quale è quella di cui all'art. 48.4 Tratt., non può che essere interpretata quanto più limitatamente, come effettivamente ha fatto la Corte di giustizia delle Comunità europee nella progressiva elaborazione del proprio orientamento sulla suddetta disposizione (3).

2. L'accertamento della reale portata della deroga di cui all'art. 48.4 Tratt. presuppone un'indagine sulla natura e sul significato della nozione di «impiego nella pubblica amministrazione».

Lo stesso Parlamento europeo (4) ha rilevato, da un lato, come l'art. 48.4 possa «essere applicato ad ogni impiego che venga considerato da uno Stato membro come servizio pubblico, indipendentemente dal tipo di attività svolta nell'ambito di questo impiego»; dall'altro lato, ha però precisato che «lo scopo probabile dell'art. 48.4 è quello di riservare ai propri cittadini l'esercizio effettivo dei poteri pubblici», auspicando quindi che gli Stati membri limitino l'applicazione dell'art. 48.4 ai soli impieghi implicanti l'esercizio di pubblici poteri.

Il contrasto tra quanto affermato e quanto auspicato in questo parere consultivo si è immediatamente riverberato nel dibattito sull'interpretazione dell'art. 48.4 apertosi intorno alla metà degli anni settanta, nel quale si sono subito contrapposti due orientamenti: uno, sostenuto dai singoli Stati membri, ispirato ad una visione «organico-istituzionale» ancorata agli ordinamenti nazionali; l'altro, patrocinato dalla Commissione delle Comunità europee ed accolto dalla Corte di giustizia, fondato invece su di una lettura della norma, nella cornice del diritto comunitario, in chiave esclusivamente «funzionale».

In particolare, sulla natura della nozione di «pubblica amministrazione», dal momento che il Trattato non la definisce e che la Comunità non ha una propria organizzazione statale ma si basa su quelle dei Paesi membri,

si è sostenuto che non ci si può esimere da «un'interpretazione basata sulla nozione e sul concetto nazionali di pubblica amministrazione» (Osservazioni Governo tedesco, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 156-157) (5).

Per converso, pur riconoscendosi che la nozione di «impiego nella pubblica amministrazione» può, *lato sensu*, essere definita soltanto in relazione alla situazione giuridica nazionale, si è obiettato che essa «può formularsi ed intendersi soltanto in maniera unitaria e nella prospettiva del diritto comunitario», giacché si tratta di «una definizione autonoma, coniata dal Trattato, il cui contenuto dev'essere determinato essenzialmente in relazione alle esigenze del diritto comunitario, e basarsi solo in via subordinata su criteri nazionali». Con la conseguenza che solo il limite all'applicazione dell'art. 48.4 auspicato dal Parlamento europeo «risponde ai principi basilari e agli obiettivi del Trattato» (Osservazioni Commissione, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 158).

Un'interpretazione dell'art. 48 basata sulla supremazia della sovranità degli Stati contrasta con gli obiettivi e lo spirito della Comunità giacché, nei settori in cui i poteri statali sono stati trasmessi ad organi comunitari, «la preminenza, l'efficacia diretta e la necessità di applicazione uniforme delle norme sancite da questi organi non possono conciliarsi con i canoni interpretativi che consentono a ciascuno Stato membro di plasmare, *ad libitum*, e cioè di estendere o limitare, la portata di queste norme comunitarie» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 168-169) (6).

Pertanto, alla libertà di ogni Stato membro di definire, al proprio interno, la struttura e gli ambiti della propria organizzazione amministrativa non può corrispondere, sul piano comunitario, un suo diritto di limitare l'effettiva rilevanza del principio della libera circolazione dei lavoratori (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 168-169).

D'altronde, consentire che i singoli Stati membri definiscano da soli il contenuto della nozione in oggetto «significherebbe attribuire agli obblighi che li astringono in forza del principio di libera circolazione una rilevanza diversa da Stato a Stato e così togliere al Trattato buona parte del suo effetto utile» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1730).

3. La sottrazione del concetto di «pubblica amministrazione» ai canoni nazionali e la sua riconduzione nell'alveo del diritto comunitario

comporta che, ai fini dell'interpretazione dell'art. 48.4, risultino assolutamente irrilevanti sia il regime giuridico del servizio in oggetto sia la natura giuridica del rapporto di impiego o lavoro.

Quanto al primo aspetto, il fatto che il servizio pubblico sia svolto da un'amministrazione statale e che, quindi, rientri formalmente nell'ambito della pubblica amministrazione, non costituisce un elemento determinante, giacché ciò che conta è che i posti relativi a tale servizio abbiano attinenza con gli interessi nazionali in considerazione dei quali è stata prevista l'eccezione di cui all'art. 48.4 (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 171) (Gaja, 1973: p. 63).

Per altro verso, accanto a quelle funzioni che rientrano nel principio classico di amministrazione statale (la giustizia, la difesa, la polizia, l'imposizione e la riscossione dei tributi), gli Stati moderni assumono anche responsabilità di carattere economico e sociale ovvero partecipano ad attività non equiparabili alle funzioni tipiche della pubblica amministrazione e che, data la loro natura, rientrano senz'altro nel campo di applicazione del Trattato, come nel caso degli enti pubblici economici, (Mengoni, 1970: p. 182; Maestripieri, 1970: p. 25; Levi Sandri, 1974: p. 391). Estendendo l'eccezione di cui all'art. 48.4 ai posti che, pur dipendendo dallo Stato o da altri enti pubblici, non implicano tuttavia alcuna partecipazione a compiti spettanti alla pubblica amministrazione propriamente detta, si sottrarrebbe all'applicazione dei principi del Trattato un numero rilevante di posti e si creerebbero disuguaglianze fra gli Stati membri, date le disparità che caratterizzano l'organizzazione dello Stato e quella di determinati settori della vita economica (*Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, pp. 3900-3901).

Più delicato si rivela il problema relativo alla natura giuridica del rapporto di impiego, rispetto al quale sono state prospettate soluzioni che, se si rivelano divergenti in ordine al caso concreto, in realtà finiscono per suffragare entrambe soltanto la «tesi istituzionale».

Così si sostiene che l'art. 48.4, «sia letteralmente, sia letto nel contesto normativo in cui si inserisce», si riferirebbe soltanto a quei rapporti (pubblicistici) con cui il dipendente si inserisce nella pubblica amministrazione e ne viene a far parte, essendo ben diversa la situazione di un dipendente assunto da un ente pubblico con contratto di natura privatistica (Osservazioni Governo italiano, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 157-158). Da un altro versante si replica che la natura giuridica del rapporto di impiego non può assumere alcuna rilevanza: la norma non contiene alcun elemento di differenziazione relativo allo stato giuridico dell'impiegato,

contemplando solo l'attività del datore di lavoro; il fatto che l'impiegato sia stato assunto con un contratto di diritto privato non impedisce che egli sia integrato nella pubblica amministrazione, di cui fa quindi parte alla stessa stregua di un dipendente di ruolo (Osservazioni Governo tedesco, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 157).

Entrambe le opinioni conducono ad una visione formalistica, suffragando, ancorché in modi diversi, la «tesi istituzionale». Infatti, nel primo caso, alla «limitazione» del campo di applicazione della norma soltanto ai pubblici impiegati, fondata sulla tradizionale teorica del «rapporto organico», non corrisponde alcuna limitazione rispetto alle funzioni effettivamente esercitate. Nel secondo caso, l'affermata irrilevanza della natura giuridica del rapporto, senza però alcuna precisazione in ordine al profilo funzionale, finisce per allargare le già ampie maglie della pubblica amministrazione intesa secondo un criterio nazionale, aumentando così il numero di rapporti che si vogliono sottrarre al principio della libera circolazione.

Viceversa, l'irrilevanza della natura giuridica del rapporto ai fini dell'applicazione dell'art. 48.4 (*Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 163) ha senso soltanto se viene commisurata ad un aspetto funzionale. Se «l'eccezione contemplata dall'art. 48, n. 4, trova senza dubbio applicazione, in linea di massima, nei confronti dei dipendenti di ruolo, il cui specifico stato giuridico trova la sua precipua ragion d'essere nel fatto che essi sono generalmente investiti di attribuzioni che rientrano nell'esercizio dei pubblici poteri», tuttavia, anche «dei dipendenti assunti a contratto, che non si giovano d'uno stato giuridico di diritto pubblico, possono del pari essere investiti di tali attribuzioni» (Osservazioni Commissione, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 160).

Ma la questione della natura giuridica del rapporto viene in causa anche sotto un altro profilo più generale, giacché si è prospettato che la nozione di «lavoratore» di cui all'art. 48 debba essere interpretata in senso restrittivo, escludendo i pubblici dipendenti e ricomprendendovi soltanto i lavoratori (privati) la cui prestazione è connessa ad un'attività economica ex art. 2 Tratt. (Osservazioni Land Baden-Württemberg, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2131). Tuttavia, se così fosse, la previsione di cui all'art. 48.4 risulterebbe del tutto pleonastica. Inoltre, va considerato che, a prescindere dal problema della partecipazione del datore di lavoro alla vita economica, lo scambio dell'attività lavorativa contro la retribuzione si presenta senz'altro per il lavoratore come parte della vita economica e ciò vale anche per il lavoratore pubblico (Conclusioni Avv. gen. Lenz, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2133) (De Felice, 1991: pp. 335-336) (7).

4. A favore della lettura organico-istituzionale dell'art. 48.4 sono stati addotti anche argomenti di ordine testuale. Parlando soltanto di «pubblica amministrazione», la norma non distinguerebbe, nell'ambito di questa, fra settore e settore o fra funzione e funzione (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1728). Sempre sul piano letterale, la norma si riferisce «agli impieghi» e non già a «determinati impieghi» nella pubblica amministrazione (Osservazioni Governo tedesco, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3895).

D'altro canto, il carattere generale dell'eccezione di cui all'art. 48.4 con conseguente riferimento all'intera «istituzione» e non alle sole «funzioni», sarebbe confermato dal fatto che, altrimenti, la stessa norma potrebbe apparire superflua rispetto al precedente n. 3 che contempla già delle limitazioni che possono avere le stesse conseguenze dell'eccezione basata sul criterio funzionale. Inoltre, a favore della portata generale della predetta deroga deporrebbe anche la differenza fra la lettera dell'art. 48.4 e quella del successivo art. 55, co. 1 (Osservazioni Governo francese, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3896): quest'ultimo, prevedendo una deroga al diritto di stabilimento nel caso di attività a cui è connesso l'esercizio di poteri pubblici, si riferirebbe ad un concetto funzionale, contrariamente all'art. 48 che, parlando di «pubblica amministrazione», si rifarebbe ad un concetto essenzialmente istituzionale. Nulla avrebbe impedito al legislatore del Trattato di usare nell'art. 48 la stessa formula utilizzata nell'art. 55, dovendosi così interpretare la sua diversa scelta nel senso che egli ha inteso attribuire all'eccezione dell'art. 48 una portata non limitata esclusivamente all'«esercizio dei pubblici poteri» (Osservazioni Governo belga, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3888).

A diverse valutazioni si può peraltro pervenire mediante una lettura più attenta delle due norme che, nonostante la loro diversa formulazione letterale, tendono ad attuare lo stesso principio generale della libera circolazione delle persone in ambito comunitario, dovendosi pertanto interpretare le deroghe in esse contenute nello stesso senso restrittivo. Il loro diverso tenore testuale può spiegarsi proprio in ragione delle differenti categorie dei loro destinatari: mentre l'art. 48 si riferisce ai lavoratori subordinati che possono muoversi per occupare posti nella pubblica amministrazione a cui è intrinseco l'esercizio dei pubblici poteri, l'art. 55 riguarda i lavoratori autonomi che si stabiliscono all'estero per esercitare una professione necessariamente privata, ma suscettibile di comportare un analogo esercizio (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, pp. 1730-1731; Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Commissione c. Regno del*

Belgio, 17.12.80, p. 3915)(8). Ora, mentre nel novero delle attività dipendenti di cui all'art. 48, la categoria degli impieghi nella pubblica amministrazione implica molto spesso l'esercizio di detti poteri, viceversa, nell'ambito delle professioni indipendenti di cui all'art. 55, l'esercizio dei pubblici poteri costituisce un'attività del tutto eccezionale che rende quindi necessaria la relativa precisazione (Osservazioni Commissione, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3890; *contra*, Osservazioni Governo del Regno Unito, *ibidem*, p. 3893).

Col che appare difficilmente sostenibile che l'assenza nell'art. 48 del riferimento testuale alle «attività che (...) partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri» dimostri la maggiore ampiezza della deroga in esso prevista rispetto a quella sancita dall'art. 55 (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, pp. 1730-1731) (De Felice, 1991: p. 348).

5. L'operazione di interpretazione restrittiva fin qui descritta conduce inevitabilmente a leggere l'art. 48.4 in chiave esclusivamente «funzionale».

A ciò induce, innanzitutto, la *ratio* della norma. Infatti, con l'eccezione di cui al n. 4, gli autori del Trattato hanno inteso «consentire agli Stati di riservare ai propri cittadini quei posti pubblici che pongono i loro titolari nelle condizioni di partecipare direttamente all'esercizio dei pubblici poteri o (...) di servirsi delle prerogative dei pubblici poteri nei confronti dei singoli» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 169-170).

Senonché, un'interpretazione troppo rigida basata sul principio della «partecipazione ai pubblici poteri» rischia di trascurare il fatto che, attualmente, molte funzioni che non implicano l'uso diretto delle prerogative proprie del diritto amministrativo debbono, nondimeno, per motivi di sicurezza interna o difesa, essere riservate ai cittadini. Il che comporta la necessità di procedere per approssimazioni successive e di evitare di prender per buona, una volta per tutte, un'interpretazione troppo rigida che difficilmente potrebbe adattarsi a situazioni molto diverse (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 170).

Occorre allora richiamarsi a criteri materiali, relativi alle attribuzioni proprie del posto occupato nell'amministrazione ed alle attività realmente svolte dal titolare del posto stesso. Perché questi possa rientrare nell'eccezione prevista dall'art. 48.4 è necessario che detenga un potere di decisione nei confronti dei singoli oppure che la sua attività attenga agli interessi nazionali od in particolare a quelli che riguardano la sicurezza interna od

esterna dello Stato (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, pp. 171-172).

Per dirla con la Corte, l'art. 48.4 «pone fuori dal campo di applicazione dei tre primi numeri di questo stesso articolo un complesso di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche» come le «amministrazioni comunali» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1851). «Posti del genere presuppongono infatti, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3900).

Come si vede, il criterio alla cui stregua valutare l'impiego è di tipo materiale, giacché si fonda sulle funzioni che caratterizzano il posto. Tuttavia, affinché possa realizzarsi la deroga in esame, dette funzioni debbono presentare entrambi i requisiti indicati e, quindi, debbono sia importare partecipazione all'esercizio dei poteri pubblici sia mirare a tutelare gli interessi generali dello Stato e degli altri enti minori (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1730). Peraltro, sulla base del fatto che gli «interessi generali dello Stato» rappresentano un criterio distinto da quello dell'«esercizio di poteri pubblici», non manca chi ritiene improbabile che la Corte abbia inteso richiedere la concorrenza di entrambi i criteri (Gaja, 1984: p. 142).

5.1. La Corte non dice che cosa debba intendersi per «esercizio dei pubblici poteri» (*puissance publique*). Tuttavia, molti segnali lasciano intendere che essa accolga la definizione secondo cui tali poteri rappresentano «l'incamazione della sovranità dello Stato» e, in quanto tali, consentono «ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi a cui i privati debbono sottomettersi» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Reyners c. Regno del Belgio*) (9). Affinché possano essere riservate ai soli cittadini, non è allora sufficiente che le mansioni di un determinato impiego «perseguano direttamente fini pubblici influenzando sulla condotta o sull'azione dei privati», ma occorre altresì che si traducano «in atti di volontà che s'impongano ai privati nel senso di pretendere l'obbedienza o, se non obbediscono, di costringerli a conformarsi» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1732). In altri termini, si deve trattare di attività *iure imperii* e non di quella *iure gestionis* che si svolge tramite «attività materiali e manife-

stazioni di volontà non autoritative bensì paritetiche, improntate, come le relazioni tra privati, al principio del consenso» (Traina, 1991: p. 368).

