STVDI VRBINATI

DI SCIENZE CIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STUDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 2

Andrea Maria Azzaro, Appunti sulla nozione giuridica di "crisi" d'impresa come stato di non insolvenza (irreversibile), 181

MARIA LUISA BICCARI, Sul titolo De Iniuriis del Codice Giustinianeo: le costituzioni di Diocleziano e il diritto classico, 203

Alberto Fabbri, Ilaria Pretelli, The Right to Freedom of Religion in the Italian Experience of Secularism, 241

Gabriele Marra, «Diritto penale moderno» v. «Diritto penale ultra-liberale». Note su immagini francofortesi nella gius-penalistica spagnola, 279

Lucio Monaco, Prolegomena alla riforma del diritto penale dell'informatica nell'ordinamento giuridico della Repubblica di San Marino, 335

MARIA MORELLO, Humanitas e diritto: la condizione giuridica della donna nella famiglia dell'età pre-moderna, 365

VITTORIO PARLATO, Pietro Leopoldo: un principe riformatore, 397

EDOARDO ALBERTO ROSSI, L'autodeterminazione dei popoli tra jus cogens ed efficacia dei trattati in un recente accordo dell'Unione europea, 417

Direttore responsabile: Vilberto Stocchi

Comitato scientifico: Laura di Bona, Marco Cangiotti, Gabriele Fattori, Lanfranco Ferroni, Henry Frendo, Giuseppe Giliberti, Anna Maria Giomaro, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Andrea Lovato, Luigi Mari, Remo Martini, Lucio Monaco, Vittorio Parlato, Paolo Pascucci

Redazione: Maria Luisa Biccari, Maria Morello, Edoardo Alberto Rossi

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: A.G.E. Srl, Urbino

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

Andrea Maria Azzaro*

Appunti sulla nozione giuridica di "crisi" d'impresa come stato di non insolvenza (irreversibile)

Abstract

√

Il termine "crisi" emerge nel diritto fallimentare come categoria concettuale priva di una precisa connotazione giuridica, collocandosi nell'ampio alveo della distinzione tra insolvenza, reversibile e irreversibile, e temporanea difficoltà ad adempiere.

I vari riferimenti normativi allo stato di crisi introdotti con la riforma (ex artt. 160, 182-bis, 67, co. 3. Lett. e) ecc. Legge fall.) sembrano avere in comune sul piano giuridico la distinzione dalla situazione di insolvenza (art. 5 Legge fall.), identificando situazioni di squilibrio economico-finanziario (in ipotesi) reversibile, ove l'impresa – godendo (ancora) di credito – pare idonea a produrre valore e, quindi, si ritiene possa restare sul mercato.

Seppure al limitato effetto della ricorrenza dei presupposti di ammissione al concordato preventivo (art. 160, ult. comma, l. fall.) la "crisi" si estende, lambendola, sino all'insolvenza, vero spartiacque incontrastato, sino a tempi recenti, del "diritto fallimentare".

Ma in tal modo si pone un discrimine tra crisi e insolvenza, ponendo il problema di definire lo stato di crisi, di cui il legislatore della riforma, nonostante i reiterati interventi, non ha dato alcuna nozione, pur essendo numerose le norme che lo prevedono.

Il concetto di crisi, se appare sfuggente sul piano giuridico, si presta ad una precisa definizione su quello economico, in cui può definirsi come "quel processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite, di varia entità, che a loro volta possono determinare l'insolvenza che costituisce, più che la causa, l'effetto, la manifestazione ultima del dissesto".

^{*} Professore associato, docente di Diritto Privato e di Diritto di famiglia (ssd. IUS/01) presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Urbino 'Carlo Bo'.

Ma se tale è la connotazione economica dello "stato di crisi", si spiega perché gli studiosi, ritenendo il concetto indefinito, si siano mostrati in genere restii a delinearne una nozione giuridica, che anche oggi non sembra agevole delineare se non, appunto, *in negativo*, come ampia area che giunge sino al limite oltre il quale lo squilibrio economico-finanziario diventa irreversibile.

The term "crisis" emerges in bankruptcy law as a conceptual category devoid of a precise legal connotation, placing itself in the vast river of the distinction between insolvency, reversible and irreversible, and temporary difficulty in fulfilling.

The various regulatory references to the crisis situation introduced by the reform (ex Articles 160, 182-bis, 67, and 3). Law fall.) Seem to have a legal separation from the insolvency situation (Article 5 Law fall), identifying situations of reversible economic-financial imbalance (where hypothesis) where the enterprise - enjoying (still) credit - it seems appropriate to produce value and, therefore, it is believed to remain on the market.

Despite the limited effect of the recurrence of the conditions for admission to the preventive agreement (Article 160, last comma, l. Fall), the "crisis" extends, lending, until insolvency, a true undisclosed land, until recently, Of "bankruptcv law".

But in this way there is a discrepancy between crisis and insolvency, putting the problem of defining the state of crisis, which the Reformer legislator, in spite of the repeated interventions, did not give any idea, even though there are numerous norms that envisage it.

The concept of crisis, if it appears legal in the legal sense, lends itself to a precise definition of the economic one, in which it can be defined as "that degenerative process that makes business management no longer able to follow economic conditions due to phenomena of Imbalance or inefficiency, of internal or external origin, which results in the production of losses of varying magnitude, which in turn can determine the insolvency that constitutes more than the cause, the effect, the last manifestation of the disaster".

But if such is the economic connotation of the "state of crisis", it is explained why the scholars, considering the indefinite concept, have generally been shown to reveal a legal notion that even today does not seem easy to outline if not in Negative, as a large area that reaches the limit beyond which the economic and financial imbalance becomes irreversible.

ANDREA MARIA AZZARO

APPUNTI SULLA NOZIONE GIURIDICA DI "CRISI" D'IMPRESA COME STATO DI NON INSOLVENZA (IRREVERSIBILE)

SOMMARIO: 1. Profili evolutivi del diritto dell'"impresa in crisi". – 2. La nozione giuridica di "crisi" come stato di squilibrio economico-finanziario diverso dall'insolvenza irreversibile. – 3. Crisi e procedure di conservazione, insolvenza e procedure di liquidazione. – 4. (Segue). L'insolvenza non dichiarata come "confine mobile" fra concordato preventivo e fallimento. – 5. L'insolvenza dichiarata e il concordato (liquidatorio) fallimentare.

1. Profili evolutivi del diritto dell'"impresa in crisi"

A partire dal 2005, con una serie continua e talvolta compulsiva di interventi normativi, si è prodotta una profonda riforma della "legge fallimentare", con tale espressione volendosi intendere – nel gergo comune degli operatori giuridici – il diritto che regola forme e tecniche di gestione dell'impresa in crisi ¹.

In realtà, l'espressione che più diffusamente è dato rintracciare nelle opere di commento della riforma del diritto fallimentare è, piuttosto, diritto della "crisi d'impresa", ove però resta incerta la stessa definizione giuridica dello "stato di crisi".

¹ In tema, v. sin d'ora, in una letteratura sterminata, con riferimento al tema in esame, S. Ambrosini, *Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma del 2012*, in S. Ambrosini, G. Andreani, A. Tron, *Crisi d'impresa e* restructuring, Milano 2013, *passim*; Id., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna-Roma 2009, p. 242; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano 2008, p. 840; V. Lenoci, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano 2010, p. 5 ss.; M. Vitiello, *Il concordato preventivo*, Bologna, 2009, p. 239 ss.; M. Fabiani, *Il concordato preventivo*, Commentario del codice civile e codici collegati, Scialoja – Branca – Galgano, Bologna 2014, p. 55 ss.

² Su cui v. *infra*. Ma sin d'ora, a sintetizzare un'opinione diffusa fra gli studiosi, si veda G.B. Portale, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulle società di capitali)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 369, che si mostra critico verso l'uso del concetto a causa della sua indeterminatezza.

Del resto, la dottrina non ha mancato di ricordare come, anche storicamente, il termine "crisi" emerge nel diritto fallimentare come categoria concettuale priva di una precisa connotazione giuridica, collocandosi nell'ampio alveo della distinzione tra insolvenza, reversibile e irreversibile, e temporanea difficoltà ad adempiere³.

In effetti, il dato che accomuna – quale presupposto "sostanziale" – i diversi strumenti che la riforma ha inteso offrire agli imprenditori ⁴, è lo stato di crisi inteso, nella sua accezione economica, come squilibrio economico finanziario, nelle sue possibili forme e/o stadi, che "mostra la stabile presenza di meccanismi capaci, se non contrastati, di condurre in tempi più o meno brevi a crescenti tensioni finanziarie e quindi all'insolvenza" ⁵.

In questa prospettiva, proprio sul piano economico-aziendale si è inteso dimostrare che accordi stragiudiziali, piani di risanamento, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e, infine, fallimento, individua-

³ Cfr. F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano 2011, p. 39 ss., il quale rileva che "I problematici rapporti tra i concetti di 'insolvenza' e 'temporanea difficoltà di adempiere' e il dubbio sulla ammissibilità o meno di una insolvenza reversibile hanno indotto l'uso, nel linguaggio giuridico, del termine 'crisi', sfornito di tradizione e perciò meno impegnativo e più sfumato del precedente. Già la relazione alla legge fallimentare del 1942, a proposito del presupposto per l'amministrazione controllata, discorre di 'una temporanea crisi che rende impossibile l'immediato e regolare soddisfacimento delle obbligazioni'".

In argomento, ex multis, cfr., anche per i riferimenti al dibattito, A. Amatucci, Temporanea difficoltà e insolvenza, Napoli 1979, passim; Id., L'insolvenza come elemento oggettivo di collegamento tra le diverse procedure concorsuali, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa, a cura di G. Ragusa Maggiore, Padova 2002, p. 251; F. Corsi, Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?, in Fall., 2002, p. 948; passim; S. Pacchi, Il nuovo concordato preventivo, Milano 2005, p. 62; P.F. Censoni, Il «nuovo» concordato preventivo, in Giur. comm., 2005, I, p. 734; N. Rocco Di Torrepadula, La crisi dell'imprenditore, in Giur. comm., 2009, I, p. 216 ss.; G. Terranova, Stato di crisi e stato di insolvenza, Torino 2007, passim.

⁴ Com'è noto nel diritto positivo esiste una diffusa commistione di termini – quali imprenditore, impresa, attività economica professionalmente organizzata, azienda che pur essendo riferibili ora al soggetto, ora all'attività, ora al suo oggetto, costituiscono una organizzazione giuridica complessa considerata nel suo insieme (cfr. per tutti, G. Oppo, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss.; e già A. Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 1; più di recente P. Spada, voce *Impresa*, in *Dig. it. disc. priv., Sez. comm.*, VII, Torino 1992, p. 36 ss.) che si riverbera anche sul diritto fallimentare, ponendo il problema del soggetto cui sia riferibile il fallimento piuttosto che altra procedura concorsuale.

⁵ Così G. Brugger, Art. 160 l. fall. Profili aziendali, in Il nuovo diritto fallimentare, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna 2006, p. 2302.

no strumenti che dovrebbero poter essere utilizzati, rispettivamente, man mano che tale squilibrio economico-finanziario diventi più grave, individuando ciascuno lo strumento appropriato a gestire una certa "fase" della crisi d'impresa ⁶.

Giova, al riguardo, sin d'ora rilevare che le diverse forme di squilibrio economico-finanziario dell'impresa non identificano come tali situazioni qualificabili giuridicamente in modo diverso, se non per la distinzione che intercorre fra crisi e insolvenza (irreversibile).

In tal senso il diritto della "crisi d'impresa" – se con tale locuzione si intende valorizzare il concetto giuridico di crisi, finanche intesa, in senso teleologico, come (presupposto del diritto volto alla) "gestione razionale della crisi d'impresa" o (al) "superamento della situazione di crisi" – mostra i propri limiti, nella misura in cui, data la necessaria vaghezza del concetto giuridico siccome comprensivo di situazioni diverse fra loro, non consente come tale di delimitare con sufficiente precisione l'ambito di applicazione dei diversi strumenti giuridici.

A sua volta anche la categoria giuridica di insolvenza trova nella disciplina riformata dell'impresa in crisi nuove e distinte versioni – si pensi alle diverse formulazioni dell'art. 5 e 160, terzo comma, l. fall., ma anche a quella prevista dagli art. 27, d.lgs. 270/1999 e 1 d.lgs. 347/2003 –, che impongono una riflessione, già da tempo avviata, sulle forme dell'evoluzione del concetto in sede "concorsuale", nel più ampio alveo del principio di insolvenza commerciale, quale distinto, in ordine alle forme di tutela (concorsuale, piuttosto che individuale) dall'insolvenza civile⁸.

Sintomatica di tale linea di ricerca è la proposta di suddividere il "diritto fallimentare" – con tale locuzione intendendosi il diritto che regola la procedura fallimentare –, dal diritto della "crisi d'impresa", definito per contrasto "diritto non fallimentare", in cui rientrerebbe anche il concordato

⁶ Cfr. G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano 2000, p. 76, ove evidenzia come "lo stato di crisi" sia condizione che contempla e prevede varie fasi di patologia dell'impresa, ciascuna delle quali richiede, in ipotesi, terapie diverse.

⁷ Tale secondo una recente tesi, deve ritenersi la funzione economica che sorregge i negozi della crisi d'impresa che si realizzano secondo lo schema deliberativo (concordati fallimentare e preventivo): F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa* cit., p. 249 ss.

⁸ L'esigenza di una ampia riflessione, dal punto di vista delle categorie civilistiche, delle tecniche di tutela dei creditori collegate ai presupposti, rispettivamente, dell'insolvenza civile e di quella commerciale, è stata per primo avviata da F. Macario, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1 ss.

fallimentare che, pur essendo un sub-procedimento del fallimento, a seguito della riforma se ne verrebbe a distaccare per la sua valenza "negoziale" 9.

Ma se al centro del sistema vi è l'impresa (e i suoi creditori), nella prospettiva emergente di privilegiare forme e tecniche di conservazione dell'impresa, appare forse più conveniente parlare, piuttosto che di "crisi d'impresa", di "impresa in crisi", a sottolineare il bene meritevole di protezione e non la *condizione* presupposto di tutela, potendosi in tal modo più nettamente distinguere la nozione di "crisi" da quella di insolvenza, che peraltro resta "spartiacque" essenziale del sistema normativo, italiano e comunitario ¹⁰.

L'esigenza di una tale distinzione appare di stringente attualità, in un momento storico in cui, seguendo una linea di tendenza emersa anche in sede europea (con la Raccomandazione della Commissione europea del 2014/135 e Regolamento 2015/848) ¹¹, il diritto dell'impresa in crisi tende, anche nel nostro ordinamento, a privilegiare procedure e tecniche di risanamento e conservazione dell'impresa, rispetto a quelle meramente liquidatorie ¹².

In tal senso, nello schema di Disegno di Legge delega sulla riforma organica delle discipline delle crisi di impresa e dell'insolvenza approvata di

⁹ Il riferimento è allo studio di F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa* cit., p. 6 ss., ove un'ampia ricostruzione, in chiave sistematica, del diritto della "crisi d'impresa", assunto nell'ottica del rapporto tra autonomia privata e diritto "non fallimentare".