La nozione di *puissance publique* così intesa si riferisce non già all'attività dell'ente, bensì alla competenza del funzionario. Se così non fosse la riserva della cittadinanza si imporrebbe anche per i posti di basso livello di qualsiasi ente dotato di potestà di imperio. D'altronde, ammettendo che la deroga alla libera circolazione può essere giustificata dalla partecipazione anche indiretta ai pubblici poteri, la Corte non ha inteso riferirsi a posti «comportanti lo svolgimento di attività preparatorie o ausiliarie all'esercizio di poteri imperativi», ma ha voluto alludere ai posti caratterizzati dall'esercizio di poteri decisionali in enti che, «pur mancanti di poteri autoritativi, svolgono attività in cui vengono in gioco particolari interessi dello Stato» (Traina 1991: pp. 369-370).

Riguardo al secondo requisito indicato dalla Corte, il termine «interessi generali», lungi dal sottintendere una distinzione tra gli interessi riferibili all'intera comunità e quelli relativi a collettività minori, non può neppure essere completamente identificato con quello di «interessi pubblici» che finirebbe per ricomprendere nella deroga in esame praticamente tutti gli impieghi pubblici. Viceversa, la nozione di «interessi generali» corrisponde a quella di «interessi pubblici particolarmente qualificati» o di «interessi supremi», tali da giustificare la preclusione ai non cittadini di impieghi che non potrebbero esser loro sottratti in forza del solo criterio dell'esercizio di pubblici poteri (Traina, 1991: p. 371).

Pur nella impossibilità di elencare tutti gli impieghi che presentino entrambe le caratteristiche, non v'è dubbio che rientrino in questo ambito «gli impieghi a cui ineriscono la potestà di polizia, di difesa dello Stato, di giurisdizione e di accertamento tributario» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1732).

5.2. Per altro verso, l'esercizio dei pubblici poteri, pur se saltuario, deve avvenire in circostanze di normalità (Gaja, 1984: pp. 142-143): si deve quindi escludere che il problema dell'ammissione del personale straniero vada considerato in relazione all'eventualità dell'insorgere di situazioni eccezionali di pericolo per la sicurezza dello Stato, come in caso di guerra o di mobilitazione (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1852). Tali ipotesi esulano dall'art. 48.4 e possono semmai trovare soluzione nel numero precedente della stessa disposizione (Replica Commissione, *Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1849).

Del pari, l'applicazione della norma non può essere limitata neppure

da eventuali problemi che possano presentarsi in ordine alla progressione in carriera. Si è infatti rilevato che un non cittadino assunto ad un impiego permanente il cui titolare abbia «vocazione alla carriera» non potrebbe essere promosso al posto superiore ove quest'ultimo importasse esercizio di pubblici poteri, creandosi così, ancorché a posteriori, una disparità di trattamento. D'altra parte, la flessibilità della distribuzione dei compiti rappresenta una caratteristica della pubblica amministrazione al punto che le mansioni e le responsabilità di un impiegato possono mutare non soltanto in caso di promozione, ma anche in caso di riorganizzazione dello stesso ufficio o di un diverso ufficio di pari grado (Osservazioni Governi francese, tedesco e del Regno unito, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80; Osservazioni Governo francese, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1728 e 1732).

Si è così prospettato di giustificare in partenza l'esclusione «dell'entrata in una carriera che implichi normalmente l'accesso ad un posto di responsabilità (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3917), ma si tratta di un rimedio «che va oltre quanto è necessario per garantire l'osservanza degli scopi perseguiti» dall'art. 48.4 (*Commissione c. Regno del Belgio*, 17.12.80, p. 3904) e che darebbe luogo a trattamenti discriminatori ancor più intollerabili. D'altra parte, come si è visto, «il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di riservare ai propri cittadini, nell'ambito di una determinata carriera, i posti che implicino la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri o alla tutela degli interessi generali dello Stato» (*Commissione c. Repubblica italiana*, p. 2639). Naturalmente, nell'attuazione di quelle pur inevitabili discriminazioni, occorre rispettare i principi fondamentali del diritto comunitario e, in primo luogo, il principio di proporzionalità che esige un loro contenimento «entro i limiti imposti dall'esigenza di salvaguardare gli interessi generali dello Stato» (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1732).

Le discriminazioni relative alla carriera sono le uniche che la norma autorizzi. Dal momento che essa opera solo in riferimento all'«accesso a determinate funzioni nella pubblica amministrazione, senza tuttavia escludere dal trattamento comunitario coloro che gli Stati membri abbiano cionondimeno ammesso a tali funzioni» (*Echternach e Moritz c. Ministero olandese dell'istruzione e delle scienze*) (10), non possono giustificarsi «discriminazioni in materia di retribuzione o di altre condizioni di lavoro nei confronti di lavoratori già entrati al servizio dell'amministrazione»: «l'avvenuta assunzione dimostra infatti, di per se stessa, che non sono in causa gli interessi in difesa dei quali l'art. 48.4 consente di derogare al principio di non-

discriminazione» (*Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 162; *Commissione c. Repubblica italiana*, p. 2639; *Alluè e Coonan c. Università degli studi di Venezia*, p. 168).

6. Applicando i principi esposti in precedenza, la Corte di giustizia ha individuato gli impieghi che rientrano nella deroga di cui all'art. 48.4 e quelli che ne sono esclusi.

In ragione dei compiti e delle responsabilità che vi sono connesse, fra i primi vanno ricompresi alcuni posti presso amministrazioni comunali belghe: «ispettore capo dell'ufficio tecnico», «ispettore capo», «ispettore dei lavori», «ispettore degli inventari» e «guardiano notturno» (11), «architetto» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1852).

Viceversa, rientrano nel principio generale della libera circolazione, innanzitutto, una serie di posti presso società ferroviarie belghe: «addetto allo smistamento», «caricatore», «conduttore», «posatore di binari» e «segnalatore», «addetto alle pulizie degli uffici», «manovale imbianchino», «aiuto guarnitore», «operaio addetto alla manutenzione delle batterie», «preparatore di sezioni», «preparatore di indotti», «guardiano notturno», «addetto alle pulizie», «addetto alla mensa», «manovale d'officina». Lo stessa conclusione vale, inoltre, per alcuni posti presso amministrazioni pubbliche locali, quali quelli di «falegname», «aiuto giardiniere», «infermiera», «puericultrice», «sorvegliante», «infermiera presso i nidi», «elettricista» ed «idraulico» (*Commissione c. Regno del Belgio*, 26.5.82, p. 1847 ss.) (Daniele, 1983: c. 1).

Parimenti esclusi dalla deroga in parola risultano i posti di «infermiere ed infermiera» presso ospedali pubblici francesi, nonostante l'obiezione che essi godrebbero di un regime di tutele assimilabile a quello presente in certi impieghi statali (*Commissione c. Repubblica francese*, p. 1739).

Altrettanto dicasi per il rapporto di « tirocinio » per la preparazione alla professione di insegnante nelle scuole tedesche, sebbene esso sia qualificato dal diritto nazionale come « rapporto di pubblico impiego » ancorché « revocabile » (*Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2147) (12).

Sempre in riferimento al settore scolastico, si è esclusa l'inderogabilità del requisito della cittadinanza per l'assunzione degli insegnanti nelle scuole private greche (c.d. *frontistiria*) destinate all'integrazione dei cicli di insegnamento ordinari o a fornire una preparazione in materie specifiche (lingue, musica, contabilità, stenografia, corrispondenza commerciale) (*Commissione c. Repubblica Ellenica*) (13).

Recentemente si è poi negato che il posto di « insegnante abilitato di

scuola superiore» presso gli istituti scolastici pubblici francesi possa essere considerato un impiego nella pubblica amministrazione ai sensi della norma in esame (*Bleis c. Ministère de l'Education nationale*, p. 4).

Pienamente soggetti alla libertà di circolazione sono anche i posti di «ricercatore presso il Consiglio nazionale delle ricerche» italiano»: infatti, fra le mansioni esercitate dai ricercatori del CNR non sembrano rientrare «funzioni direttive o di consulenza dello Stato su questioni scientifiche e tecniche», vale a dire le sole che potrebbero integrare l'esercizio di pubblici poteri e la responsabilità della tutela degli interessi generali dello Stato (*Commissione c. Repubblica italiana*, p. 2639)(14).

L'eccezione di cui all'art. 48.4 non riguarda neppure i lettori di lingua straniera presso le Università italiane (*Alluè e Coonan c. Università degli studi di Venezia*, p. 168) (Mastrangeli, 1990: 328): in tal senso depone inequivocabilmente il carattere delle funzioni ad essi affidate, a cui può aggiungersi il dato della sicura natura privatistica del loro rapporto (Foglia, 1990: p. 163), peraltro di per sé non decisivo.

Infine, la deroga di cui all'art. 48.4 si riferisce esclusivamente alle funzioni esercitate nelle pubbliche amministrazioni degli Stati membri e non riguarda gli impieghi in organizzazioni internazionali con uno statuto di diritto internazionale pubblico, come l'Agenzia spaziale europea (ASE) (*Echternach e Moritz c. Ministero olandese dell'istruzione e delle scienze*, pp. 759-760)(15).

7. Per rafforzare l'attuazione del principio in esame si è pensato a qualche intervento correttivo della normativa comunitaria, come quello preconizzato nella proposta di modifica dell'art. 8, n. 1, del Regolamento del Consiglio n. 1612/1968 (16), nel senso di escludere i non cittadini «dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico» soltanto «se si tratti di attività connesse con l'esercizio della pubblica autorità» (Adinolfi, 1992: p. 309). Si può peraltro dubitare che la faticosa costruzione di una nozione comunitaria di «pubblica funzione» richieda necessariamente operazioni di attuazione legislativa dell'art. 48.4 a livello comunitario (Conclusioni Avv. gen. Mancini, *Commissione c. Repubblica francese*, p. 1731).

Ciò che occorre è semmai un'attuazione legislativa a livello dei singoli ordinamenti interni che recepisca i principi enucleati dalla Corte di giustizia.

In tal senso si segnalano le novità introdotte nell'ordinamento italiano con la recente riforma della disciplina del rapporto di impiego pubblico. L'art. 37, co. 1, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, dispone che «i cittadini degli

Stati membri della Comunità economica europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale» (17).

La norma, di carattere programmatico, rinvia nel secondo comma ad un successivo regolamento l'individuazione sia dei posti e delle funzioni «per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana», sia dei «requisiti indispensabili» ai cittadini «comunitari» per l'accesso agli impieghi pubblici (Luciani, 1993: p. 142; Bianconcini, 1993: pp. 18-19). Infine, qualora non sia intervenuta un'apposita disciplina comunitaria, il terzo comma affida ad un identico provvedimento l'equiparazione dei titoli di studio e professionali e la determinazione dell'equivalenza tra i titoli accademici e di servizio rilevanti ai fini dell'ammissione al concorso e della nomina.

Il regolamento previsto da questa disposizione è stato successivamente emanato mediante il d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174 (d'ora in poi: reg.). Innanzitutto, l'art. 1, co. 1, reg. individua «i posti delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana». Si tratta dei posti:

a) dei livelli dirigenziali - generali e non - delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e delle altre pubbliche amministrazioni;

b) con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle regioni, province, comuni e della Banca d'Italia;

c) dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, e degli avvocati e procuratori dello Stato;

d) dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dei Ministeri degli esteri, dell'interno, di grazia e giustizia, della difesa e delle finanze, fatta eccezione per i posti per i quali non è richiesto un titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo (ai quali si accede tramite le liste di collocamento ex art. 16 l. 28 febbraio 1987, n. 56) (18).

L'art. 2, co. 1, reg. provvede poi ad individuare le «tipologie di funzioni delle amministrazioni pubbliche per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana», e cioè.

a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi;

b) funzioni di controllo di legittimità e di merito (19).

Per comprendere la distinzione esistente tra le due disposizioni occorre considerare, in primo luogo, che l'esercizio di *puissance publique* ai sensi dell'art. 48.4 Tratt. è sicuramente riscontrabile in una serie di impieghi di cui è agevole identificare immediatamente i relativi posti nelle varie amministrazioni pubbliche (art. 1 reg.).

Oltre a quelli per i quali l'art. 2, co. 4, d.lgs. 29/1993 conserva lo *status* pubblico, nell'elenco dell'art. 1 sono compresi altri impieghi che, pur essendo «contrattualizzati», comportano l'esercizio di funzioni rientranti nella nozione comunitaria di *puissance publique* (come i dirigenti non generali di cui all'art. 15 d.lgs. 29/1993). Ciò conferma che, anche dopo un intervento di «chiarificazione tra pubblico e privato» come quello condotto con il d.lgs. 29/1993, la nozione di «impiego nella pubblica amministrazione» di cui all'art. 48.4 Tratt. continua a richiedere un'interpretazione essenzialmente funzionale e non riesce ad essere completamente inquadrata con un'ottica organico-istituzionale fondata sulla natura giuridica del rapporto di impiego (Rusciano, 1995: p. 115). Né ulteriori indicazioni possono trarsi da altri elementi, come, ad esempio, la sfera delle fonti regolatrici dei rapporti di impiego o il godimento di particolari diritti, come quello di sciopero (20).

Peraltro, la *puissance publique* può riscontrarsi anche nell'ambito di altri impieghi che, diversamente da quelli di cui all'art. 1 reg., sono meno agevolmente individuabili mediante la diretta e specifica identificazione dei relativi posti a causa della «dispersione» e della diversa qualificazione di questi ultimi nelle varie amministrazioni. D'altra parte, l'esercizio delle stesse funzioni può essere riscontrabile anche in una gamma indeterminata di incarichi particolari o temporanei, ovvero non necessariamente collegati a posti inseriti nelle piante organiche, anch'essi non immediatamente individuabili. Per ovviare a queste difficoltà, l'art. 2 reg. adotta un diverso metodo di identificazione, individuando in via generale le tipologie funzionali per le quali è richiesto il requisito della cittadinanza.

Si deve pertanto ritenere che al già nutrito elenco di posti «riservati» di cui all'art. 1 reg. si aggiungano altri posti ed incarichi a cui sono connesse talune delle funzioni di cui alle lett. a) e b) dell'art. 2 reg. (21). Tra gli uni e gli altri esiste però una importante differenza che dipende dalla diversa tecnica di individuazione e che riguarda la valutazione dell'esercizio di *puissance publique*. Per i posti elencati nell'art. 1 reg., tale valutazione viene effettuata una volta per tutte in sede regolamentare. Viceversa, per quelli non ricompresi in tale elenco tassativo (22), la valutazione viene operata caso per caso in relazione al fatto che vi siano o meno connesse le funzioni

indicate nell'art. 2 reg. (23).

Resta aperto il problema circa il possibile carattere discrezionale della predetta valutazione anche in ragione della estensione variabile di alcune delle funzioni indicate nell'art. 2. Senonché, la *ratio* della norma comunitaria, a cui il regolamento in esame intende dare attuazione, sembra imporre un orientamento necessariamente restrittivo, per non rischiare di far di nuovo prevalere i criteri nazionali su quelli comunitari (24).

Al di là di qualche perplessità sul citato problema della valutazione, queste previsioni appaiono sostanzialmente rispettose dell'*acquis* giurisprudenziale: lungi dal sostanzarsi in una acritica soppressione del requisito della cittadinanza, esse consentono l'identificazione delle funzioni per le quali esso risulta pienamente giustificabile, permettendo inoltre un reale confronto fra le diverse discipline nazionali in vista dell'apertura di un nuovo spazio di "dialogo" europeo in materia di impiego pubblico (Rusciano, 1995: p. 116).

NOTE

* Una versione parzialmente modificata di questo saggio è pubblicata in Baylos Grau, Caruso, D'Antona, Sciarra (a cura di), *Dizionario di Diritto del lavoro comunitario*. Bologna, Manduzzi, 1996, pp. 379-397.

1) Oltre che dalla cittadinanza, l'accesso degli stranieri ad impieghi pubblici può essere limitato dal possesso di particolari titoli di studio o professionali (sul cui riconoscimento v. le Direttive 89/48/CEE del 21 dicembre 1988 e 92/51/CEE del 18 giugno 1992) (Bianconcini, 1993: p. 3), nonché dalle «condizioni relative alle conoscenze linguistiche richieste in relazione alla natura dell'impiego offerto» (art. 3, n. 1, del Regolamento n. 1612/1968). Secondo la Corte (CGCE, 28 novembre 1989, in causa 379/87, *Groener c. Minister for Education of the City of Dublin Vocational Educational Committee*, in Raccolta, 1989, p. 3967 ss.), tale limite deve essere inteso restrittivamente: non solo deve essere congruo rispetto all'obiettivo che persegue, ma deve anche inquadrarsi nell'ambito di una politica generale ed essere giustificato in relazione alla natura dell'impiego per il quale è richiesto. Sul punto v., *infra*, paragrafo 7.

2) L'art. 6 della Costituzione del Regno del Belgio del 7 febbraio 1831 riconosce soltanto ai cittadini belgi il diritto di «venire ammessi agli impieghi civili e militari salvo le eccezioni che possono essere stabilite da una legge in casi particolari» (membri del corpo docente o del personale scientifico delle università, agenti consolari, qualifiche non dirigenziali del personale sanitario e del personale ausiliario degli istituti pubblici di assistenza sociale); i non cittadini possono peraltro essere assunti con contratto di diritto privato (Verhoeven, 1974: p. 195). L'art. 33, par. 2, della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca del 23 maggio 1949 dispone che «ogni tedesco ha, secondo le proprie qualità, attitudini e specializzazione, parità di accesso ad ogni pubblico ufficio». L'art. 4 della Costituzione della Repubblica Ellenica del 9 giugno 1975 consente solo ai cittadini greci di

essere «ammessi alle cariche pubbliche, salvo le eccezioni previste da leggi speciali». Sulla stessa linea, l'art. 13, co. 2, della Costituzione del Regno di Spagna del 27 dicembre 1978 prevede che «solo gli spagnoli potranno godere dei diritti di cui all'art. 23», secondo il quale i cittadini hanno diritto «ad accedere su basi di uguaglianza alle funzioni e alle cariche pubbliche, qualora possiedano i requisiti previsti dalla legge». Sebbene non a livello costituzionale, il requisito della cittadinanza - che riguarda non solo i funzionari, ma si estende in generale a tutti gli *agents publics* il cui rapporto di impiego è disciplinato da regole derogatorie rispetto al diritto del lavoro comune - è richiesto anche nell'ordinamento francese in cui, se si escludono i professori universitari, è preclusa la nomina ad un impiego pubblico agli stranieri. Lo stesso art. 51 della Costituzione della Repubblica italiana del 1° gennaio 1948 riserva esplicitamente l'accesso «agli uffici pubblici... secondo i requisiti stabiliti dalla legge» ai cittadini italiani ed agli italiani non appartenenti alla Repubblica. La Corte costituzionale italiana ha però precisato che tale disposizione non può costituire un ostacolo all'applicabilità della normativa comunitaria e che, rispetto a quest'ultima, l'unico limite di costituzionalità può essere configurato soltanto in relazione ai «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» ed ai «diritti inviolabili della persona umana» (C. Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, in «Giurisprudenza costituzionale», 1973, p. 2401 ss.) (Gaja, 1984: p. 145; per una panoramica sulla legislazione italiana in materia, v. Traina, 1991: p. 347 ss.).

3) CGCE, 12 febbraio 1974, in causa 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, in Raccolta, 1974, I, p. 153; 17 dicembre 1980 e 26 maggio 1982, in causa 149/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, rispettivamente Racc., 1980, III, p. 3881, e Racc., 1985-5, p. 1845; 3 giugno 1986, in causa 307/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, Racc., 1986-6, p. 1725; 3 luglio 1986, in causa 66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden Württemberg*, Racc., 1986-7, p. 2121; 16 giugno 1987, in causa 225/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, Racc., 1987, p. 2625; 30 maggio 1989, in causa 33/88, *Allué e Coonan c. Università degli studi di Venezia*, FI, 1990, IV, c. 162; 27 novembre 1991, in causa C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Éducation nationale*, in Bollettino, 1991; 15 marzo 1988, in causa 147/86, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, Racc., 1988. L'esigenza di un'interpretazione restrittiva della norma in esame - così come di quella immediatamente precedente in cui si fa riferimento alla nozione di «ordine pubblico» - deriva dal principio generale, accolto da tutti gli ordinamenti nazionali e pienamente operante anche nel diritto internazionale, secondo cui le deroghe a principi fondamentali non possono essere interpretate in senso estensivo (Jaeger, 1990: p. 790; Voicu, 1968: p. 39; Rousseau, 1970: p. 270). Pertanto, la portata di tali disposizioni derogatorie non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie» (CGCE, 28 ottobre 1975, in causa 36/75, *Rutili*, in Raccolta, 1975, p. 1231) (Druesne, 1982: p. 706; Mancini, 1989: p. 21).

4) Risoluzione adottata il 17 gennaio 1972 (GUCE n. C 10, p. 4).

5) Tale orientamento si iscrive nel solco del diritto internazionale classico in perfetta aderenza con la Convenzione europea di stabilimento del 13 dicembre 1955 che, fra l'altro, prevede che il concetto di pubblica funzione vada definito «secondo i canoni nazionali» (Conclusioni Avv. gen. Mayras, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, p. 168 ss.).

6) Del resto, l'art. 48.4 è direttamente efficace e prevale sulle norme nazionali, comprese quelle di rango costituzionale, attribuendo «agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare e tutelare» (CGCE, 4 aprile 1974, in causa 167/73, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, Racc., 1974, p. 359 e 371; 8 aprile 1976, in

causa 48/75, *Royer*, Racc., 1976, p. 497; 7 luglio 1976, in causa 118/75, *Watson e Bellman*, Racc., 1976, p. 1185; 14 luglio 1976, in causa 13/76, *Donà e Mantero*, Racc., 1976, p. 1333).

7) A tale proposito si può richiamare il consolidato orientamento della Corte secondo cui: a) l'unico criterio per l'applicazione dell'art. 48 (nella sua interezza) è l'esistenza di un rapporto di lavoro indipendentemente dalla sua natura giuridica e dallo scopo che persegue; b) la nozione di «lavoratore» ha una portata comunitaria che, come tale, non può essere interpretata restrittivamente (CGCE, 23 marzo 1982, in causa 53/81, *Levin*, Racc., 1982, p. 1035); c) «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione»; d) è assolutamente irrilevante che le predette prestazioni abbiano o meno natura economica, essendo sufficiente che l'attività presenti il carattere di una prestazione di lavoro retribuita, indipendentemente dal settore in cui viene effettuata (CGCE, 12 dicembre 1974, in causa 36/74, *Walrave*, Racc., 1974, p. 1405) (Rossi, 1994: c. 102).

8) Questa tesi trova suffragio nell'art. 8 del Regolamento del Consiglio n. 1612/68, secondo cui «il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico ed all'esercizio di una funzione di diritto pubblico»: tra tali attività possono ricomprendersi quelle implicanti la presenza dei rappresentanti sindacali nei consigli di amministrazione degli enti pubblici economici.

9) CGCE, 21 giugno 1974, in causa 2/74, Racc., 1974, p. 662.

10) CGCE, 15 marzo 1989, in cause riunite 389 e 390/87, Racc., 1989, pp. 759-760.

11) Rispetto ai posti di «guardiano notturno», la cui ricomprensione nell'ambito della deroga desta *prima facie* qualche perplessità (Daniele, 1983: c. 1), la stessa Commissione aveva rilevato che la deroga si giustifica in quanto la loro attività di sorveglianza «è atta a consentire loro di accedere con facilità ai segreti della collettività pubblica».

12) Quest'ultimo caso riguardava una cittadina britannica che, dopo aver superato presso un'università tedesca l'esame scientifico per l'insegnamento nei licei-ginnasi, a causa della sua cittadinanza non veniva ammessa dal Provveditorato agli studi di Stoccarda al tirocinio professionale per il definitivo conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento. A tale proposito, occorre osservare che se è vero che il tirocinante nella sua attività esercita poteri pubblici, è vero pure che ciò non soddisfa appieno quanto richiesto complessivamente per l'applicazione della deroga di cui all'art. 48.4. Nel sistema scolastico, l'esercizio di pubblici poteri che siano anche finalizzati alla tutela degli interessi dello Stato potrebbe rintracciarsi in quelle attività «connesse all'orientamento pedagogico fondamentale dell'insegnamento» ed alla sua organizzazione generale: tali non sono, invece, «i singoli atti di un insegnante nella vita scolastica quotidiana», come la normale attività di insegnamento, il mantenimento della disciplina, l'attribuzione di voti o l'applicazione di sanzioni disciplinari in singoli casi, pur se gli ordinamenti giuridici nazionali li inquadrano in termini di esercizio di pubblici poteri (*Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, p. 2147) (Coen, 1983: p. 652).

13) Tale requisito non può essere giustificato neppure dal rilievo costituzionale che la funzione dell'insegnamento ha nell'ordinamento greco, giacché in tal modo si tornerebbe a legittimare la fissazione dell'ambito dei pubblici poteri da parte di ogni Stato membro.

14) Quest'ultima affermazione, tuttavia, è stata interpretata come una possibile inversione di tendenza nell'orientamento della Corte nella misura in cui sembra riservare ai cittadini non più soltanto le funzioni connesse all'esercizio della sovranità e della difesa degli

interessi generali dello Stato, ma anche i compiti di «assistenza o consulenza a soggetti investiti di poteri sovrani» (Triggiani, 1988: p. 826).

15) Va rilevato come l'orientamento della Corte «presenta il limite evidente di richiedere un'applicazione caso per caso dei criteri indicati» (Roccella-Treu, 1992: p. 111), mediante un'indagine «quanto meno sulla qualifica del lavoratore, perché solo alla luce di essa e delle attività esercitate è possibile stabilire se queste partecipino o meno dei poteri pubblici» (Pocar, 1983: p. 49). Ciò, indubbiamente, rende assai difficoltoso il superamento delle tenaci resistenze che i singoli ordinamenti nazionali - nonostante qualche segnale di inversione di tendenza (Adinolfi, 1990: p. 111; Traina, 1991: p. 357) - ancora oppongono alla penetrazione dei principi comunitari. In questa prospettiva si colloca il tentativo operato dalla Commissione delle Comunità europee con la Comunicazione in tema di «Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia di applicazione dell'art. 48, paragrafo 4 del Trattato CEE» (GUCE, 18 marzo 1988, 88/C 72/02), con cui la Commissione ha deciso di intraprendere un'azione sistematica per «eliminare le restrizioni fondate sulla cittadinanza che in ogni Stato membro vietano ai lavoratori degli altri Stati membri l'accesso agli impieghi di alcuni settori pubblici ben determinati» (Jaeger, 1990: pp. 798-799). Secondo la Commissione, l'orientamento della Corte induce a ritenere che gli impieghi rientranti nella deroga di cui all'art. 48.4 siano, innanzitutto, quelli in cui si esercitano «le funzioni specifiche dello Stato e delle collettività ad esso assimilabili, quali le forze armate, la polizia e le altre forze dell'ordine pubblico, la magistratura, l'amministrazione fiscale e la diplomazia». In secondo luogo, «gli impieghi dipendenti dai ministeri statali, dai governi regionali, dalle collettività territoriali e da altri enti assimilati e infine dalle banche centrali»: in questi casi però, deve trattarsi «del personale (funzionari ed altri) che eserciti le attività coordinate intorno ad un potere pubblico giuridico dello Stato o di un'altra persona morale di diritto pubblico, come l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti». La Commissione intende richiedere agli Stati membri di non riservare soltanto ai propri cittadini l'accesso agli impieghi in una serie di altri settori pubblici, caratterizzati dal fatto che le attività che vi vengono svolte sono (o possono essere) esercitate anche nel settore privato. Tali settori sono quelli: a) degli enti incaricati di gestire un servizio commerciale (es., trasporti pubblici, distribuzione di energie e risorse naturali, compagnie di navigazione aerea e marittima, poste e telecomunicazioni, enti radiotelevisivi); b) dei servizi operativi nel settore della pubblica sanità; c) dell'istruzione nelle scuole pubbliche; d) della ricerca a fini civili condotta presso istituti pubblici.

16) GUCE, 15 maggio 1990, n. C 119.

17) L'uso del termine «ovvero» sembra indicare che il legislatore italiano valuta i due requisiti in senso alternativo e non cumulativo.

18) Va ricordato che già l'art. 9 l. 28 febbraio 1990, n. 39 aveva riconosciuto agli stranieri, compresi i cittadini comunitari (art. 13), il diritto di accedere ai posti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 16 l. 56/1987.

19) Come si evince chiaramente anche dal secondo comma della stessa norma, ognuna di queste funzioni è in sé sufficiente a legittimare la richiesta del requisito della cittadinanza nazionale.

20) Anche dopo l'emanazione del d.lgs. n. 29/1993, gli impieghi che possono essere sottratti alla libera circolazione non sono solo quelli esclusivamente disciplinati in via unilaterale. Alcuni dei rapporti di cui al predetto art. 2, co. 4, vengono regolati anche in base ad

accordi sindacali che, per quanto diversi dai contratti collettivi di cui al d.lgs. n. 29/1993, rappresentano comunque un'espressione di autonomia collettiva (si veda, ad esempio, l'art. 43 l. 1° aprile 1981, n. 121 per il personale della Polizia di Stato). I dirigenti (non generali) sono invece pienamente assoggettati alla disciplina dei contratti collettivi, anche se per essi sono previste autonome aree negoziali separate in ogni comparto contrattuale (art. 46 d.lgs. n. 29/1993). Per quanto concerne il diritto di sciopero, l'esercizio di *puissance publique* non corrisponde automaticamente alla preclusione di tale diritto. A fronte dell'esplicito divieto per i militari e per le forze di polizia, per molte delle figure escluse dalla privatizzazione nonché per i dirigenti di cui all'art. 15 si pongono soltanto problemi di regolamentazione di esercizio del diritto ex l. 12 giugno 1990, n. 146, al pari degli altri dipendenti «privatizzati» che non rientrano nell'ambito della deroga di cui all'art. 48.4.

21) Per addurre qualche esempio, nel campo dell'ordine pubblico, ai posti direttamente «riservati» degli appartenenti alla Polizia di Stato e dei Carabinieri (art. 1, d) si affiancano quelli degli appartenenti alle varie polizie municipali (art. 2, a); nel campo giurisdizionale e del controllo in senso lato, ai posti direttamente «riservati» dei magistrati (art. 1, c) si aggiungono quelli dei membri degli organismi di controllo dei vari enti pubblici, come il Comitato regionale di controllo (art. 2, b).

22) L'elenco di cui all'art. 1, comma 1, reg., va inteso in senso tassativo solo in relazione al momento valutativo delle funzioni pubbliche ex art. 48.4 e non certamente rispetto alla tipologia degli impieghi per i quali è necessario il possesso della cittadinanza italiana.

23) Ciò trova conferma nel secondo comma dello stesso art. 2, il quale prevede che «il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, sentita l'amministrazione competente, esprime, entro sessanta giorni dalla ricezione della domanda dell'interessato, diniego motivato all'accesso a specifici impieghi o all'affidamento di incarichi che comportino esercizio di taluna delle funzioni indicate al comma 1». Il decreto, con cui è espresso il diniego, viene pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale ed «ha efficacia preclusiva sino a che non intervengano modifiche della situazione di fatto o di diritto che facciano venir meno l'impedimento all'accesso». E' evidente che i momenti in cui si articola questa procedura - la richiesta dell'interessato, il parere dell'amministrazione, la proposta del Ministro ed il decreto presidenziale di diniego motivato - presuppongono un'attività valutativa che può essere necessaria soltanto per la riconduzione di una fattispecie concreta a quella astrattamente delineata nell'art. 2.

24) Va infine ricordato che l'art. 3 reg. stabilisce i requisiti che i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea debbono possedere per poter accedere ai posti della pubblica amministrazione. Si tratta:

- a) del godimento dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza o di provenienza;
- b) del possesso di tutti i requisiti previsti per i cittadini italiani (salva, ovviamente, la cittadinanza) (es., titoli di studio ecc.);
- c) dell'adeguata conoscenza della lingua italiana.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Adinolfi (1990), *Aspetti innovativi in tema di soggiorno e di trattamento dei cittadini di Stati membri della Comunità europea*, in «Rivista di diritto internazionale», p. 105.