Ordinamento comunitario in cui la nozione è rintracciabile nel Regolamento di Esecuzione n. 663/2014/CE, il quale sostituisce gli allegati A, B, C del Regolamento n. 1346/2000/CE, relativo alle procedure di insolvenza, definite come procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore. L'allegato A elenca le procedure di insolvenza di cui all'art. 2, lett. a), di tale regolamento. L'allegato B elenca le procedure di liquidazione di cui all'art. 2, lett. c), definite come procedure d'insolvenza che comportano la liquidazione dei beni del debitore.

¹¹ L. PANZANI, L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme, in Fall., 2015, p. 1013 ss.; P. DE CESARI, Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa, ivi, p. 1026 ss.; U. MACRÌ, La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/35 e nel Regolamento 2015/848, ivi, p. 1049 ss.; A. JORIO, Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno, ivi, p. 1070 ss.

¹² A. Jorio, Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno cit., p. 1070, rileva che "La Raccomandazione della Commissione europea sollecita l'introduzione, nei singoli stati, di norme dirette a favorire il superamento delle difficoltà finanziarie delle imprese in difficoltà temporanea, ma ancora fondamentalmente sane, con l'introduzione di figure analoghe a quelle esistenti nell'ordinamento francese e preposte a rendere possibile la conciliazione".

recente dal governo, emerge una chiara adesione a tale opzione normativa, non solo con l'introduzione delle procedure di allerta (art. 4), ma più in generale attraverso la valorizzazione di tecniche e misure di sostegno all'impresa in crisi, in una prospettiva di netta demarcazione tra procedure di risanamento e di liquidazione ¹³.

Curiosamente, però, la legge delega, pur stabilendo all'art. 2, lett. g), che si debba dare priorità alle proposte che comportino il superamento della crisi "assicurandosi la continuità aziendale", predica poi (art. 2, lett. c) l'opportunità di dare una definizione dello stato di crisi come "probabilità di futura insolvenza", che appare inidonea a porre una netta linea di demarcazione tra procedure di risanamento e di liquidazione.

Infatti, da un lato accomuna in un contenitore assai ampio fatti e situazioni tra loro eterogenee che potrebbero non rientrare nel concetto di "probabilità" ma al più in quello di possibilità, e, dall'altro, si presta, per ciò stesso, a qualificazioni diverse e incerte, col rischio più di creare problemi interpretativi, che non di risolverli.

La proposta ricostruttiva indicata presuppone e implica, invece, una chiara delimitazione del confine che, sul piano giuridico, intercorre fra i presupposti alla cui ricorrenza si attivano i diversi strumenti previsti dalla legge fallimentare, e quindi, la necessità di definire la nozione giuridica di "stato di crisi", siccome distinta da quella di insolvenza ¹⁴.

2. La nozione giuridica di "crisi" come stato di squilibrio economico-finanziario diverso dall'insolvenza irreversibile

I vari riferimenti normativi allo stato di crisi introdotti con la riforma (*ex* artt. 160, 182-bis, 67, co. 3. Lett. e) ecc. Legge fall.) sembrano avere in

¹³ Si tratta del D.L. 59/2016, il cui testo è consultabile in *Fall.*, 2016, p. 253 ss., con commento (parzialmente) critico di M. Fabiani, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa, ivi*, p. 261 ss.

¹⁴ Per tale approccio v., in vario modo, G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, p. 953; G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 1133, il quale rileva che "se tra i due concetti non vi fosse una sostanziale differenza, il legislatore non si sarebbe preoccupato di modificare il presupposto oggettivo del concordato, per quanto poi renda più difficile la soluzione della diatriba con l'interpretazione autentica del dicembre 2005", precisando che "la crisi è un fatto intrinseco all'impresa che non si manifesta all'esterno finché non si traduce in inadempimenti e poi in insolvenza e lo stato di insolvenza comprende la crisi mentre non è vero il contrario".

comune sul piano giuridico la distinzione dalla situazione di insolvenza (art. 5 Legge fall.), identificando situazioni di squilibrio economico-finanziario (in ipotesi) reversibile, ove l'impresa – godendo (ancora) di credito – pare idonea a produrre valore e, quindi, si ritiene possa restare sul mercato ¹⁵.

Coerentemente, l'abusiva concessione di credito intende, appunto, sanzionare gli effetti negativi che dal finanziamento all'impresa insolvente derivino alle imprese concorrenti, con ciò evidenziando il limite generale (art. 41, co. 2, Cost.), posto dall'ordinamento giuridico alla libertà di iniziativa economica ¹⁶.

Il discrimine è posto nell'insolvenza irreversibile, intesa come "condizione di impotenza economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito necessari per lo svolgimento della sua attività" ¹⁷.

¹⁵ Cfr., fra molti, M. Libertini, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, Milano 2010, p. 382.

Anche prima della riforma, per quanto non vi fosse una definizione che chiarisse la portata del concetto di crisi, le posizioni dottrinali erano piuttosto concordi nel considerare la crisi come una situazione differente dall'insolvenza. In particolare, con tale concetto si intendeva una situazione relativa ad una difficoltà dell'impresa non ancora caratterizzata da una valenza tale da costituire l'insolvenza, quale presupposto del fallimento: in tema, E. Frascaroli Santi, *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova 1999, p. 21 ss.; A. Amatucci, *L'insolvenza come elemento oggettivo di collegamento tra le diverse procedure concorsuali* cit., p. 241 ss; F. CORSI, *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?* cit., p. 946 ss. Così, ad es., secondo la definizione data dalla Commissione Trevisanato, la crisi si configura come "una situazione patrimoniale economica e finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza".

¹⁶ Sul tema, visto anche nel rapporto con il diritto delle procedure concorsuali, si rinvia, per tutti, a F. Di MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli 2005, p. 51 ss., ed ivi ampi riferimenti.

¹⁷ Per tale definizione, oramai costante in giurisprudenza, v. per tutte Cass. 27 aprile 1999, n. 4277, in *Fall.*, 1999, p. 297; da ultimo, Cass. 27 maggio 2015, n. 10952, in *www. Ilcaso.it,* 2015, per la quale "In tema di dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione irreversibile, e non già come una mera temporanea impossibilità di regolare l'adempimento delle obbligazioni assunte, può essere desunto, ai sensi dell'art. 15 ult. co. della L.F., dal complesso dei debiti, purché almeno pari all'ammontare stabilito, secondo il periodico aggiornamento previsto dal terzo comma dell'art. 1 L.F., dallo stesso art. 15 ult. co. L.F., accertati nel corso dell'istruttoria prefallimentare". In dottrina basti qui il rinvio allo studio di G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza* cit., *passim*; e v. anche E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa* cit., p. 21 ss.

La riforma della legge fallimentare ha, tuttavia, rimesso in discussione gli effetti che ne conseguono in ordine all'attivazione degli strumenti di tutela "concorsuale", e ciò a seguito della previsione dello "stato di crisi" quale presupposto alternativo all'insolvenza nel concordato preventivo, ed esclusivo per altre forme di gestione della crisi d'impresa.

Seppure al limitato effetto della ricorrenza dei presupposti di ammissione al concordato preventivo (art. 160, ult. Comma, l. fall.) la "crisi" si estende, lambendola, sino all'insolvenza, vero spartiacque incontrastato, sino a tempi recenti, del "diritto fallimentare".