Adinolfi (1992), voce *Lavoro nel diritto delle Comunità europee*, in "Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale", Torino, vol. VIII, p. 295.

Benedettelli (1983), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione nella giurisprudenza comunitaria in materia di diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori*, in "Rivista di diritto europeo", p. 325.

Bianconcini (1993), *Il sistema comunitario di riconoscimento dei titoli di studio e l'accesso agli impieghi pubblici in Italia*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", III, p. 3.

Coen (1983), *La libera circolazione degli insegnanti nella prospettiva dei Paesi aderenti alla C.E.E.*, in "Il Consiglio di Stato", II, p. 647.

Daniele (1983), *nota a CGCE 17.12.1980 e 26.5.82*, in "Il foro italiano", IV, c. 1.

De Felice (1991), *Mobilità territoriale e impiego pubblico nella CEE*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", p. 331.

Druesne (1982), *Liberté de circulation des personnes et ordre public, à nouveau: comme la punition des filles de Danaos?...*, in "Revue trimestrielle de droit européen", p. 706.

Foglia (1990), *Lettori di lingua straniera e Corte di giustizia CEE*, in "Il foro italiano", IV, c. 163.

Gaja (1973), voce *Lavoro (disciplina internazionale)*, a) diritto internazionale pubblico, in "Enciclopedia del diritto", Milano, vol. XXIII, p. 620.

Gaja (1984), *La normativa comunitaria sull'accesso al lavoro*, in Id. (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia*, Bologna, p. 123.

Jaeger (1990), *La notion d'«emploi dans l'administration publique» au sens de l'article 48, paragraphe 4, du traité Cee, à travers la jurisprudence de la Cour*, in "Rivista di diritto europeo", p. 785.

Levi Sandri (1974), *Artt. 48-51*, in Quadri, Monaco, Trabucchi, *Trattato istitutivo della CEE. Commentario*, Milano, I.

Luciani (1993), *Concorsi, selezioni ed assunzioni dopo la riforma del pubblico impiego*, in Rusciano e Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, p. 133.

Maestripietri (1970), *La libre circulation des personnes et des services dans la CEE*, Huele-Bruxelles-Namur.

Mancini (1989), *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in "Rivista di diritto europeo", p. 9.

Mastrangeli (1990), *Principio di libera circolazione nella CEE, lettori di lingua straniera e discriminazioni occulte*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", II, p. 328.

Mengoni (1970), *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, in "Il diritto del lavoro", p. 168.

Pocar (1983), *Diritto comunitario del lavoro*, Padova.

Roccella-Treu (1992), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova.

Rossi (1994), *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, in "Il foro italiano", IV, c. 97.

Rusciano (1995), *Lavoro pubblico e Protocollo sociale*, in Aa.Vv., *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Roma, p. 105.

Rousseau (1970), *Droit international*, Paris, I.

Traina (1991), *Libertà di circolazione nella Comunità economica europea e pubblico impiego in Italia*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", p. 329.

Triggiani (1988), *La giurisprudenza internazionale e comunitaria in materia di lavoro nel 1986-1987*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", p. 807.

Verhoeven (1974), in Aa.Vv., *La libre circulation des travailleurs dans les pays de la C.E.E.*, Milano, p. 194.

Voicu (1968), *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris.

EDUARDO ROZO ACUÑA

*IL NUOVO SISTEMA ELETTORALE ITALIANO: DALLA 1^a ALLA 2^a
REPUBBLICA*



SOMMARIO: 1. Nota storica. - 2. Il nuovo sistema elettorale italiano. - 2.1. L'elezione del Senato della Repubblica. - 2.2. L'elezione della Camera dei Deputati. - 3. Conclusioni. - 4. Il sistema elettorale comunale e provinciale. - 5. Bibliografia.

1. La Prima Repubblica italiana che è durata quasi mezzo secolo, è ormai decisamente superata. Oggi si vive l'inizio della Seconda Repubblica. Appartengono al passato i vecchi partiti: la Democrazia Cristiana, il Partito Socialista, il Partito Repubblicano, quello Liberale, quello Socialdemocratico che hanno governato il paese sotto le istituzioni politiche create con il referendum e la Costituzione del 2° dopoguerra (1947-1948).

La caduta del muro di Berlino, la scomparsa del socialismo reale dell'Europa Orientale e la disintegrazione dell'Unione Sovietica hanno causato anche la fine del potente Partito Comunista Italiano, ridotto oggi a Rifondazione Comunista e al Partito Democratico della Sinistra, per i quali le ultime elezioni politiche del marzo 1994 hanno segnato una sconfitta, mentre hanno aperto le porte del Governo e della nuova Repubblica alla destra degli ex fascisti, al centro destra della Lega Nord e del movimento di Berlusconi, Forza Italia.

Ora tra i molti cambiamenti che hanno determinato il passaggio dalla prima a seconda Repubblica in Italia, c'è quello importante del sistema elettorale (1).

Questo cambiamento era preteso dall'opinione pubblica e dalle stesse forze politiche che, al di fuori del Parlamento, hanno imposto la loro volontà di mutamento facendo uso del potere democratico del referendum, secondo l'art. 75 della Costituzione che permette la partecipazione del popolo per rendere effettivo questo tipo di cambiamenti (2).

Nelle elezioni politiche, del 27-28 Marzo 1994 è stato applicato il nuovo sistema elettorale per eleggere i 315 senatori e i 630 membri della Camera dei Deputati. Il nuovo sistema elettorale è piuttosto complesso ed ha una doppia origine.

Il popolo mediante referendum, si era già pronunciato nel Giugno 1991 a favore di una sola preferenza per le elezioni alla Camera dei Deputati. La ripartizione dei seggi avveniva ancora in modo proporzionale.

Con il Referendum del 1993 il popolo si è pronunciato per un sistema maggioritario al Senato, da applicarsi ai tre quarti degli eletti, indipendente-

mente dalla percentuale di voti ottenuta.

La pressione dell'opinione pubblica ha obbligato il Parlamento tra il 1992 e il 1993 a studiare ed approvare una nuova legislazione adottando un nuovo sistema elettorale per il Senato e la Camera dei Deputati.

La nuova legislazione nasce dal referendum popolare del 1993 e dalle pressioni di ogni tipo che, a seguito delle inchieste fatte dai giudici contro la corruzione operata dai principali capi politici: 'tangentopoli', esigevano il passaggio dalla 1a alla 2a Repubblica.

La nuova legislazione elettorale nasce così da un parlamento senza legittimità politica a causa dello scandalo della corruzione amministrativa e della violazione della legge sul finanziamento dei partiti politici che presenta fino ad oggi più di 300 parlamentari sotto inchiesta giudiziaria.

In altre parole, da un Parlamento operante nella più grave crisi politica che la storia italiana ricordi, che ha significato il superamento di tutta la vecchia classe politica che ha governato l'Italia dal 1946.

In queste condizioni il Parlamento e i partiti politici hanno dato vita ad un sistema elettorale incredibilmente confuso che non è né maggioritario né proporzionale, ma che ha i difetti dei due sistemi senza nessuno dei loro vantaggi.

Il nuovo sistema elettorale, che segna il passaggio dalla 1a alla 2a Repubblica, è in due leggi: la n° 276 del 4 agosto 1993 per il Senato della Repubblica e la n° 277 della stessa data per la Camera dei Deputati.

Lo scopo fondamentale di queste leggi è stato quello di creare un sistema elettorale che, favorendo la stabilità del Governo, serva al popolo italiano ad eleggere il Parlamento e contemporaneamente anche il Governo (3).

Come si potrà comprovare più avanti il risultato non poteva essere più in contrasto. Però, prima di cominciare a spiegare il nuovo sistema elettorale italiano è necessario presentare una sintesi del precedente sistema.

Per riassumere, la storia del sistema elettorale italiano (4) presenta dal 1859 al 1882 l'esistenza di un sistema elettorale maggioritario a doppio turno.

Ogni candidato per guadagnare nella prima elezione il suo seggio doveva ottenere almeno la metà più uno dei voti, a condizione che all'elezione partecipasse almeno la terza parte dei cittadini abilitati o elettoralmente iscritti. La seconda votazione o il secondo turno era necessario per ripartire i seggi non assegnati nella prima elezione.

Nel 1882 s'introdussero i collegi plurinominali e pertanto lo scrutinio di lista, anche se il sistema continuò ad essere maggioritario.

Nel 1919 si stabilì un sistema elettorale proporzionale, con scrutinio

di lista e collegi plurinominali, che durò fino al 1946, allorché l'assemblea costituente adottò il sistema elettorale proporzionale che, con alcune modifiche marginali, è rimasto in vigore fino al 1993.

Questo sistema elettorale proporzionale non era uguale per le due camere, infatti per il Senato disponeva che i candidati che avessero ottenuto il 65% dei voti erano eletti direttamente (5) e per il resto dei candidati si applicava un sistema proporzionale puro mediante il metodo d'Hondt (6). Per la Camera dei Deputati il sistema era quello proporzionale mediante il quoziente elettorale ed i residui maggiori, potendo l'elettore dare nella lista dei candidati la sua preferenza per uno o alcuni di essi (7).

2. Come già si è detto, l'Italia dal 1993 ha due nuove leggi elettorali, la L. 276 del 4 agosto del 1993 per il Senato e la L. 277 della stessa data per la Camera.

Si sono avute due leggi senza necessità, poiché il Parlamento avrebbe potuto benissimo adottare il sistema mediante una sola legge. Problemi di interessi di gruppo e di partito e soprattutto l'irrazionalità politica, hanno portato il Parlamento a proporre, discutere e votare leggi differenti per il Senato e per la Camera, conservando pertanto sistemi e metodi per il Senato differenti a quelli per la Camera. Esaminiamo separatamente queste leggi.

2.1. La legge per il Senato rispecchia praticamente il referendum del 18 Aprile 1993, infatti prima di tutto stabilisce che si può essere candidati in un solo collegio e che si richiede l'appoggio di almeno 1.000 firme di cittadini del Collegio per essere candidato. Poi, la legge dispone che per i 3/4 dei seggi si applica un sistema elettorale maggioritario semplice o ad un solo turno, e per il resto (1/4) un sistema elettorale proporzionale.

In altre parole, il 75% dei seggi viene assegnato ai candidati che hanno ricevuto un maggior numero di voti nei loro collegi uninominali ed il restante 25% ai partiti o alle liste in proporzione ai voti che si siano ottenuti nell'elezione. Per applicare questi sistemi e metodi, 3/4 del territorio italiano è diviso in collegi o circoscrizioni uninominali e in ognuno si presenta un candidato per gruppo o individualmente. Risulterà vincitore chi ottenga un voto più degli altri (maggioranza semplice). In questo senso si vota più per il candidato che per il partito. La quarta parte (1/4) di seggi che resta viene distribuita mediante un sistema elettorale proporzionale applicando il sistema d'Hondt.

Riassumendo: il totale dei senatori da eleggere è di 315, di questi, 232 vengono eletti con il sistema maggioritario semplice e 83 con il propor-

zionale. Con una sola scheda gli elettori votano per il candidato preferito nel collegio uninominale e per la lista del partito di loro preferenza.

Vediamo un esempio:

a - redistribuzione dei 3/4 di senatori, con il sistema maggioritario.

Come si è già detto nel paese ci sono 232 collegi o circoscrizioni. Supponiamo che nel collegio Roma I il partito A presenta il candidato Bianco, il partito B il candidato Rosso e il partito C il candidato Nero. Il primo ottiene 15.000 voti, il secondo 14.000 e il terzo 13.000. Il candidato Bianco sarà eletto per aver ottenuto la maggioranza semplice di voti. Così si procede nel resto delle 232 circoscrizioni elettorali uninominali di tutta l'Italia. Nel caso di pareggio si sceglie il candidato di maggiore età e in caso di uguale età, la legge prevede la scelta a sorte.

b - redistribuzione della quarta parte dei senatori con la proporzionale.

Con questo sistema elettorale si vuole favorire i piccoli partiti e, come già si è detto, si applica mediante il sistema d'Hondt.

Ad esempio se nella circoscrizione elettorale si devono eleggere 8 senatori, sei saranno eletti con il sistema maggioritario e 2 con il proporzionale. Partecipano tre partiti, A, B e C, siccome ci sono sei seggi per senatore da eleggere con il maggioritario, nella circoscrizione ci saranno sei collegi uninominali. Supponiamo che la votazione sia la seguente:

COLLEGI	PARTITO A	PARTITO B	PARTITO C
1	14.000	16.000	20.000 <i>a</i>
2	15.000	19.000 <i>b</i>	16.000
3	15.500	18.750 <i>c</i>	15.750
4	13.000	15.500	21.500 <i>d</i>
5	18.000	24.250 <i>e</i>	7.750
6	14.500	17.500	18.000 <i>f</i>
TOTALE VOTI	90.000	111.000	99.000
SEGGI OTTENUTI	0	3	3
VOTI DA SOTTRARRE	0	<i>b+c+e</i>	<i>a+d+f</i>
	62.000	59.000	
voti netti	90.000	49.000	39.500

I sei senatori eletti con il maggioritario, secondo il quadro anteriore, sono (b), (c) ed (e) del Partito B e (a), (d) e (f) del partito C. A questi due partiti, secondo la legge elettorale italiana, si deve incorporare un numero di

voti uguale a quello ottenuto per eleggere i suoi senatori con il sistema maggioritario (8).

In questo modo il Partito A resta con lo stesso numero di voti: 90.000; il Partito B con 48.000 ed il Partito C con 39.500. Con questo numero netto di voti i partiti parteciperanno alla distribuzione del 25% dei seggi che si deve fare con il sistema proporzionale e il metodo d'Hondt.

Vediamo come si fa:

PARTITO	VOTI NETTI	DIVISO X 1	DIVISO X 2
A	90.000	90.000	45.000
B	49.000	49.000	24.500
C	39.500	39.500	19.750

Il sistema proporzionale d'Hondt si applica dividendo i voti netti di ogni partito per una serie di numeri che va da 1 a n, cioè all'ultimo numero di seggi da ripartire. Nel nostro esempio n è uguale a 2, se fossero dieci seggi per ripartire i voti dei partiti si dividerebbero per uno, due, tre fino ad arrivare a dieci. Vincono i seggi i quozienti più alti, nel nostro esempio il Partito A, con 90.000 voti e il Partito B con 49.000. Se i seggi fossero stati tre, l'ultimo seggio sarebbe stato per il Partito A con 45.000 e così via.

Distribuiti i due seggi con il sistema proporzionale e i quattro con il maggioritario il risultato definitivo è:

	PART. A	PART. B	PART. C	TOTALI
% VOTI	30,00	37,00	33,00	100
SEGGI CON MAGGIOR.	0	3	3	6
SEGGI CON PROPORZ.	1	1	0	2
TOTALE SEGGI	1	4	3	8

Riassumendo: la nuova legge elettorale per il Senato stabilisce che il 75% dei senatori sia eletto con il sistema maggioritario e il 25% con il sistema elettorale proporzionale ed il metodo d'Hondt. Applicando il sistema maggioritario è eletto in ogni collegio uninominale il candidato più votato. Nel secondo caso, ogni partito partecipa alla ripartizione di seggi in modo proporzionale scorrendo i voti ottenuti per eleggere i suoi candidati senatori con il sistema maggioritario.

c - Aspetti particolari della nuova legge elettorale per il senato.

La nuova legge prevede che se per qualsiasi motivo si presenta

vacante uno dei seggi ripartiti con il sistema maggioritario, il presidente del Senato informa il Capo dello Stato ed il Presidente del Consiglio dei ministri affinché si proceda ad un'elezione suppletoria nel collegio elettorale interessato; se il seggio vacante si trova fra quelli distribuiti proporzionalmente l'ufficio elettorale regionale proclama eletto il candidato non eletto che abbia ottenuto il più alto numero di voti, cioè il primo della lista dei non eletti, applicando il sistema d'Hondt (9).

Un'altra caratteristica della legge è la curiosa parità fra i sessi che tende a favorire l'equilibrio della rappresentanza tra uomini e donne.*

Le candidature uninominali e di lista debbono essere fatte in tal modo che la metà siano uomini e la metà donne, collocandoli in ordine alterno.