Prevede, infatti, l'art. 160, terzo comma, l. fall., che "Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza", precisandosi, in tal modo, che può proporre domanda di concordato preventivo l'imprenditore che si trovi in uno stato di crisi o anche di insolvenza, modificando la previsione iniziale che, limitando tale possibilità allo stato di crisi, rischiava di sterilizzare l'istituto, poiché la mancata previsione dell'insolvenza, quale possibile requisito oggettivo, avrebbe comportato il rigetto di buona parte delle domande di concordato preventivo 18.

Ma in tal modo, indubbiamente, si pone un discrimine tra crisi e insolvenza, ponendo il problema di definire lo stato di crisi, di cui il legislatore della Riforma, nonostante i reiterati interventi, non ha dato alcuna nozione, pur essendo numerose le norme che lo prevedono.

Gli studiosi che, dopo la Riforma, si sono occupati del problema, hanno assunto al riguardo del concetto di "stato di crisi" varie posizioni, che talvolta la descrivono, in vario modo, come "potenziale insolvenza" – riferendo semmai l'una all'attività d'impresa, l'altra al soggetto – ¹⁹ altre

¹⁸ In argomento, per primo e fra tutti, L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006, p. 1009 ss., ove i riferimenti essenziali ai profili rilevanti del problema; e cfr. anche A. La malfa, *La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Torino 2006, p. 373 ss.

¹⁹ Cfr., fra molti, per una esaustiva rassegna dei termini del dibattito, S. Ambrosini, Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma del 2012, cit., passim; S. Ambrosini, P.G. De Marchi, Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano 2005, p. 15; e v. G. Bozza, Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato cit., p. 955, che definisce la crisi come "insolvenza imminente"; G. Terranova, Stato di crisi e stato di insolvenza cit., p. 67 ss.; Id, Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale, in Dir. fall., 2006, I, p. 569, che conclude invece per la sostanziale coincidenza dei due concetti.

volte presuppongono una più netta distinzione tra i due concetti, senza riuscire a darne, tuttavia, una definizione convincente sul piano giuridico²⁰.

La genesi dell'art. 160, ultimo comma, l.f. ne suggerisce una lettura per cui, per quanto attiene e ai soli fini di ammissibilità della proposta, è indifferente che l'impresa sia in una situazione di crisi o d'insolvenza, potendo essere ammessa anche in questo secondo caso²¹, in cui però può attivarsi – non sussistendo le condizioni di ammissibilità o se sia pendente una procedura prefallimentare – il giudizio volto alla dichiarazione di fallimento (art. 162 l. fall.).

Sembra potersi escludere, invece, che con tale norma si sia voluto equiparare *tout-court* il concetto di crisi all'insolvenza, e ciò, sia perché la norma limita l'ambito di rilevanza giuridica dell'equiparazione, escludendone un'estensione a tutto tondo, sia per ragioni sistematiche e funzionali, che portano a distinguere i due concetti, l'una essendo oramai esattamente definita nei presupposti costitutivi²², mentre il concetto di crisi, se appare sfuggente sul piano giuridico, si presta ad una precisa definizione su quello economico²³.

Sotto tale profilo, esso, infatti può definirsi come "quel processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite, di varia entità, che a loro volta possono determinare

²⁰ In argomento v. *infra*, ma sin d'ora anche per una panoramica delle varie posizioni dottrinali, si rinvia a F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa* cit., p. 17 ss.

²¹ Per essere ammessi al concordato – sembra dire la norma – è indifferente che l'imprenditore sia in uno stato di crisi o di insolvenza, anche se la distinzione non è irrilevante in quanto il presupposto oggettivo si interseca, sotto altro profilo, con le condizioni di ammissibilità di cui al primo comma dello stesso articolo, talché quando il tribunale verifica, in quella sede, la mancanza di quei requisiti, dichiara inammissibile la proposta, attivando la procedura di fallimento (art. 162 l.f.).

²² La giurisprudenza (per tutte Cass. 27 aprile 1999, n. 4277 cit., p. 297) definisce, l'insolvenza come "condizione di impotenza economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito accordati per lo svolgimento della sua attività".

²³ In tema, per una disamina generale dei termini del problema, v. L. Stanghellini, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna 2007, p. 67 ss., ove i riferimenti; e per una visione attenta ai profili aziendalistici cfr. anche, C. Patalano, C. Santini, *Profili di gestione delle crisi. Il mercato, le imprese, le società*, Padova, 2013, *passim*.

l'insolvenza che costituisce, più che la causa, l'effetto, la manifestazione ultima del dissesto" ²⁴.

Ma se tale è la connotazione economica dello "stato di crisi", si spiega perché gli studiosi, ritenendo il concetto indefinito, si siano mostrati in genere restii a delinearne una nozione giuridica, che anche oggi non sembra agevole delineare se non, appunto, *in negativo*, come ampia area che giunge sino al limite oltre il quale lo squilibrio economico-finanziario diventa irreversibile.

Seguendo tale linea ricostruttiva, si può ritenere che proprio con il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 160, l fall., il concetto di crisi trovi una definizione *in senso giuridico*, quale condizione che comprende tutte le possibili, e diverse, situazioni di squilibrio economico-finanziario dell'impresa *che arrivano sino* all'insolvenza "imminente", distinguendosi in tal modo, sia da essa, come detto, – che costituendone il limite estremo ne fa parte, ma non esaurisce il più ampio contenuto del concetto –, sia dall'insolvenza irreversibile, che si pone invece fuori da essa.

Scegliendo di definire in negativo lo "stato di crisi", per distinzione dall'insolvenza irreversibile (arg. *ex* art. 160, co. 3. l. fall.), il legislatore ha inteso fornirne una nozione giuridica che comprende, sul piano economico, un'ampia gamma di situazioni di squilibrio economico-finanziario (arg. *ex* artt. 182-bis e 182-septies, l. fall.) che giungono fino all'insolvenza ²⁵, con l'intento di lasciare ampio margine di manovra all'imprenditore di scegliere

²⁴ Così L. Guatri, *Crisi e risanamento d'impresa*, Milano 1986, p. 39, che dà conto di un assunto alquanto diffuso negli studi economico-aziendali; cfr. anche S. Sciarelli, *La crisi d'impresa*. *Il percorso gestionale di risanamento nelle piccole e medie imprese*, Padova 1995, p. 48, secondo cui crisi d'impresa si ha quando "si crea uno squilibrio economico-finanziario destinato a perdurare e a portare all'insolvenza e al dissesto in assenza di opportuni interventi di risanamento", ed è, come tale "la conseguenza dell'accumularsi di risultati sfavorevoli di gestione, dovuti all'incapacità del gruppo imprenditoriale e manageriale di governare i complessi rapporti tra le dinamiche esterne e quelle interne aziendali".

²⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria* cit., p. 372 Per un tale approccio nella giurisprudenza post-riforma cfr., ad es., App. Torino 03 agosto 2015, in *www.ilcaso.it*; App. Firenze, 7 aprile 2016, in *www.ilcaso.it*, secondo cui "La profonda asimmetria che viene in tal modo a manifestarsi sui fronti contrapposti degli interessi in gioco non può che indurre a guardare con estremo favore l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, non tanto per acritico ossequio al dogma della volontà negoziale, quanto perché lo strumento, evitando in radice l'impiego di costosi rimedi concorsuali, porta in dote un risultato di grande importanza collettiva: il superamento della crisi d'impresa, se non addirittura la rimozione dello stato d'insolvenza".

tra le varie forme e tecniche di gestione della crisi quella più conforme alla specifica condizione della propria impresa ²⁶.

Ne consegue che, se pure il concetto di crisi pare riferibile sul piano giuridico al soggetto e su quello economico all'attività, viene in tal modo ad assumere la medesima connotazione contenutistica, limitando il termine "insolvenza" a significare l'epilogo estremo della crisi.

3. Crisi e procedure di conservazione, insolvenza e procedure di liquidazione

Quale concetto comprensivo delle diverse forme di squilibrio economico-finanziario diverse dall'insolvenza irreversibile, lo stato di crisi diviene concetto "positivo", quale presupposto oggettivo di una pluralità di procedure di "conservazione" dell'impresa, affrancandosi dalla diversa accezione proposta da certa dottrina, per cui le situazioni indicate dovrebbero ricondursi, invece, in un'ampia nozione di insolvenza che, quindi, verrebbe a privare il concetto di crisi di un'apprezzabile valenza sul piano giuridico²⁷.

Ma se si conviene con l'ipotesi ricostruttiva avanzata, si deve ritenere che la approvanda Riforma organica oggetto della Legge delega potrebbe limitarsi a dare la sola definizione di insolvenza irreversibile, quale presupposto delle procedure di liquidazione, prevedendo che nelle diverse ipotesi di crisi siano attivabili le varie procedure (o tecniche) di conservazione dell'impresa al mercato, e ciò, a maggior ragione, tenuto conto che si prevede, opportunamente, un unico binario processuale di accesso all'una o

²⁶ È quanto rileva L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo* cit., p. 1013, il quale richiama, per analogia, l'istituto americano della *reorganisation*.

²⁷ In tal senso F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa* cit., p. 46, secondo il quale "(...) è preferibile emancipare l'insolvenza da questa posizione finale rispetto al divenire della crisi perché, diversamente, sfuggirebbe la differenza essenziale tra i due stati: posti su piani diversi perché l'uno riferito all'attività e l'altro al soggetto. Conclusivamente, benché la legge stessa non disdegni di discorrere di 'imprenditore in crisi', sembra più appropriato evitare l'uso del termine 'crisi' per denotare fenomeni ricadenti nell'area dell'insolvenza; e invece usare proprio il termine generale di 'insolvenza' per ricomprendere le varie specie di cui si compone e che si denotano con varia terminologia: pericolo di insolvenza e pre-insolvenza (stati di cui è pronosticabile l'evoluzione in insolvenza); temporanea difficoltà ad adempiere ed insolvenza reversibile. In tal senso, seppure con riferimento a contesti diversi, cfr. anche L. Farenga, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano 2005, p. 34; G. De Ferra, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193.

all'altra delle procedure concorsuali (art. 2, lett. d, Legge delega), nel quale il compito dell'interprete sarebbe, su queste basi, certamente semplificato.

La tesi che si propone sembra invero trovare, nell'ambito della legge fallimentare, precise spie normative negli artt. 182-bis e 182-septies, l. fall., che indicano nello "stato di crisi" il presupposto oggettivo degli accordi di ristrutturazione ²⁸ ma anche, seppure implicitamente, nell'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. per i "piani attestati", che dovendo essere idonei a "consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria", presuppongono, evidentemente, uno squilibrio economico-finanziario non irreversibile.

Quanto al concordato preventivo, il legislatore se in generale reputa che è il risanamento dell'impresa *la finalità principale* (art. 160 l. fall.) che giustifica *massime* le tecniche "negoziali" di gestione della crisi d'impresa, ha sino ad oggi specificamente regolato due modelli di concordato, uno "liquidatorio" – per lo più, ma non esclusivamente, con cessione dei beni (art. 182, l. fall.) e che ricorre tanto più l'impresa sia prossima all'insolvenza (irreversibile) –, ed uno di "risanamento", che invece vuole essere uno strumento di conservazione anche di parte dell'azienda, che in vario modo attraversi uno stato di crisi (non ancora sfociato nello stato di insolvenza) ²⁹.

Il *favor* del legislatore per il concordato di conservazione si manifesta, non solo nella disciplina speciale del tipo con "continuità aziendale" (art. 186-bis, l. fall.), ma già nei modelli di (proposta di) concordato previsti ai punti a) e b) del 1° comma dell'art. 160 l. fall., che prefigurano contenuti della domanda ispirati dalla finalità di risanamento dell'impresa ³⁰, oltre che

²⁸ Che del resto, se l'imprenditore che deposita una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione si deve impegnare a pagare per intero una percentuale massima di creditori del 40% a scalare, tanto basta a escludere che esso possa essere decotto, chiarendo che lo strumento non è immaginato dal legislatore, e difficilmente potrà essere utilizzato, se l'impresa è insolvente: in argomento cfr. M. Ferro, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, p. 56; M. Fabiani, *L'ulteriore* upgrade *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, p. 902; G.B. Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Fall., 2011, p. 70.

²⁹ In quest'ordine d'idee anche L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo* cit., p. 1013, ove un'esaustiva esposizione dei termini del problema.

³⁰ In argomento, cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale* cit., p. 212 ss.; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo* cit., p. 240; V. Lenoci, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., p. 5 ss.; M. Vitiello, *Il concordato preventivo* cit., p. 239 ss.; M. Fabiani, *Il concordato preventivo* cit., p. 55 ss.

in quelli di cui ai punti c) e d), che nel regolare la possibilità di suddivisione in classi, introducono, sul piano teleologico, una possibile distinzione fra i creditori che abbiano (solo) interesse ad essere soddisfatti, da quelli cui interessa anche la conservazione dell'azienda e/o sia offerta una qualche forma di partecipazione all'attività d'impresa ³¹.

Mette conto subito precisare che l'alternativa così posta individua due linee di tendenza solo in linea teorica distinte fra loro, giacché la pratica vede le due funzioni spesso accompagnarsi, – seppure nella prevalenza dell'una rispetto all'altra (es. con la possibilità di dismettere beni non funzionali all'esercizio dell'azienda) – posto che, come dimostra la prassi, l'impresa che chiede di accedere alla procedura di concordato molto spesso si trova in stato di (pre)insolvenza (ir)reversibile ³².

Consapevole del fatto che le due funzioni talvolta si confondono, la Legge delega prevede ora la inammissibilità (art. 6, co.. 1, lett. a) di una procedura concordataria "essenzialmente liquidatoria", cui, si ritiene, potrà attendere, più celermente e con maggiori garanzie per i creditori, il curatore nell'ambito della "procedura di liquidazione giudiziale" ³³.

³¹ Il tema della differenziazione di interessi tra creditori è stato analizzato soprattutto in rapporto, da un lato al potere del debitore di suddivisione dei creditori in classi ed ai relativi poteri del tribunale, e dall'altro alla particolare conformazione che nella nuova versione dell'istituto assume il principio maggioritario: sul problema, cfr. sin d'ora F. Severini, *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F. Di Marzio cit., p. 309 ss.

³² La prassi post-riforma dei tribunali ha visto sino a tempi recenti – quando è stata introdotta la soglia dl 20% di soddisfazione "assicurata" ai chirografari – la netta predominanza del concordato a (prevalente) funzione liquidatoria, che ha spesso costituito una via affatto comoda per gestire la crisi evitando la dichiarazione di insolvenza. Di qui i pericoli di frode e abuso e quindi la necessità, come subito si dirà, di un controllo volto a verificare la corrispondenza tra la funzione economica in concreto svolta dal concordato e le funzioni tipiche ad esso assegnate dalla legge: denuncia tali rischi già G. BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, p. 801 ss.; Id., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, *ivi*, 2005, p. 955.

³³ Termine, questo, che nel progetto di legge delega previsto dal D.L. 59/2016, viene a sostituire la parola "fallimento", destinata ad essere cancellata dal sistema.