In quanto alle candidature indipendenti, nei collegi uninominali i cittadini si possono presentare a titolo personale e non dei partiti o movimenti, con l'appoggio di non meno di 1.000 firme di elettori iscritti nel collegio.

Curiosamente la legge stabiliva che le firme non potevano essere più di 1.500, condizione assurda poiché, se stabilire un minimo è comprensibile, fissare un massimo non ha senso come è stato dimostrato nelle elezioni dello scorso mese di marzo quando le autorità competenti dovettero ammettere la legalità delle candidature appoggiate da più di 1.500 firme.

Le candidature personali non partecipano alla ripartizione dei seggi mediante la proporzionale. Bisogna anche precisare che le candidature personali non sono accettate per la Camera.

I candidati non si possono iscrivere in più di una circoscrizione uninominale, né simultaneamente per il Senato e la Camera, pena l'annullamento dell'elezione. Tuttavia i candidati si possono iscrivere contemporaneamente in varie circoscrizioni o collegi proporzionali.

In questo modo la legge elettorale, in forma comprensibile se si pensa all'interesse di coloro che hanno presentato ed approvato il progetto di legge, crea una specie di salvagente per quei candidati che corrono il rischio di rimanere sommersi nei collegi uninominali. Questa è la curiosa istituzione del "ripescaggio" elettorale (10).

2.2. La legge elettorale per la Camera dei Deputati è molto più complessa di quella del Senato.

* La Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di questa parte della legge elettorale.

Secondo la legge 277 del 4 Agosto del 1993, i 630 seggi dei deputati sono divisi tra le 26 circoscrizioni generali più quella speciale della Val d'Aosta (che elegge un solo deputato con il sistema maggioritario semplice) nelle quali è diviso elettoralmente il paese per l'elezione della Camera.

Come per il Senato, del totale dei seggi il 75% è eletto mediante il sistema maggioritario puro o semplice o ad un turno ed il restante 25% (1/4) con il sistema proporzionale, pertanto le circoscrizioni elettorali comprenderanno 475 collegi uninominali e 155 plurinominali o di lista. I candidati si possono presentare contemporaneamente in tre circoscrizioni elettorali uninominali o di lista, cioè come candidati secondo il sistema elettorale maggioritario o quello proporzionale. In questo modo è possibile che un candidato sia eletto in un collegio uninominale e allo stesso tempo in una o due circoscrizioni di lista, o che perda nel collegio uninominale e sia ripescato con la proporzionale.

Le candidature devono essere iscritte con l'appoggio di non meno di 500 elettori e non più di 1.000. Circa quest'ultima condizione vale l'osservazione fatta al commentare la norma per il Senato sulla stessa materia.

Se per le elezioni del Senato possono votare solo i cittadini maggiori di 25 anni, per la Camera votano i maggiori di 18 anni.

L'elettore della Camera riceve al momento di votare due schede: una per il voto con il sistema maggioritario e un'altra per il proporzionale. Con la prima può votare in un solo collegio uninominale, segnando con una croce il cognome del candidato. Con la seconda scheda l'elettore vota per una lista di candidati di un partito o di una coalizione di partiti per eleggere 155 deputati, ossia il 25% (1/4) della Camera, mediante il sistema elettorale proporzionale con il metodo del quoziente elettorale e i resti maggiori.

Nella distribuzione di questi seggi (155) possono, secondo un'altra disposizione della legge elettorale, partecipare solamente quei partiti che abbiano ottenuto almeno il 4% del totale della votazione nazionale.

Fino al 1992 gli elettori potevano dare le loro preferenze ai candidati delle liste, cioè, dal momento che questi erano in ordine progressivo (1, 2, 3...), l'elettore poteva cambiare questo ordine dando la sua preferenza per esempio, all'ultimo della lista invece che al primo.

Il candidato che otteneva un maggior numero di preferenze era eletto senza tenere in conto il suo posto nella lista. Con la nuova legge elettorale le liste sono fisse e pertanto l'elettore non può dare nessuna preferenza: obbligatoriamente vota per tutta la lista o per tutti i candidati nell'ordine in cui si trovano.

Prima di ripartire i seggi con la proporzionale, tra i partiti che abbia-

no ottenuto almeno il 4% della votazione nazionale, bisogna applicare lo "scorporo" (o la sottrazione) dei voti con i quali ogni partito ha ottenuto l'elezione dei candidati deputati con il sistema maggioritario.

Solo che a differenza del metodo applicato per il Senato, per la Camera lo scorporo dei voti è solo parziale. Il partito o la coalizione dei partiti che rende possibile l'elezione di un candidato deputato con il sistema maggioritario uninominale perde solo un numero di voti uguale a quelli ottenuti dal secondo candidato classificato più uno, con due eccezioni che vedremo dopo aver spiegato il caso con il seguente esempio: in una circoscrizione elettorale si devono eleggere 8 deputati. Secondo la legge, 6 con il sistema uninominale maggioritario (3/4) e 2 con il proporzionale (1/4).

COLL UNIN.	CANDIDATI PARTITO A	CANDIDATI PARTITO B	CANDIDATI PARTITO C-D	VOTI DA SCONTARE
1	30.000 <i>a</i>	10.500	9.500	12.500
2	34.000 <i>b</i>	13.000	3.000	13.001
3	15.000	14.500	20.500 <i>c</i>	15.001
4	14.000	19.500 <i>d</i>	16.500	16.001
5	17.500 <i>e</i>	17.000	15.500 <i>f</i>	17.001
6	5.000	10.000	35.000	12.501
TOT. SEG.				
MAGGIOR. 3 <i>a+b+c</i> 1 <i>d</i> 2 <i>c+f</i>				
TOT. VOTI				
DA	42.502	16.501	27.501	
SCONTARE				

Spiegando il quadro vediamo che il partito A ha ottenuto 3 seggi di deputati con il sistema maggioritario: (a-b-e).

Il partito B, 1 seggio (d) e la coalizione dei partiti C e D 2 seggi (c-f). Per determinare il numero di voti che si deve sottrarre ad ogni partito o coalizione di partiti, la legge per la Camera dispone che sia l'equivalente dei voti che ha ottenuto il 2° candidato classificato nel collegio, più uno. In questo modo nel collegio uno al Partito A non si scontreranno 30.000 voti (come succede nel caso del Senato), bensì i voti del secondo classificato più uno, cioè i voti del candidato del partito B, però con due eccezioni: 1) che la quantità (o il numero) di voti da scontare non sia inferiore al 25% dei voti validi dati nel collegio, e 2, sempre che detta cifra (25%) non sia superiore al numero di voti o alla percentuale dei voti ottenuti dal candidato eletto.

Tornando allo schema dell'esempio, nel primo collegio uninominale il candidato (a) del partito A vince con 30.000 voti su 50.000 voti del collegio, cioè vince con il 60%. Il secondo classificato è il candidato del partito B con 10.500 voti, vale a dire con il 21% dei voti. Considerando che secondo la prima eccezione non si può scontare meno del 25%, il partito A non perderà 10.500 voti bensì 12.500 che equivale al 25% del totale dei voti del collegio ed è, inoltre, una cifra inferiore al numero di voti o percentuale ottenuta dal candidato eletto. Nella stessa forma si procederà negli altri collegi.

Totalizzando, al partito A si devono scontare 42502 voti ed al partito B 16501. Nel caso della coalizione dei partiti C e D lo sconto si deve fare ad ogni partito della coalizione in proporzione ai voti apportati da ogni partito; cioè lo sconto parziale si fa pro quota.

Quanto detto prima è dovuto al fatto che, a differenza di quello che succede per il Senato della Repubblica, dove ogni candidato corrisponde ad un partito o è individuale, per la Camera i candidati possono essere di vari partiti, e in questo caso lo sconto dei voti si fa in proporzione ai voti che ogni partito ha ottenuto per l'elezione di uno o più candidati.

Come si è precisato anteriormente con l'esempio di otto seggi di deputati, sei (75%) sono stati ripartiti secondo il sistema maggioritario semplice, il resto, due (25%) devono essere ripartiti in modo proporzionale secondo il metodo del quoziente elettorale ed i resti maggiori.

Per l'applicazione di questo sistema bisogna tener conto dei seguenti principi:

1 - Partecipano solo i partiti che abbiano ottenuto non meno del 4% della votazione nazionale totale.

2 - Lo sconto dei voti ai partiti che siano riusciti ad eleggere deputati con il maggioritario, sarà uguale al numero di voti ottenuto dal secondo classificato più uno.

3 - Si sommano i voti validi ottenuti dai partiti che abbiano superato il 4% del totale nazionale dei voti.

4 - Si divide questo totale per il numero di seggi da ripartire e si ottiene il quoziente elettorale nazionale.

5 - Si divide il totale netto dei voti di ogni lista partito o partiti in coalizione per il quoziente.

6 - Si assegnano ad ogni partito, o lista, tanti seggi quante volte stia il quoziente nel totale dei voti del partito o della lista.

7 - Se avanzano seggi da ripartire si attribuiscono alle liste, o ai partiti, che abbiano i resti maggiori.

Tornando all'esempio precedente, degli otto seggi sono rimasti da ripartire proporzionalmente due (25%). Vediamo come si distribuiscono:

	PART.A	PART.B	PART.C	PART.D	TOTALI
TOTALE					
VOTI	111.500*	85.000*	80.000	20.000	300.500
VOTI DA					
SCONTARE	42.502	16.501	22.001	4.000	85.004
VOTI					
NETTI	72.998	68.499	57.999	16.000	215.496
QUOZIENTE					
ELETTORALE		107.748			
SEGGI					
PROPORZIO N. 1	1	0	0	2	
TOTALE					
SEGGI					
OTTENUTI	4	2	2*	**	8

* Residui maggiori che ottengono i due seggi con la proporzionale;

** Seggi ottenuti con il sistema maggioritario per la coalizione C e D.

Secondo l'esempio anteriore:

1. Tutti i partiti hanno ottenuto più del 4% dei voti e pertanto possono partecipare alla distribuzione dei seggi con la proporzionale .

2. Si sommano tutti i voti validi dei partiti (300500), si scontano i voti che ogni partito ha apportato per guadagnare i seggi ripartiti con il sistema maggioritario (85004).

3 - Il risultato (215496 voti) si divide per due, ossia per il numero dei seggi da ripartire nel nostro esempio e si ottiene un quoziente che è 107748.

A questo punto bisogna ricordare che questo è un esempio semplicemente indicativo, poiché secondo la legge elettorale italiana, il quoziente elettorale deve essere nazionale, e quindi si devono sommare i voti di tutti i partiti a livello nazionale. Fare lo scorporo anche a livello nazionale, dividere per il totale nazionale dei seggi da ripartire e, in questa maniera, ottenere

il quoziente nazionale.

4 - Si divide il numero netto di voti di ogni partito per il quoziente.

Nel nostro esempio nessun partito ottiene seggi per quoziente.

Si passa alla ripartizione secondo i resti maggiori e così il partito A ottiene un seggio ed il partito B l'altro. Riassumendo l'esempio, il partito A ottiene tre seggi con il sistema maggioritario ed uno con il proporzionale, non per quoziente bensì per residuo; il partito B ottiene un seggio con il maggioritario ed un altro con il proporzionale, anche per residuo; i partiti C e D ottengono due seggi con il maggioritario e in coalizione.

3. Come si può osservare dagli esempi il nuovo sistema elettorale per la Camera e per il Senato della Repubblica è molto complesso e difficile da applicare. Già il solo fatto di essere misto (maggioritario per il 75%, e proporzionale per il restante 25%) rappresenta una complicazione.

Se a questo si aggiunge il poco pratico e confuso computo dello "scorporo" o sconto di voti ai partiti che abbiano ottenuto seggi con il sistema maggioritario e le condizioni per poter partecipare alla distribuzione proporzionale, il sistema non può essere più pasticciato e apportatore di caos.

Dopo l'esperienza elettorale dello scorso mese di marzo 1994 (elezione del nuovo Parlamento), la conclusione è che il nuovo sistema elettorale italiano ha preso il peggio del sistema maggioritario e del sistema proporzionale e nessuno dei loro vantaggi.

La prova di quanto sopra si ha nel fatto che solo dopo un mese e mezzo dalle elezioni si è potuto formare il nuovo governo; un governo che ha cominciato a funzionare nelle peggiori condizioni d'instabilità e debolezza.*

La situazione è da lamentare maggiormente se si considera che uno degli scopi principali del nuovo sistema era di dare al popolo la possibilità di eleggere il governo contemporaneamente al Parlamento. Il risultato è stato il contrario.

Il nuovo governo si è potuto formare con grandi difficoltà, sulla base di alleanze multipartitiche e pertanto con un fattore d'instabilità endogeno che impedirà il passaggio alla nuova 2ª Repubblica Italiana.

Attualmente l'opinione pubblica e quella degli esperti coincide con l'idea che sarebbe stata più conveniente l'adozione di un sistema elettorale

* Alla fine è durato pochi mesi!!

maggioritario a doppio turno o, meglio ancora, un sistema elettorale maggioritario puro o ad un solo turno.

Se ciò che si desiderava era dare fiducia alle maggioranze e dare al popolo la possibilità di votare per il governo contemporaneamente all'elezione del Parlamento ed in questo modo ottenere stabilità politica, pur sacrificando la rappresentanza delle minoranze, si è ottenuto il contrario.

Il popolo non ha potuto votare per il Governo e questo sarà debole e instabile e le minoranze sono rimaste senza rappresentanza. Il vecchio sistema elettorale, il proporzionale, per mezzo del quoziente elettorale e i residui maggiori o quello del metodo d'Hondt perlomeno erano più facili da applicare e al tempo stesso davano rappresentanza alle minoranze e al popolo la possibilità di esprimere le proprie preferenze scegliendo candidati dalle liste che i partiti presentavano.

E' certo che questo sistema comportava il frazionamento dell'elettorato e quindi la debolezza dei Governi, mentre lasciava i quadri dei partiti come padroni e signori dello Stato (partitocrazia). Il nuovo sistema elettorale ha lasciato intatta la partitocrazia, è avvenuto solo un cambio di partiti: al posto della Democrazia Cristiana, del Partito Socialista, del Partito Socialdemocratico, del Partito Repubblicano e del Liberale che governavano, ora ci sono i partiti della destra: la Lega del Nord, Alleanza Nazionale (ex - fascista) e il movimento di Berlusconi, "Forza Italia".

D'altra parte, il sistema elettorale non ha dato al popolo il potere di influire direttamente sulla formazione del Governo, infatti, la sua forma mista e il "ripescaggio" dei candidati ha impedito un voto maggioritario a favore di un partito. Inoltre si è sacrificata inutilmente la rappresentanza delle minoranze.

Altri aspetti negativi della nuova legge elettorale sono:

- a - Il "ripescaggio" dei candidati,
- b - La mancanza di inabilità e incompatibilità,
- c - il non rispetto del principio della separazione di poteri,
- d - La parità di candidature tra uomini e donne.

a - Il "ripescaggio", che la nuova legge permette sia per il Senato che per la Camera, consiste nel fatto che i candidati si possono iscrivere nei collegi uninominali per l'elezione attraverso il sistema maggioritario e, contemporaneamente, nelle liste che parteciperanno alla distribuzione proporzionale. In questo modo, se il candidato non viene eletto nel collegio uninominale maggioritario, può esserlo nella ripartizione proporzionale, cioè per mezzo del "ripescaggio". Questa particolarità della legge elettorale italiana mostra

l'imposizione dell'interesse dei quadri dei partiti sul senso comune e sul vero concetto di democrazia di partecipazione, mentre si converte in un fattore non funzionale per il sistema politico poiché, dato che l'elettore, nell'applicazione del sistema proporzionale di lista rigida, non può manifestare nessuna preferenza bensì obbligatoriamente deve votare per tutta la lista, per sottrazione o residuo finisce con eleggere quei candidati che sono stati respinti dagli elettori nella selezione maggioritaria uninominale.