Nel D.L. 59/2016 si prevede all'art. 6 un'analitica serie di norme delega in materia di concordato preventivo, destinato a divenire il principale strumento a disposizione dell'imprenditore per risanare l'impresa: al riguardo del nuovo impianto prefigurato dalla legge delega cfr. M. Fabiani, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa* cit., p. 265, che, da un lato, sembra critico verso la proposta di "espunzione" dal sistema del concordato liquidatorio alla cui scomparsa "faranno seguito procedure di liquidazione che poco o nulla aggiungeranno – ma in tempi che non potranno essere celeri – alle attese dei

Posta la distinzione sul piano giuridico fra insolvenza irreversibile, quale presupposto del fallimento, e altre forme di crisi (comprensiva anche dell'insolvenza reversibile), quali presupposti di altre procedure concorsuali (fra cui il concordato "preventivo"), il problema diviene, in pratica, non tanto che venga superato il limite della (ir)reversibilità dell'insolvenza, quanto piuttosto che tale condizione sia accertata in giudizio, con conseguente attivazione delle procedure volte alla dichiarazione di fallimento.

Nella prassi, infatti, è dato constatare che la condizione patrimoniale in cui versa l'impresa si presenta sovente "al limite" dell'insolvenza (irreversibile), a significare una situazione passibile di diverse e antitetiche evoluzioni, da valutare sulla base di un giudizio prognostico³⁴.

4. (Segue). L'insolvenza non dichiarata come "confine mobile" fra concordato preventivo e fallimento

Assumendo il concetto da punto di vista della sua rilevanza empirica, si può ritenere che lo "stato di crisi" che ai fini del primo comma dell'art. 160 l. fall. è equiparato *ex lege* all'insolvenza irreversibile comprenda, dunque, in pratica, anche le situazioni, assai frequenti, in cui l'impresa naviga in una sorta di "confine mobile" fra il concordato preventivo e il fallimento, potendo approdare all'uno piuttosto che all'altro dei possibili esiti in ragione dell'accertamento che ne venga fatto in sede giudiziale.

La scelta compiuta dal legislatore di consentire il concordato all'impresa che si trovi "nella zona grigia" che va dall'insolvenza "potenziale" all'insolvenza irreversibile si giustifica col fatto che, in effetti, il confine tra le due situazioni è molto labile, tanto che lo stato di crisi, ai soli fini dell'am-

creditori"; e, dall'altro, avverte delle difficoltà operative che emergeranno circa la verifica, da parte del tribunale, della "realizzabilità economica" del piano, regola questa che segna un "ritorno al ruolo di supplenza del giudice", avvertito dall'A. come "un segnale di profonda immaturità del sistema".

³⁴ In dottrina si discorre, al riguardo, anche di "insolvenza concorsuale", intesa come "situazione di squilibrio finanziario (intesa anche, nel gergo comune, come crisi di liquidità, che implica la difficoltà, sino all'impossibilità, da parte del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che implica un accertamento, da effettuare mediante un giudizio prognostico, sulla capacità dell'impresa del debitore di ottenere credito e proseguire nella propria attività economica": così F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele* cit., p. 7.

missione al concordato, viene "equiparato" al secondo, in tal modo però venendosene a distinguere sul piano giuridico³⁵.

Tale assunto si comprende meglio, sotto altro aspetto, considerando che il concetto di insolvenza irreversibile, quale "situazione d'impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali", si cristallizza solo a seguito della dichiarazione di fallimento (art. 5 Legge fall.), ma si atteggia in modo multiforme, tanto che il piano di osservazione, per giudicare dell'insolvenza del debitore, si estende di regola dalla sua *attuale* posizione economico-patrimoniale ad una visione *prospettica*, che considera altri parametri, interni ed esterni, oggettivi e soggettivi (credito che gode l'impresa sul mercato, affidamento bancario e/o possibile finanza esterna, terzi interessati al salvataggio dell'azienda, entità e conformazione del passivo, ecc.) ³⁶.

Se, quindi, per essere dichiarato fallita l'impresa deve ricadere nella situazione descritta dall'art. 5 l. fall., ben può trovarsi – per fattori vari, anche estranei alle sue vicende e/o al suo stato economico-finanziario – in uno stato "latente" di crisi ³⁷, inteso come mera difficoltà (il cui ultimo limite è

³⁵ Nella giurisprudenza post-riforma cfr., *ex multis*, App. Torino 3 agosto 2015 cit.; App. Firenze, 7 aprile 2016 cit.; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, decr., in *Fall.*, 2006, p. 570 ss., ove si statuisce che "Ai fini dell'ammissione al concordato preventivo, lo stato di crisi comprende l'insolvenza, ossia quella situazione d'impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali per il venir meno di quelle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può anche consistere in altre situazioni di minore gravità, che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima".

³⁶ Per tale prospettiva v. già, e fra molti, G. Terranova, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1966, I, p. 82, che pone in luce l'importanza del giudizio prognostico sull'attività dell'impresa per l'accertamento dello stato di insolvenza; e v. anche D. Galletti, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna 2006, p. 176, che ritiene tale assunto di portata generale, essendo estensibile anche all'insolvenza civile.

Su un piano economico l'insolvenza, in tal senso, viene descritta come "situazione di tensione finanziaria, in cui i flussi di cassa generati nell'unità di tempo sono insufficienti a far fronte alle obbligazioni comportate dai contratti in essere": così G. Bertoli, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore* cit., p. 15.

³⁷ S. Sciarrelli, *La crisi d'impresa. Il percorso gestionale di risanamento nelle piccole e medie imprese* cit., p. 18, descrive efficacemente lo stato di crisi come condizione "latente" che può condurre all'insolvenza, rilevando che "la crisi si manifesta in un dato istante della vita aziendale, ma l'espressione usata è impropria perché la crisi prende corpo in un periodo certamente non breve; esiste dunque uno stato latente finché qualcuno, all'interno o all'esterno dell'impresa, non lo avverte come tale e ne diffonde la consapevolezza".

l'impossibilità) di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, con ciò definendo, sul piano giuridico, la condizione prevista dall'art. 160, terzo comma, l. fall.

Ma se il confine tra "difficoltà" e "impossibilità" di pagare i debiti è incerto e mobile, tanto significa che il discrimine passa, non tanto dalla condizione in cui versi l'impresa, ma dalla circostanza che una piuttosto che l'altra condizione sia accertata sul piano giuridico ³⁸.

Lungo questa linea, si comprende allora il perché, mentre l'insolvenza – che deve essere accertata per dar luogo alla dichiarazione di fallimento (art. 5 l. fall. – abbisogna di una esatta definizione sul piano giuridico, ciò non serve per lo "stato di crisi", che sfugge per sua natura ad una definizione giuridica unitaria – se non appunto in negativo rispetto all'insolvenza irreversibile –, trattandosi come detto di un dato economico multiforme, connaturato *in nuce* alla stessa attività economica ove venga intrapresa (con finanziamenti esterni e quindi) "a debito" ³⁹.

La proposta contenuta nella Legge delega di qualificare lo stato di "crisi" come "probabilità di futura insolvenza" (art. 2,, lett. c, D.L. 59/2016), dunque, se coglie il dato empirico di una condizione in divenire, – potrebbe dirsi un "già e non ancora" dell'insolvenza –, appare all'evidenza un vestito troppo stretto a ricomprendere, in un unico concetto giuridico, tutte le situazioni che, siccome diverse dall'insolvenza irreversibile, consentono in vario modo all'imprenditore, sulla base della loro maggiore o minore gravità, di utilizzare i vari strumenti che l'ordinamento appresta per gestire la crisi d'impresa.

Non convince appieno, allora, la proposta di distinguere nettamente fra

³⁸ Cfr. in senso analogo M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare.* (*La proposta del terzo*), Torino 2009, p. 38, che parla dell'accertamento formale dello stato di insolvenza come di uno "spartiacque fra la conservazione dei poteri gestori in capo all'imprenditore e l'attribuzione potenziale di questo potere, sebbene soggetto a particolari limiti, ad un terzo (...) prima della verifica formale dello stato di insolvenza, il controllo sull'impresa non può passare direttamente ai creditori".

³⁹ È dato di comune esperienza che uno stato di "squilibrio finanziario" è in qualche modo congenito all'attività d'impresa, il cui svolgimento, dopo la rivoluzione industriale, presuppone quasi sempre l'indebitamento per l'acquisizione dei mezzi di finanziamento, talché l'impresa "naviga" per sua natura nel grande mare dello squilibrio, seppure, se sana, con battelli solidi e attrezzati, fintanto che il sistema finanziario ed il mercato danno credito all'azienda, ad ampliare il fatturato e moltiplicare i ricavi (su tale aspetto v., da ultimo. F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele* cit., p. 14).

insolvenza come presupposto delle procedure di "liquidazione giudiziale", fra cui il concordato con cessione dei beni "essenzialmente liquidatorio", e lo "stato di crisi", definito come "probabilità di futura insolvenza", quale presupposto per l'accesso alle procedure concorsuali alternative al fallimento – ivi compreso il concordato con continuità aziendale" –, e ciò perché, se per il concordato preventivo il concetto si avvicina spesso a quello di "rischio d'insolvenza" ⁴⁰, per le altre (*i.e.* accordi negoziali stragiudiziali, piani *ex* art. 67, comma 3, lett. d, 182-bis, 182-septies, l. fall.) ⁴¹ in astratto se ne distacca, venendo, però, in tutti i casi, a significare la finalità generale di conservazione, ove possibile, dell'impresa al mercato.

5. L'insolvenza dichiarata e il concordato (liquidatorio) fallimentare

Se si conviene con quanto precede, deve concludersi che il presupposto oggettivo del nuovo concordato preventivo comprende anche l'insolvenza (irreversibile), purché non dichiarata – in tal modo distinguendosi, sia dal parametro fissato dall'art. 5 Legge fall. per la dichiarazione di fallimento, sia in generale dall'insolvenza commerciale, che la comprende ma ha un più ampio apparato di tutele –, cosicché le diverse procedure vengono a distinguersi, non tanto in ragione del presupposto oggettivo in fatto, bensì dall'accertamento che ne venga fatto in diritto.

Ciò detto, non sfugge che ove l'impresa sia insolvente, difficilmente potrà trovare credito o soggetti disposti a finanziarla, anche se l'esperienza insegna che talvolta è proprio attraverso la ristrutturazione della debitoria

⁴⁰ Per una posizione che ha raccolto un certo seguito in dottrina si rinvia a S. Ambrosini, G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., p. 15, ove una definizione dello stato di crisi come "rischio di insolvenza", formulata, peraltro, prima delle modifica che ha parificato, seppure solo *quoad effectum* dell'ammissione al concordato preventivo, crisi e insolvenza.

Tale parificazione compare già nel Disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali predisposto dalla Commissione c.d. "Trevisanato-bis", pubblicato su *Dir. fall.*, 2004, I, p. 845 ss.

⁴¹ Ma v. L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall*. 2007, p. 621, che nell'analizzare il tema degli accordi negoziali stragiudiziali, con particolare riferimento a concordati stragiudiziali, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione, rileva, quanto al loro presupposto oggettivo, che esso consiste in una "situazione di mera transeunte difficoltà", diversa dallo "stato di crisi (...) in grado in ingenerare il *periculum decotionis*".

conseguente al percorso concorsuale che, specie per imprese di notevoli dimensioni (o rilevanti nello specifico territorio), si riesce a salvaguardare uno o più rami d'azienda, oltre che i lavoratori.

Ferma dunque l'equazione: crisi = ristrutturazione come insolvenza = liquidazione, non può escludersi che l'impresa in crisi, che si trovi in uno stato di insolvenza imminente ⁴² potrà trovare nuova finanza per attivare una delle tecniche di tutela che la legge predispone per la ristrutturazione del debito ed il consolidamento economico-patrimoniale ⁴³, salvo, invece – fermo il limite minimo di soddisfazione dei creditori chirografari – proporre la cessione dei beni ai creditori ovvero il proprio fallimento, con la possibilità di proporre successivamente un "concordato" fallimentare.

È dato di comune esperienza, infatti, che il concordato fallimentare, disciplinato come modo di chiusura del fallimento, all'indomani di una riforma che ne ha accentuato la valenza "negoziale" sia divenuto strumento multiforme, volto a perseguire interessi vari del proponente, sia esso lo stesso debitore, un terzo, o anche un creditore del fallito ⁴⁴.

Ma quale che sia l'"intento" di chi promuova il ricorso ex art. 124 l. fall., resta che presupposto di tale procedura concorsuale è che l'insolvenza (irreversibile) sia stata dichiarata con la sentenza di fallimento, il che muta radicalmente i termini del rapporto con cui la "proposta di concordato"

⁴² Parla di crisi come "fase acuta ed esteriormente apparente del declino, come la continuazione di una traiettoria negativa delle vicende dell'impresa, tale da comprometterne la sopravvivenza sul mercato in cui opera e la perdita di fiducia da parte dello stesso" G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore* cit., p. 76.

⁴³ In luogo di molti v. D. Galletti, *La ripartizione del rischio di insolvenza* cit., p. 9, che plaude alla prospettiva di una tutela preventiva insita nella riforma della legge fallimentare.

⁴⁴ A. La Malfa, *Concordato fallimentare – Chiusura del Fallimento e suoi effetti, L'ammissione alla procedura*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, vol. IV, Torino 2011, p. 5, rileva in tal senso che "Mentre per i creditori la soluzione concordata del fallimento costituisce uno strumento volto al soddisfacimento più vantaggioso, nei tempi e nei risultati, rispetto alla liquidazione fallimentare, in relazione alla soluzione da essi condivisa siccome complessivamente più conveniente ed equilibrata, per i terzi – e dunque per il mercato in genere, considerato quale fattore esterno alla procedura – essa è un'opportunità economica aggiuntiva, una possibilità ulteriore di lecito profitto derivante dall'assunzione in proprio del rischio imprenditoriale. Da più parti si è rilevato che le proposte speculative non costituiscono più, nel sistema concorsuale, un fattore sospetto, ma sono da considerare per un verso quali salutari apporti esterni all'impresa, tali da assicurare il sano andamento del mercato, e per altro verso come interventi idonei a svolgere una positiva funzione di fluidità nella gestione dell'insolvenza".

fallimentare – rispetto all'ipotesi di concordato preventivo – potrà essere avanzata, approvata e omologata ⁴⁵.

La differenza fondamentale, sul piano sostanziale degli interessi protetti, rispetto al concordato preventivo, è che nel fallimento – e quindi anche nel concordato fallimentare – la dichiarazione di fallimento fa venire meno l'interesse dell'imprenditore alla "conservazione dell'azienda", che resta semmai in capo ai creditori ai fini della liquidazione dell'attivo fallimentare ⁴⁶.

Proprio la possibilità di una procedura di risanamento post-fallimento è stata, in passato, una delle opzioni in campo, che tuttavia il legislatore della riforma ha disatteso ⁴⁷, ritenendo che la finalità tipica del concordato fallimentare resta la chiusura del fallimento (quale alternativa alle altre ipotesi regolate dall'art. 118 legge fall.), e limitandosi, piuttosto, ad ampliare le modalità con cui tale risultato può essere conseguito, sganciando la procedura dalle tradizionali dinamiche pubblicistico-processuali, per aprirla al mercato ⁴⁸.