In poche parole, i candidati che sono stati respinti dagli elettori nei collegi uninominali sono ripescati con la proporzionale. Si tratta di un sistema poco democratico adottato per favorire l'interesse dei dirigenti dei partiti.

b - La nuova legge elettorale non prevede per i candidati né inabilità né incompatibilità che sono comuni nei sistemi democratici e pluralisti. Così, per esempio, i funzionari pubblici, coloro che hanno vincoli di contratto con lo Stato, i privati con interessi ed affari con lo Stato sono liberi di potersi candidare e, in molti casi, se non vengono eletti tornano normalmente ai loro incarichi. Questo è il caso di giudici e magistrati, professori universitari, giornalisti della radio e televisione dello Stato e gli altri funzionari pubblici (ministri, sottosegretari, sindaci, ecc.). Possono candidarsi, fare campagna politica e se non vengono eletti, tornano ai loro incarichi.

Anche se sono eletti, al termine del mandato, se lo desiderano, possono ritornare ai loro precedenti posti di carriera amministrativa. Coloro che hanno contratti ed affari con lo Stato o che sono a capo dei mezzi di comunicazione di massa, per esempio, possono essere candidati ed eletti parlamentari e possono continuare ad occuparsi dei loro affari concretamente anche se non formalmente. Il caso più emblematico è stato nelle ultime elezioni quello del magnate della televisione e della stampa giornalistica, Berlusconi, che era stato eletto parlamentare ed inoltre nominato Presidente del Consiglio dei ministri, continuando ad impegnarsi concretamente nel mondo degli affari.

Queste incompatibilità che la legge elettorale italiana non ha previsto sono certamente fonte di corruzione e indebita partecipazione politica e al tempo stesso creano gravi ostacoli ad una seria separazione tra funzione pubblica e politica, tra affari e politica, tra interesse privato e interessi collettivi e interesse dello Stato.

c - Il non rispetto del principio della separazione dei poteri, caposaldo della democrazia liberale, si verifica frequentemente e il sistema elettorale

ne è causa.

Chi è giudice o magistrato in pochi giorni di campagna politica si converte in senatore o deputato, naturalmente grazie alla sua influenza che utilizza a favore di un partito o di una lista: come si è detto, se non viene eletto, ha il diritto di tornare al suo incarico e ugualmente a portare a termine il suo mandato.

c - D'altra parte i senatori e i deputati possono essere nominati in incarichi nel ramo esecutivo senza perdere né essere sospesi dalle loro funzioni legislative o dalla investitura parlamentare. Inoltre, possono continuare a rivendicare lo stipendio di parlamentare e quello di funzionari del ramo esecutivo. Si presenta qui anche una violazione del principio della separazione dei poteri, fonte di incompatibilità d'interessi, scambio di voti e corruzione amministrativa, molte volte coperta dall'immunità parlamentare.

La nuova legge elettorale italiana non ha cercato la soluzione di questi gravi problemi.

d - Una particolarità dell'attuale legge elettorale è che nella lista per la Camera le candidature devono essere paritarie ed alterne fra i sessi.

Così, la metà dei candidati devono essere di sesso maschile e l'altra metà di sesso femminile e devono disporsi alternativamente. Disposizione singolare, poiché in questo caso, al di là della capacità dei candidati, il sesso gioca un ruolo fondamentale. Gli elettori si vedono in questo modo obbligati a votare per le donne, o per gli uomini. Infatti, come si ricorderà, applicando il sistema proporzionale per la Camera, l'elettore vota per la lista e non può esprimere nessuna preferenza (11).

Le precedenti critiche si possono rinvenire sia nell'opinione pubblica che in dottrina a seguito dell'esperienza negativa dello scorso mese di Marzo 1944, quando per la prima volta si applicò la legge elettorale. Quindi, quasi certamente si giungerà alla sua riforma.

Tutto sembra indicare che si tratterà di superare il sistema elettorale misto e di adottare un sistema elettorale maggioritario, magari a doppio turno e, soprattutto, si tratterà di far sì che i cittadini eleggano i membri del Parlamento contestualmente a quelli del Governo.

4. Anche per quanto riguarda comuni e provincie, il sistema elettorale italiano è molto cambiato negli ultimi due anni. Effettivamente, per l'elezione di sindaci di comuni con meno di 15.000 abitanti oggi si applica un sistema elettorale maggioritario puro e semplice, cioè il candidato che ottiene un voto più degli altri vince l'elezione (12).

Dato che la candidatura di un sindaco viene unita ad una lista di candidati per il consiglio comunale, alla lista del candidato sindaco vincente si assegnano i 2/3 dei seggi del consiglio comunale e vengono dichiarati consiglieri eletti i candidati che abbiano ottenuto un maggior numero di preferenze. Per il 1/3 di seggi che resta da distribuire si applica il sistema elettorale proporzionale. Così che anche per i consiglieri comunali si applica il sistema elettorale misto. Gli elettori con il loro voto possono esprimere una sola preferenza. Con questo sistema misto, (2/3) con il maggioritario per la lista del sindaco eletto ed 1/3 con quello proporzionale per gli altri partiti o liste, si fraziona l'elettorato e si toglie stabilità ai consigli, cosa che si sarebbe potuta evitare con l'adozione di un unico sistema maggioritario (netto) o se si fosse deciso di assegnare 1/3 (33%) dei seggi alla 2a lista dopo quella del sindaco eletto.

Con la ripartizione proporzionale si conserva a livello comunale il multipartitismo instabile che ha caratterizzato il Governo ed il Parlamento a livello nazionale.

Nei comuni con più di 15.000 abitanti il sindaco viene eletto con un sistema maggioritario a doppio turno: se, nella prima elezione un candidato ottiene la maggioranza assoluta (metà + uno dei voti), viene eletto sindaco. Se nessuno la ottiene si convocano ad una seconda elezione o ballottaggio i due candidati che abbiano ottenuto più voti. Quando il candidato è eletto nella prima elezione, per l'assegnazione dei seggi del Consiglio si applica un sistema proporzionale che favorisce il multipartitismo e crea il rischio di un sindaco senza maggioranza nel Consiglio e pertanto debole, con seri problemi di governo. Anche in questo caso il sistema elettorale non è stato fortunato e per poter ben governare sarebbe stato meglio dare al partito o alla coalizione di partiti che rende possibile l'elezione del sindaco, un premio nel Consiglio, come si è fatto per i comuni più piccoli.

Ciononostante, è necessario puntualizzare che se il candidato viene eletto sindaco nel 2° turno, allora il 60% dei seggi del consiglio si distribuisce proporzionalmente tra le liste ed i partiti che hanno appoggiato il candidato vincente. Il 40% restante si assegna proporzionalmente tra le altre liste.

Anche in questo caso il sistema non è facile sebbene la sua applicazione nel 1993 non abbia dato cattivi risultati.

Questo sistema ha il vantaggio di assicurare rapidamente la formazione del governo comunale dandogli allo stesso tempo stabilità. Il doppio turno a livello comunale ha portato alla formazione di un bipolarismo politico che può essere funzionale per la democrazia nel senso dialettico di governo ed opposizione con la possibilità di alternanza, soluzione ottimale

per il governo democratico.

D'altra parte, il divieto di eleggere i sindaci per più di due mandati consecutivi favorisce la possibilità di alternanza e può contribuire ad impedire, per lo meno in teoria, la formazione di egemonie.

Lo stesso sistema elettorale maggioritario a doppio turno per i sindaci di comuni con più di 15.000 abitanti si applica per l'elezione dei Presidenti delle Province e dei membri dei consigli provinciali. I primi risultati dell'applicazione di questa nuovissima legislazione elettorale comunale e provinciale non sono stati del tutto negativi, ma c'è da dire che il sistema può essere migliorato, soprattutto se si riesce a superare il sistema misto e si adotta semplicemente quello maggioritario a doppio turno.

6. Per l'approfondimento del tema della storia e dell'applicazione dei sistemi elettorali in Italia, e ugualmente per l'analisi elettorale d'Italia si consigliano le seguenti opere e pubblicazioni:

NOTE

1) La crisi di tangentopoli, che ha comportato il venir meno dei partiti politici tradizionali, sembra gettare le basi per confermare il superamento della 1ª e l'inizio della 2ª Repubblica Italiana.

Tuttavia, in Italia non è successo come in Francia, dove il passaggio dalla 1ª alla 2ª Repubblica e alle successive, sino ad arrivare a quella attuale che è la 5ª avvenne con profonde riforme istituzionali. In Italia, sino a questo momento, l'unica riforma istituzionale è stata quella elettorale e quindi più che un cambio di Repubblica, ciò che si è avuto sino ad oggi è stato un cambio di partiti di governo. Quelli di centro-sinistra che governavano il paese sono stati sostituiti da quelli del centro-destra o più esattamente da quelli di destra. Però, i veri cambiamenti istituzionali non sono ancora avvenuti e quindi la 2ª Repubblica si trova ancora in gestazione.

2) L'articolo 75 della Costituzione permette che almeno 500.000 elettori o 5 consigli regionali convochino il popolo per decidere circa la deroga, totale o parziale, di una legge o di una norma con forza di legge. Rimangono escluse le leggi in materia tributaria, di amnistia ed indulto e quelle esecutive di trattati internazionali.

3) Le elezioni politiche del 27-28 Marzo 1994, le prime con il nuovo sistema elettorale, non hanno dato il risultato sperato. Dopo un mese e mezzo dalle elezioni non era ancora possibile formare il nuovo governo.

Inoltre, la formazione del governo fu poi possibile solo con alleanze multipartitiche. Peggio ancora, il nuovo sistema elettorale ha portato alla contraddizione che nel Senato c'è una maggioranza di partiti di centro sinistra e nella Camera una diversa maggioranza di forze della destra. Questa situazione comporta instabilità e debolezza per il Governo ed il rischio permanente di sfiducia al Governo o di scioglimento del Parlamento.

4) Per approfondire la storia del sistema elettorale italiano vedere P.L. BALLINI, *Le*

elezioni nella storia d'Italia dall'Unità al Fascismo, Bologna, 1988, e *Political Strategies and Electoral Reforms: origins of voting systems in Europe in the 19th and 20th Centuries*, a cura di N. Noiret, Baden - Baden, 1990.

5) Per il Senato venivano direttamente eletti i candidati che avessero ottenuto il 65% dei voti, percentuale che, durante la vigenza di questa norma, solamente i candidati del partito regionale del Trentino - Alto Adige, la Südtiroler Volkspartei, ottenevano.

6) Il sistema o metodo d'Hondt, per l'applicazione del sistema proporzionale, consiste praticamente nell'assegnare i seggi ai partiti o liste che ottengano la media statistica più alta o più forte, intendendo per media la relazione tra voti validi e seggi per qualsiasi partito e considerando che per il primo promedio si dividono i voti di ogni partito o lista per uno, poi per due, per tre e così via.

Il partito o lista che in ogni caso ottenga un quoziente più alto vince un seggio. Questo sistema fu inventato in Belgio alla fine del secolo scorso e si applica attualmente anche in Austria, Finlandia, Germania, Olanda e Svizzera.

7) Dopo il *Referendum* popolare del 9 Giugno 1991, nelle elezioni politiche per la Camera dei Deputati del 1992 gli elettori italiani poterono manifestare una sola preferenza, invece delle tre o quattro alle quali fino ad allora avevano diritto, scrivendo il cognome del candidato preferito.

8) Questa operazione nel linguaggio elettorale italiano si denomina "scorporo", da "scorporare" ovvero togliere dal "corpo", l'insieme o il totale di voti di un partito, un numero uguale o una proporzione di voti uguale a quelli che sono serviti per la vittoria nell'assegnazione dei seggi mediante il sistema maggioritario.

9) Articolo 5 della legge 276 del 1993.

10) Così, candidati, in questo caso, tristemente famosi come Mario Segni o Vittorio Sgarbi, (il primo già leader della Democrazia Cristiana e propugnatore del sistema maggioritario; il secondo noto personaggio della televisione), si sono salvati nelle elezioni del 27-28 Marzo scorso. Infatti essi persero nei collegi uninominali e per residuo furono eletti con il sistema proporzionale.

11) Secondo l'articolo 1 della legge 277 del 1993 e l'articolo 2 del Regolamento esecutivo della stessa, le liste di più di un candidato devono essere formate in modo paritario da candidati e candidate, in ordine alterno, sia nelle schede di votazione che nei manifesti di propaganda elettorale. Naturalmente le donne non hanno protestato per questo discriminazione: includerle o farle (eventualmente) eleggere obbligatoriamente non per il merito, bensì per il sesso. Bisogna, però, ricordare che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questi due articoli!!

Bisogna ricordare che la nuova legge elettorale ha eliminato il diritto dell'elettore di manifestare le sue preferenze per uno od alcuni dei candidati delle liste.

12) Prima del 1993 l'elezione dei Sindaci e Presidenti delle Provincie non era né popolare né diretta. I cittadini eleggevano i consigli comunali e i consigli provinciali, e questi, a loro volta, i Sindaci ed i Presidenti.

BIBLIOGRAFIA

1. E. BETTINELLI, *All'origine della democrazia dei partiti. La formazione del nuovo*

ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944 - 48), Milano, 1982.

2. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991.

3. O. MASSARI-G. PASQUINO, *Rappresentare e Governare*, Bologna, 1994 (in particolare le Conclusioni).

4. G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, cap. 9 del Manuale di diritto pubblico, Bologna, 1994.

5. *Votare un solo candidato. Le conseguenze politiche della preferenza unica*, Bologna, 1993.

6. *Materiali per la riforma elettorale*, a cura di R. Ruffilli, Bologna, 1987.

7. G. SARTORI, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milano, 1982.

8. . TENTONI, *La novità del maggioritario alla prova delle urne*, Milano, 1994 (viene descritta con esempi la nuova legge elettorale italiana).

GIOVANNI BATTISTA VARNIER

*VALORI RELIGIOSI E SOCIETÀ CIVILE: RIFLESSIONI SUL CASO
ITALIANO*

SOMMARIO: 1. Quale disciplina giuridica per il fenomeno religioso? - 2. Il caso italiano: "le due Rome". - 3. I problemi di oggi: a. la rinnovata soluzione pattizia: un accordo di separazione? b. antiche e nuove minoranze religiose; c. la legislazione "diffusa" per il fenomeno religioso. - 4. Verso la nuova Repubblica: a. il principio supremo di laicità; b. i principi del cattolicesimo "parte del patrimonio storico del popolo italiano". - 5. Conclusioni.

È un onore per me prendere la parola nell'Università Externado di Colombia, che alla sua origine ed in tutto il suo percorso scientifico e civile più che secolare si ispira ai principi di libertà e di laicità come fondamento di una vera scienza. Così mi spiego le parole che leggo nello stemma dell'Università: "*Post tenebras spero lucem*".

Voglio subito sottolineare che è un errore intendere la laicità come qualcosa che già da tempo abbiamo conquistato e che già esiste, come qualcosa di immutabile e di statico, in una qualche forma come sublimata nel cielo delle idee, tanto per usare l'immagine platonica.

È un'idea consolidatasi quando nel mondo occidentale esistevano una, due, tre religioni e confessioni e, in opposizione a queste, la laicità come valore dell'indifferenza della società civile e politica al fenomeno religioso, che avrebbe dovuto essere considerato come patrimonio privato dell'individuo.

1. La domanda posta nel titolo di questo paragrafo sta a significare se nella società contemporanea sia ancora necessaria, come è avvenuto per il passato, una specifica disciplina giuridica per il fenomeno religioso. È infatti venuta meno quella sensibilità per la problematica dei rapporti tra fattore religioso e comunità politica che ha accompagnato tutta la storia dell'occidente cristiano. Le questioni economiche e sociali hanno oggi il sopravvento e determinano le scelte collettive e le strategie di interesse comune.

Tuttavia, l'anelito verso lo spirituale, l'aspirazione alla trascendenza e il sentimento religioso in genere non possono essere ulteriormente compresi, perché sono una componente essenziale della personalità umana. Il mondo delle religioni è in fermento con una rivitalizzazione dei problemi che occupano lo spazio delle coscienze individuali e delle organizzazioni sociali e riducono l'ambito che il principio di laicità considerava come il dominio riservato e prevalente dell'organizzazione sociale e politica. In que-

sto senso noi incontriamo fenomeni nuovi che le teorie del passato non potevano prevedere.

Se la sfera religiosa non può venire ulteriormente compressa, non può essere neppure totalmente circoscritta nel privato. Viviamo in un sistema quale quello occidentale impregnato di valori di matrice cristiana e, per quanto qui ci riguarda, dal principio del dualismo giurisdizionale cristiano. Col passo evangelico: "*Reddite ergo quae sunt Caesaris, Caesari; et quae sunt Dei, Deo*" iniziò quel contrasto tra autorità civile e autorità religiosa che, nei secoli, pose di fronte papi e vescovi da un lato, imperatori e re dall'altro. Questa visione del mondo - che contrappone ai poteri e ai doveri dello Stato (istituzione naturale e temporale) la Chiesa (istituzione spirituale e soprannaturale) - postula immediatamente il principio della dualità nel governo dell'umanità, nel senso che questa richiede che la Chiesa e lo Stato, pur diversi per origine, natura e mezzi, vi rivolgano parimenti le loro cure.

Da tale contrapposizione è scaturito, come conseguenza, il problema di armonizzare i dettami del potere politico e di quello religioso. Infatti, entrambi questi poteri, ciascuno per proprio conto, impongono regole di comportamento allo stesso aggregato di individui. La questione non è di facile soluzione, in quanto la Chiesa (e comunque ogni altro tipo di autorità religiosa) ha sempre affermato la sua superiorità sullo Stato, a causa della preminenza del fattore spirituale su quello temporale.

Come sappiamo i rapporti tra questi due enti dettero origine anche a contrasti e a gravi turbolenze, ma in tanti secoli di vita né l'uno, né l'altro fu soppresso o assoggettato decisamente, lasciando inoltre il *civis-fidelis* diviso dall'obbedienza a due diverse autorità in disaccordo tra loro.

Se oggi nessuno rimpiange che restino soltanto un ricordo quelle lotte tra *imperator et pontifex*, che per un lungo ordine di anni hanno riempito la storia d'Europa, non si può non lamentare che lo spazio riservato al mondo dell'economia rischia di porre in secondo piano la delicatezza e la specialità di quegli affari di coscienza: "pei quali l'ascoltare o no una messa è cosa che vale infinitamente più di Parigi", come ebbe a sostenere Benedetto Croce, prendendo la parola in Senato, nel 1929, nel discorso per la ratifica dei Patti lateranensi.

Si pone quindi l'esigenza di inserire in modo compiuto il modello di Stato laico contemporaneo nelle consuete sistematiche dei rapporti Stato-Chiesa. Nell'ambito dello studio relativo agli aspetti giuridici del fattore religioso, non c'è chi non veda come gli antichi termini da cui derivano le odierne classificazioni siano ormai inadeguati.

Queste sistematiche sembrano aver perso il loro valore di categorie

interpretative delle realtà statuali moderne, tanto è vero che spesso vengono confuse e le definizioni perdono i loro significati specifici. Uno degli esempi emblematici di questo malinteso è l'appiattimento della categoria dello Stato laico in quella del separatismo, dimenticando che alcuni ordinamenti laici intrattengono rapporti speciali con la Chiesa cattolica e con altre confessioni religiose.

Pertanto, continuando a restare ancorati ad una concezione di rapporti intercorrenti in modo diretto tra ordinamenti giuridici primari, non vengono riconosciuti i mutamenti verificatisi nelle relazioni tra gerarchie ecclesiastiche e poteri civili. Tramontati gli incontri di vertice e preso atto dei tentativi operati dalla Chiesa cattolica di ricostruire una società cristiana non più fondata sulle garanzie dei sovrani ma sull'azione dei fedeli, si dovrà tener conto di questa evoluzione storica ed inserire in una sistematica che risale al secolo scorso il ruolo, ove risulti presente, del cattolicesimo politico e del movimento cattolico in generale. È soprattutto il partito di ispirazione cristiana che, ove le condizioni politiche lo consentono, si interpone nell'antico rapporto tra Chiesa e Stato e costituisce un'entità da considerarsi attentamente e che non può venire inquadrata negli schemi usuali.

La valutazione di questa nuova realtà presenta delle difficoltà, ma se non otterrà il rilievo adeguato e si continuerà ad operare secondo categorie anteriori allo sviluppo della stessa e frutto di un pensiero giuridico di formazione liberale, per ciò ostile a dare valore all'azione dei cattolici, parte della storia delle relazioni Stato-Chiesa dalla seconda metà del secolo scorso ad oggi non troverà completa spiegazione.

La mia idea è che il compito più importante della scienza del diritto ecclesiastico sia la ricerca di una nuova forma di laicità caratterizzata non da una sospettosa indifferenza al fenomeno religioso, piuttosto per un'attenzione al fenomeno stesso nelle sue forme individuali e collettive. Cioè alle ragioni di chi crede e di chi non crede e ai riflessi di queste attitudini nel diritto, come, per esempio, nel molteplice caso dell'obiezione di coscienza, dove non viene in considerazione la frontiera dello Stato di fronte al fenomeno religioso, bensì la frontiera del fenomeno religioso di fronte allo Stato.

Da ciò deriva una seconda considerazione, cioè la necessità di uno studio della disciplina giuridica del fenomeno religioso in sé considerato, anche se non esiste in Colombia un insegnamento specifico come in Italia, che prende il nome di diritto ecclesiastico, inteso come il diritto dello Stato che si riferisce al fattore religioso.

In questo senso l'Università di Urbino da tempo ha assunto un ruolo

molto importante nello studio e nella ricerca sulle minoranze religiose, organizzando due convegni su i seguenti temi: il primo "Normativa e organizzazione delle minoranze confessionali in Italia", che si svolse nel settembre 1990, il secondo sul tema "Principio pattizio e realtà religiose minoritarie", svoltosi nell'ottobre 1993.

Con questa ultima considerazione preliminare tengo a dire che, sebbene esistano analogie tra la Colombia e l'Italia, l'Italia ha una forte specializzazione e per tanto la mia relazione si riferisce nel suo titolo al caso italiano.

2. Quanto abbiamo richiamato nelle grandi linee interessa tutte le realtà statuali dell'Occidente cristiano, quindi anche la Repubblica di Colombia, Stato concordatario da antica data che oggi sta affrontando problemi di armonizzazione costituzionale di norme di derivazione pattizia, non differenti da quelli di altri contesti democratici contemporanei, alla ricerca di un delicato equilibrio tra Stato laico e valori religiosi. Ma se questo è valido per tutti quei Paesi che accettano la separazione tra la sfera religiosa e quella civile, è significativo per l'ordinamento italiano che vede la presenza ultramillenaria del pontefice in Roma, a cui spettano, tra gli altri, i titoli di Primate d'Italia e arcivescovo e metropolita della Provincia romana. È un'anomalia a cui non si presta nessuna delle soluzioni proposte per altri ordinamenti e che ha visto il nostro storico e politico Giovanni Spadolini, scomparso nell'estate 1994, usare in più occasioni le espressioni: "Le due Rome"; "Le due rive del Tevere"; "Il Tevere più largo", per meglio evidenziare questa realtà, auspicando nel contempo una serena convivenza, in un clima di armonia e di reciproco rispetto.

Una tale situazione può essere riassunta in tre punti:

- a) La rinnovata soluzione pattizia;
- b) Minoranze religiose antiche e nuove;
- c) La legislazione "diffusa" per il fenomeno religioso.

Quale è dunque la risposta italiana? Quali indicazioni troviamo nei principi della Carta costituzionale per regolare i rapporti tra Stato laico e fattore religioso?

Come è noto gli orientamenti della politica ecclesiastica italiana di questo secolo sono stati differenti; si è conosciuto il laicismo anticlericale, il confessionnalismo, la costruzione di uno Stato etico, con i suoi valori specifici, fino alla situazione odierna che - come cercheremo di delineare - intrattiene relazioni privilegiate con diverse confessioni religiose, ne riconosce altre e alcune volutamente ignora.

a. Dopo la catastrofe della guerra, il travaglio della lotta di liberazione e la sconfitta del nazifascismo, si inaugura un periodo in cui le grandi ideologie contrapposte si fronteggiano, ma anche convivono. Esse sono presenze dominanti in sede di Assemblea costituente. Ciò comporta che debbano contemperarsi per produrre la Costituzione italiana del 1948, che è basata sul principio pluralista dell'eguale libertà religiosa e sul principio pattizio esteso alle confessioni non cattoliche, in modo da disciplinare con equilibrio l'interesse per il fattore religioso esterno.

Appare tuttavia assai discutibile che un ordinamento, improntato allo scopo di distruggere una dittatura per sostituirla con una repubblica democratica e parlamentare, assuma l'impegno costituzionalmente rilevante di evitare ogni rottura con il passato nei suoi rapporti con la Chiesa cattolica, richiamando integralmente i Patti del Laterano del 1929 nella nuova Carta costituzionale e lasciando per parecchio tempo inerte tutte le istanze di revisione concordataria. Nonostante il nuovo quadro istituzionale, per lungo tempo lo Stato italiano si caratterizzò per un orientamento confessionista cattolico, attraverso un'irrilevante produzione legislativa, una prassi amministrativa immobile, una prevalente dottrina e una giurisprudenza ferme nel sostegno della cosiddetta "costituzionalizzazione" dei Patti lateranensi.

Diversi fattori contribuirono al "disgelo" istituzionale - così definito da alcuni studiosi - che si ebbe negli anni '60. In questo clima fu approvata, nell'ottobre 1967, una mozione parlamentare contenente una limitata istanza di revisione concordataria e si costituì un'apposita Commissione ministeriale di studio. Spinta occasionale di questo evento fu un veto amministrativo alla rappresentazione in Roma dell'opera, del drammaturgo tedesco Rolf Hochhuth, "Il Vicario", considerata lesiva della memoria di Pio XII e tale da violare il carattere sacro della Città eterna, riconosciuto dall'articolo 1° del Concordato del 1929.

Ad ostacolare questo *iter*, ma nello stesso tempo a rendere più necessaria una profonda riforma concordataria, si inserì la vicenda del divorzio che nel nostro paese ha una lunga storia di tentativi non giunti in porto e di intrecci con le situazioni politiche. Quando incominciò a delinearsi una maggioranza parlamentare a sostegno dei progetti tendenti a disciplinare i casi di scioglimento di matrimonio, la Santa Sede - preoccupata del riconoscimento degli effetti civili al matrimonio canonico - chiese al governo di iniziare trattative per giungere ad una interpretazione dell'articolo 34 del Concordato, mentre i cattolici italiani protestavano contro l'istituto del divorzio e il partito di maggioranza (Democrazia Cristiana) ottenne il varo delle norme sul referendum popolare.

Immediatamente dopo l'approvazione della legge 1° dicembre 1970, n° 898 che porta il titolo: "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio", si ebbe la richiesta della sua totale abrogazione a mezzo referendum. Tre anni dopo avvenne la consultazione referendaria - allorché il divorzio era entrato senza traumi nel costume degli italiani - ciò fece assumere alle parti toni aspri e vide i credenti divisi nel rispettare le indicazioni della gerarchia. La volontà popolare venne così a confermare degli articoli di legge tecnicamente non esemplari, i quali avrebbero potuto trovare spazio nella più organica riforma del diritto di famiglia e la data del 12 maggio 1974 evidenziò quella graduale acquisizione di una coscienza laica in atto nella maggioranza del Paese. Contemporaneamente - non avendo trovato seguito - pur essendo state accolte con interesse - alcune proposte di revisione costituzionale degli articoli 7 e 8 della Costituzione e risultando scarsamente attuabili i tentativi volti ad abrogare mediante referendum le norme che immettono nell'ordinamento interno i Patti del Laterano, il continuo ampliamento delle aree di libertà fece sembrare anacronistici molti privilegi, producendo una vasta erosione delle norme concordatarie, tanto che i risultati della Commissione Gonella (quella commissione costituita dopo la mozione parlamentare del 1967) sembrarono vecchi quasi come lo stesso Concordato.

Mentre l'*iter* per la revisione concordataria si prolungava nel tempo, tanto da far dubitare che potesse concludersi e si allontanava l'interesse per gli esiti degli incontri dei rappresentanti della Santa Sede e del Governo italiano per predisporre su basi attuali schemi per un futuro concordato, la Corte costituzionale - siamo ormai nel 1982 - dopo alcuni segnali premonitori non recepiti dalla classe politica, intervenne direttamente in tema di effetti civili del matrimonio canonico. La giurisprudenza costituzionale, innacciando per la prima volta la materia concordataria, svolse un'azione di supplenza, indirizzandosi verso una interpretazione del Concordato consona ai principi supremi della Costituzione.

Ci troviamo così nel 1984 con una completa revisione del Concordato del 1929 (da 45 a 14 articoli, oltre ad un protocollo addizionale) e con l'avvio del processo delle intese previste dall'articolo 8 della Costituzione.

Esaminando questi Accordi (in cui all'articolo 1 si prevede che lo Stato e la Chiesa si impegnano "alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del paese"), si può constatare come il dettato del Concilio Vaticano II di una sana collaborazione tra società religiosa e società civile viene ad assumere forme e contenuti differenti. Infatti diversi possono essere i riflessi e le implicazioni della norma concordataria le cui finalità

sono più temporali che spirituali e, se da un lato eliminano ogni rivendicazione di una *potestas indirecta in temporalibus*, dall'altra introducono il principio della collaborazione come principio sostitutivo dei valori classici del confessionismo cattolico. Tale sistema si fonda sull'accettazione della Chiesa cattolica come forza sociale (accanto e al di sopra di una pluralità di altri soggetti) e della dimensione sociale che anche lo Stato ha assunto.

Si tratta di un metodo che - secondo le parole del Presidente del Consiglio italiano (gennaio 1984) - dovrebbe consentire "di esprimere strumenti nuovi e idonei a dar vita a un sistema di equilibrata e armonica composizione degli interessi religiosi dei cittadini, di quelli delle Confessioni religiose e di quelli dello Stato" e "potrebbe segnare l'inizio di una fase di nuovi accordi Stato-Chiesa che risolvano l'antico ruolo di definizione teorica dei confini nella più ampia dimensione della libertà religiosa, trasformando i cosiddetti patti di unione del passato in nuovi patti di libertà e di cooperazione, secondo le precisazioni date dal Concilio Vaticano II nella costituzione *Gaudium et Spes* in ordine ai rapporti con la comunità politica".

b. Anche se in un contesto come quello italiano il riferimento al cattolicesimo è di gran lunga preminente, non è da trascurare, a proposito delle minoranze religiose, quella evoluzione che in un secolo da "culti tollerati", poi definiti "ammessi" e, infine, "acattolici", li fa oggi qualificare come "confessioni diverse dalla cattolica".

Il legislatore ha preferito abbandonare le vecchie concessioni a carattere particolare di stampo ottocentesco, a favore di una garanzia di condizioni corrispondenti a quelle previste per la Chiesa cattolica: corrispondenti ma non uguali. Il governo fascista, in modo significativo, presentò una nuova disciplina sui culti ammessi il medesimo giorno in cui fu presentata la legge di esecuzione dei Patti lateranensi (fa storia a parte il trattamento riguardante gli israeliti i quali, nel volgere di pochi anni, conobbero una disciplina sostanzialmente accordata e provvedimenti vessatori che li colpirono sotto l'aspetto razziale).

Analogamente al Concordato detta disciplina venne poi rafforzata nei confronti del legislatore ordinario che volesse abrogarla o modificarla senza le intese previste dall'articolo 8 della Costituzione. Quelle stesse cause che hanno messo in moto il procedimento di revisione concordataria hanno dato inoltre l'avvio all'attuazione delle intese.

Ma proprio l'attuazione del dettato costituzionale ha creato un paradosso, infatti ha approfondito le disuguaglianze tra le confessioni religiose, creando diverse condizioni giuridiche per le confessioni che hanno stipulato

un'intesa, rispetto a quelle che non l'hanno richiesta, o che richiestala non l'hanno ancora ottenuta.

Già il costituente italiano nel formulare l'articolo 8 aveva in mente una realtà religiosa che non è quella odierna nettamente pluriconfessionale e identificava le minoranze religiose sostanzialmente con ebrei e valdesi, mentre oggi è lo stesso sistema di accordi che, ponendo in maggiore considerazione alcuni valori (prevalentemente tradizionali) rispetto ad altri (prevalentemente lontani da quelli del nostro ordinamento), finisce con il ritagliare spazi maggiormente tutelati per alcune confessioni rispetto alle altre.

c. Come nel passato le norme concordatarie del 1929 ampliarono l'oggetto proprio del diritto ecclesiastico, facendo rientrare nel suo ambito istituti di competenza di altri settori del diritto (il riferimento è al diritto matrimoniale), gli Accordi di Villa Madama del 1984 hanno operato una ulteriore estensione, quanto meno delle materie soggette a regolamento patizio (si pensi ai beni culturali e, in modo meno specifico, a tutta la problematica relativa ai rapporti tra Chiesa particolare e comunità civile che si apre con la firma dei protocolli del 18 febbraio 1984). A ciò dobbiamo aggiungere una più antica, ma ugualmente recente, attenzione per la legislazione italiana extraconcordataria; infatti, nell'intento di ampliare la prospettiva rappresentata dalla normativa speciale contenuta in quelle deliberazioni bilaterali che da iustri sono considerate il nucleo fondamentale della materia, alcuni studiosi hanno iniziato ad approfondire anche tale settore. Abbiamo quindi l'introduzione di nuove norme nel corpo di quello che, con termine desueto, si definisce diritto concordatario, accanto ad una maggiore estensione e conseguente attenzione ad una legislazione ecclesiastica perseguita attraverso quella che i giuristi individuano come legislazione "diffusa", la quale sposta e rinnova il tradizionale assetto gerarchico delle fonti del diritto ecclesiastico italiano. A questo proposito è il caso di far riferimento all'importanza che va assumendo, quanto meno dal punto di vista quantitativo, la legislazione regionale, laddove la forza dei fatti si è imposta sul disinteresse e la distrazione con cui la dottrina ha per lungo tempo seguito l'emergere delle autonomie regionali e l'evolvere delle relazioni tra società civile e società religiosa verso assetti che corrispondevano sempre meno ai modelli verticistici ed accentratori ereditati dal passato pre-costituzionale e pre-conciliare. Tale legislazione va occupando uno spazio crescente che talvolta non pare in linea con le norme statali e al cui sviluppo non ha fatto però riscontro una adeguata produzione di strumenti che ne permettano una sistematica e tempestiva conoscenza.

Dobbiamo quindi porre attenzione al fatto che nell'ordinamento italiano troveremo norme che riguardano il fenomeno religioso non solo nelle fonti tradizionali (concordato e intese), ma sparse in una serie di provvedimenti legislativi.

4. Siamo ormai - anche se stentiamo a prenderne atto - di fronte ad una nuova pagina della storia politica del nostro Paese, di fronte a mutamenti che faticiamo a quantificare. In una situazione segnata da cambiamenti non solo partitici, ma anche di carattere istituzionale tanto da poter parlare di una nuova Repubblica, quanto meno dal punto di vista sostanziale. Repubblica che dovrà essere fondata su una carta costituzionale ferma nella difesa di quei principi fondamentali che codificano gli ideali per cui si è combattuto nel primo e nel secondo Risorgimento nazionale, ma rinnovata per quanto riguarda l'organizzazione dello Stato, che però nel campo della disciplina giuridica del fenomeno religioso dovrà essere basata su due principi:

- a) Il principio supremo di laicità,
- b) Il principio del cattolicesimo come parte del "patrimonio storico del popolo italiano".

Nel campo della disciplina giuridica del fenomeno religioso in anni vicini abbiamo assistito ad una fase di dinamismo nelle relazioni tra Stato e confessioni religiose. Infatti si sono avuti tra il 1984 ed il 1989: l'accordo di modificazione del Concordato lateranense (il cosiddetto accordo di Villa Madama); la legge 20 maggio 1985, n. 222, che viene ad essere l'elemento più innovativo delle nuove norme pattizie, grazie alla disciplina della materia degli enti e dei beni ecclesiastici. Si sono poi avute una discussa intesa a carattere concordatario per disciplinare l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche; infine quattro intese con le quali per la prima volta si dà applicazione all'articolo 8, III comma della Costituzione, cioè l'intesa con la Tavola valdese, con le Assemblee di Dio in Italia, con gli Avventisti del Settimo Giorno e, ultima, quella con la Comunità ebraica italiana.

Salvo qualche intervento (sono in discussione intese con Battisti e Luterani), questa fase di dinamismo sembra essersi arrestata, mentre sono degni di interesse alcuni fermenti che provengono dal mondo religioso.

Di fronte ad una società che presenta spiccate caratteristiche di laicità e di agnosticismo e all'emergere a tratti di un anticlericalismo "radicale", dopo che il mondo cattolico ha attraversato uno sbandamento post-conciliare, assistiamo ad un rinnovato impegno religioso e a processi di riaggrega-

zione. Inoltre assumono rilievo altre forme d'impegno dei cattolici nel temporale come il volontariato, che insieme all'obiezione di coscienza coinvolge un numero elevato di cittadini di prevalente formazione cattolica. Nuovi settori di intervento si aprono nell'ambito delle realtà locali con la possibilità, nel contesto della riconosciuta autonomia amministrativa, di percorrere spazi diversi in contesti particolari quali: assistenza e beneficenza, beni culturali, consultori familiari, urbanistica religiosa, che direttamente o indirettamente toccano gli interessi religiosi della popolazione.

A fianco a ciò c'è l'affacciarsi nel nostro ordinamento di nuovi movimenti religiosi e della realtà islamica venata di fondamentalismo. Il riferimento è a quei movimenti che si caratterizzano per il proselitismo e con distinzioni sovente empiriche, che appartengono più al mondo della teologia che a quello del diritto e navigando tra entità più o meno religiose, spirituali e filosofiche, si staccano dal quadro giuridico delle minoranze religiose tradizionalmente intese. Gli studiosi li hanno rubricati con l'espressione "nuovi movimenti religiosi" o, secondo altri, "movimenti religiosi marginali". Quest'ultima definizione si riferisce anche a quei movimenti che in altre parti del mondo hanno una tradizione e un vasto seguito, ma che in Italia si sono presentati solo recentemente e per ciò vengono recepiti come "nuovi" (si pensi all'islamismo).

Si stanno sviluppando numerosi gruppi caratterizzati da un'impronta religiosa che si riflettono in modo sensibile sulla vita quotidiana degli adepti, ma che quasi sempre mancano della base ordinamentale. Sono realtà studiate, fino ad ora, prevalentemente da sociologi ed antropologi, ma che trovano i giuristi poco preparati ad inquadrarle ed a "stabilire quando ci si trova di fronte a credenze di religione che non si sostanzino in meri movimenti di pensiero e consentire allo Stato di valutarne il contenuto ideologico che non può essere indifferente non solo perché può contrastare con i limiti generali dell'ordine pubblico e del buon costume, ma perché preliminarmente ad ogni rapporto giuridico è l'esatta determinazione delle parti, gli interessi di cui esse sono portatrici ed il fine che intendono perseguire". È necessario aggiungere che, se in questi casi non si è sempre in presenza di confessioni riconducibili nel quadro giuridico delle "minoranze religiose", si è pur sempre di fronte a gruppi che perseguono finalità costituzionalmente garantite. A ciò si somma in modo più esplicito il fondamentalismo islamico, detentore di precetti religiosi e civili ad un tempo, che si scontrano, non solo con le nostre coscienze, ma anche con le nostre stesse istituzioni giuridiche.

Si scorgono aspetti inquietanti per le norme interne di alcuni gruppi a finalità religiosa e nasce il timore per la visione di una società sempre meno

laica propria di talune realtà minoritarie. La storia dell'uomo è legata all'intolleranza a sfondo religioso, oggi essa rischia di manifestarsi sotto aspetti diversi sia tra la maggioranza che tra i gruppi minoritari; gli echi che giungono dal vicino Oriente e la massiccia immigrazione di lavoratori extracomunitari di fede islamica fa temere per la serena coesistenza tra le varie religioni. Infatti la nostra Carta costituzionale, riconoscendo a tutti il diritto di professare la propria fede, pone all'attenzione generale anche la particolare realtà dei nostri giorni - e ancor più a quella che vi sarà in futuro - a seguito della presenza di una immigrazione straniera nel nostro Paese.

La presunzione di possedere la verità e quindi la necessità d'imporla, porta a manifestazioni di neo-fondamentalismo religioso che non possono essere semplicemente bollate come episodi di scarso sviluppo culturale e a cui occorre porre argine proprio a garanzia della laicità statale. Di fronte al crescente neo-integralismo, al nazionalismo legato allo spirito religioso, al risveglio islamico sorge il dubbio se lo Stato debba continuare a restare neutrale o se per caso gli strumenti offerti da un giurisdizionalismo moderno ed avanzato non possano costituire una difesa.

A qualsiasi soluzione si voglia arrivare non bisogna dimenticare che la nostra Carta costituzionale richiede la laicità dello Stato che viene a concretarsi nell'incompetenza in materia religiosa (come vedremo più in dettaglio nel paragrafo seguente). Accanto a ciò vi è tuttavia, costituzionalmente garantito, un interesse pubblico per il fenomeno religioso, con una posizione speciale per il cattolicesimo, i cui principi sono "parte del patrimonio storico del popolo italiano".

Non dunque una laicità sterilmente vuota, ma uno Stato laico che sappia accogliere con equilibrio quei valori, anche religiosi, che sono espressione della società italiana.

a. Indubbiamente lo Stato totalmente laico non esiste, è una astrazione più di quanto non lo sia lo Stato totalmente confessionale. Quando facciamo riferimento allo Stato laico pensiamo a quel tipo di laicità che nasce come momento d'indipendenza nei confronti della Chiesa e pensiamo principalmente allo Stato liberale borghese. La laicità odierna ha tuttavia perduto quelle connotazioni originarie sostanzialmente garantiste e non ci sono più rivendicazioni statuali nei confronti della Chiesa; nella società è poi venuto meno (mi riferisco all'attività legislativa, alla prassi amministrativa, alle decisioni giurisprudenziali e non ultimo alla stessa dottrina) quell'apporto liberale di matrice risorgimentale che, ad esempio, è presente nella Costituzione italiana. Invano faremo riferimento alla nostra Carta o ad altre

norme di legge per verificare se siamo o meno in presenza di uno Stato laico. Tale termine non compare mai nella Costituzione e ritengo, anche se un controllo è praticamente impossibile, che neppure compaia in alcun testo legislativo.

Certamente il dato si deve ricavare dall'analisi della politica ecclesiastica italiana, ma per avere un elemento giuridicamente fondante (non quindi valido solo politicamente) della laicità come principio del nostro ordinamento, dobbiamo ricorrere alle decisioni della Corte costituzionale. Come sappiamo la Corte ha affermato: "Il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei principi della forma di Stato delineato dalla Carta costituzionale della Repubblica", attribuendo, di conseguenza, a tale qualifica il valore di principio supremo dell'ordinamento, implicando, "non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale" (Sentenza n° 203 del 7 marzo 1989 e n° 13 del 14 marzo 1991). Resta problematica l'identificazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, visto che il nostro giudice delle leggi ne ha espressamente enunciato soltanto altri due (diritto alla tutela giurisdizionale e inderogabile tutela dell'ordine pubblico), ma si deve ritenere che ve ne siano degli altri per quanto qui interessa compreso quello del riconoscimento del pluralismo confessionale.

È però soprattutto evidente che la decisione della Corte porta ad un chiarimento nella definizione della tipologia dei principi supremi dell'ordinamento, facendovi rientrare anche quello della laicità, che contemporaneamente garantisce e pone limiti all'esercizio dei diritti di libertà religiosa che, grazie al suo ruolo di principio generale ha un valore superiore alle altre norme e leggi di rango costituzionale e per ciò diviene un parametro generale della legittimità di tutte le norme relative al fenomeno religioso.

b. Qualche problema o se si vuole maggiori ritardi presenta l'affermazione della laicità nel caso italiano. Si tratta infatti di un ordinamento che, pur riconoscendo il principio di laicità dello Stato, intrattiene relazioni concordatarie con la Chiesa cattolica e si pone nei confronti delle altre confessioni con rapporti a livelli giuridici differenti. Tramontate quelle ideologie che sostenevano un concetto di laicità come valore assoluto, lo Stato laico si è trovato sguarnito e ha finito con lo sposare qualsiasi qualificazione, con l'assimilare parte dei vecchi valori religiosi.

Il principale di questi è il patrimonio comune della cultura cristiana, presente da duemila anni nel nostro Paese, e, in un accordo in cui si afferma

di tener "conto del processo di trasformazione politica e sociale verificatosi in Italia negli ultimi decenni" e di avere presenti "i principi sanciti dalla Costituzione", si giunge ad affermare il riconoscimento della cultura religiosa "tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano".

A porre in crisi questa costruzione, che risponde al nome di Stato laico ma sensibile a determinati valori religiosi, non sono i conflitti tradizionali, ormai di ordine fisiologico, ma quei fenomeni nuovi e impreveduti di cui si è già fatto cenno. Che l'ordinamento statale debba difendersi dal fondamentalismo, inteso come uso della religione e mezzo di mobilitazione politica, e che possa stabilire quali confessioni e movimenti religiosi riconoscere non pare dubbio. Ciò che invece lascia perplessi è che lo faccia uno Stato che si proclama laico. Ma la perplessità maggiore deriva soprattutto dal fatto che nel riconoscere solo quei gruppi religiosi che rispondono a determinati requisiti, lo Stato finisce paradossalmente con l'utilizzare parametri che ha attinto da altre confessioni.

5. Di fronte a questo paradosso, il principio supremo della laicità sommata al principio del cattolicesimo come "parte del patrimonio storico del popolo italiano, e specialmente di fronte alle novità intervenute nel campo delle discipline ecclesiastiche (non si può dimenticare il Codice di diritto canonico del 1983), e a quelle di più ampia portata in corso nella società italiana, viene in evidenza la necessità di un'azione riequilibratrice che contribuisca a colmare le discrasie e a superare le incertezze in questo passaggio tra vecchi e nuovi ordinamenti. A tale compito è chiamata anche la dottrina italiana che può vantare una salda tradizione di cultori, pur nella crisi della civiltà giuridica. L'auspicio è che essa si assuma l'onere di rilevante impegno di carattere scientifico, di stemperare le residue disposizioni facenti capo a quella che un tempo si definiva la religione di Stato e quelle per i cosiddetti culti acattolici, per pervenire ad un solo *corpus* normativo statale, che garantisca identica libertà religiosa e spirituale e assicurare l'indipendenza delle finalità perseguite da ciascuna confessione.

Pensiamo pertanto ad un nucleo centrale volto a regolare l'insieme della problematica delle libertà di religione o meglio di coscienza e capace di realizzare la protezione individuale degli interessi religiosi dei singoli. Il gruppo, l'organizzazione sociale, la confessione sarebbero invece meglio garantiti attraverso una serie di accordi. Infatti, da quel nucleo centrale dovrebbero dipartirsi singole norme, pattizie o meno, di carattere particolare, volte ad assicurare prevalentemente la tutela collettiva degli interessi

religiosi.

Al giurista spetterebbe pertanto di ordinare tale sistema, proveniente da fonti diverse e tra loro eterogenee, in una costruzione organica.

Ciò consentirebbe di dar conto, oltre che di quegli istituti di diritto canonico che lo Stato italiano presuppone e riconosce nell'ordine suo, delle norme interne di quelle confessioni che, attraverso intese, entrano in contatto con l'ordinamento statale.

Al giurista spetta inoltre di indicare alle confessioni religiose, a tutte le confessioni religiose, un più incisivo intervento in un campo nel quale lo Stato è sempre intervenuto poco e male e oggi sembra voglia intervenire sempre meno ed è la sfida del sociale. Esse si porrebbero in modo ancor più completo al servizio dell'uomo, cittadino o straniero, in proporzione alle loro forze e secondo i loro convincimenti, anche utilizzando quello 0,8% che il contribuente destina ad esse, a cui bisognerebbe garantire l'accesso, insieme ad altre forme di detrazione fiscale, a tutte le confessioni che ne facciano richiesta a prescindere da una eventuale intesa con lo Stato.

Questo è il compito che dovrà svolgere la dottrina giuridica italiana nei prossimi anni.

Santafé de Bogotá, 23 settembre 1994