⁴⁵ Al riguardo basti qui il rinvio a M. Fabiani, Contratto e processo nel concordato fallimentare cit., passim; M. Ferro (a cura di), La legge fallimentare, Padova 2011, passim.

⁴⁶ G. Jachia, *Il Concordato fallimentare*, in Aa.Vv., *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Panzani - Bonfatti, Milano 2008, p. 584, considera irrisolti, anche a seguito della riforma, i nodi "strutturali" derivanti dalla crisi d'impresa, costituiti "dalla mancanza di tutela dei dipendenti, della nuova finanza e degli altri interessi legati alla conservazione dell'azienda"; ma v. F. Schiavon, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di Fabiani - Patti, Milano, 2006, p. 215, secondo cui il concordato introduce un'alternativa nella gestione della crisi, a fallimento dichiarato.

⁴⁷ In dottrina (G.P. VILLANI, *Il concordato fallimentare. Generalità. La proposta di concordato*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova 2007, 492 e G. Jachia, *Il Concordato fallimentare* cit., p. 586) si rileva che tanto la riforma del 2006, quanto il decreto correttivo, hanno disatteso le istanze della Commissione Trevisanato, istituita per la riforma delle procedure concorsuali, volte alla creazione di una procedura di risanamento successiva alla dichiarazione di fallimento, che comportasse il mancato spossessamento dell'imprenditore

⁴⁸ In tal senso, S. Pacchi, *La riforma del concordato fallimentare: uno sguardo al passato*, in *Il Concordato fallimentare*, a cura di S. Pacchi, Firenze, 2008, *passim*, che considera il concordato fallimentare la quadratura del cerchio di tutta la riforma; L. Panzani, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, p. 138; A. La Malfa, *Concordato fallimentare – Chiusura del Fallimento e suoi effetti, L'ammissione alla procedura* cit., p. 3, rileva che "La concezione del recente passato – secondo cui il concordato fallimentare aveva carattere eminentemente liquidatorio, di istituto volto alla definizione dei crediti attraverso l'utilizzazione del ricavato della cessione dell'attivo o attraverso il pagamento programmato da parte dello stesso debitore – si accompagnava ad una scarsa flessibilità degli strumenti

Tale diversa impostazione si può rappresentare, nei suoi termini qualificanti, considerando che, se pure diversi potranno essere gli scopi che, mediante il concordato il proponente (terzo, creditore, fallito, lo stesso curatore) intende perseguire, tale "intento" pratico resta confinato al livello economico, non rilevando su quello giuridico degli interessi protetti, se non come *eventualità* connessa al particolare e specifico contenuto che la proposta di volta in volta può presentare (cfr. art. 124, comma 2, l. fall.), assumendo, quindi, in definitiva una valenza strumentale rispetto alla funzione tipica dell'istituto ⁴⁹.

L'intento economico pratico del proponente si distingue, a questa stregua, dalla funzione economica tipica che connota il concordato fallimentare introducendo, semmai, delle varianti economiche nel modello di sub-procedimento (di fallimento) – rappresentative degli interessi che si agitano sul mercato – che lo distinguono dagli altri modi di chiusura del fallimento, a loro volta tutti incentrati sullo schema funzionale tipico del fallimento: accertamento del passivo e liquidazione/riparto dell'attivo 50.

tecnici e giuridici a disposizione e ad una incerta e scarsa attenzione verso la conservazione dell'azienda produttiva e della ricchezza in essa insita".

⁴⁹ Gli scopi che muovono creditori e terzi al concordato fallimentare, quasi sempre di carattere speculativo, sono rintracciabili nell'acquisto degli *asset* aziendali o di quelli che nascono per effetto del fallimento, siano essi beni (immobili), crediti, azioni (ad es. revocatorie, ma anche di responsabilità verso gli amministratori). Ma all'ordinamento non interessa quali siano le motivazioni del proponente – e neanche chi esso sia –: interessa soltanto che la sua proposta sia idonea a soddisfare i crediti ammessi al passivo – nella misura e con le modalità esposte, lasciando poi che siano essi a giudicare se tale proposta sia per essi più conveniente della liquidazione in sede fallimentare – consentendo una chiusura rapida ed efficiente del fallimento che determina un effetto "deflattivo" dell'attività giudiziaria, con conseguenze pure apprezzabili nell'ambito del sistema economico.

In argomento cfr. A. La Malfa, *op. ult. cit.*, p. 8, il quale, mentre ricorda che "il precedente sistema era inefficiente sia per i tempi di definizione delle procedure d'insolvenza, sia per le percentuali di recupero, tanto da causare per lo Stato rilievi in sede comunitaria", rileva che "In tale prospettiva, l'istituto è indirizzato a svolgere nel sistema economico un'azione positiva sia per possibili effetti deflattivi sull'attività giudiziaria, sia per le ricadute economiche connesse alla rapida soluzione della crisi d'impresa che costituisce per il sistema economico generale un elemento d'incertezza e dunque d'inefficienza".

⁵⁰ La legge individua infatti modalità diverse di sopravvenuta insussistenza dei presupposti di operatività della procedura fallimentare, rintracciabili, oltre che nella mancanza di passivo [art. 118, comma 1, n. 1), l. fall.], nelle diverse opzioni dell'integrale soddisfazione dei crediti ammessi [art. 118, comma 1, n. 2), l. fall.], dell'accertata impossibilità di reperire attivo anche per le spese di procedura [art. 118, comma 1, n. 4), l. fall.], ovvero dell'avvenuta ripartizione dell'attivo realizzato [art. 118, comma 1, n. 3), l. fall.].

A riscontro di quanto precede, si consideri che il giudizio di convenienza del concordato fallimentare si fonda, innanzitutto, sulla valutazione comparativa con l'ipotesi di liquidazione dell'attivo nei tempi e modalità della procedura concorsuale, oltre che avuto riguardo alle specifiche utilità che alle pretese dei creditori apporti una procedura "concordata".

La valutazione che svolgono gli organi della procedura in merito al concordato fallimentare prescinde, dunque, dal merito delle finalità sottostanti alla proposta (ivi compresa l'eventuale conservazione dell'azienda fallita) che rilevano piuttosto quale forma di liquidazione dell'attivo solo per avvalorare la fattibilità del concordato quale "modo di chiusura del fallimento".

La "sistemazione dell'insolvenza" diviene, così, terreno comune alle due procedure "negoziali" del concordato preventivo e fallimentare, suggerendo l'opportunità di una più ampia analisi, cui in tale sede non si può neanche accennare, volta a verificare modi e limiti del loro diverso operare.

Maria Luisa Biccari*

Sul titolo De Iniuriis del Codice Giustinianeo: le costituzioni di Diocleziano e il diritto classico

Abstract

- Premessa un'analisi dell'opera di riforma inaugurata dai tetrarchi, si esaminano i testi delle sei costituzioni dioclezianee del titolo *De Iniuriis*, C. 9.35, per mettere in rilievo come nella legislazione di Diocleziano l'*iniuria*, nonostante taluni elementi di novità che possono far pensare ad un'apertura in ottica criminalistica, abbia mantenuto in gran parte la sua configurazione classica di delitto privato.
- Considerig an analysis about the reforms of the Tetrarchs, the texts of six Diocletian'constitutions in the title *De Iniuriis*, C. 9.35, are examined, to highlight that in Diocletian's legislation, despite some considerations relating to the possible overview of *iniuria* as *crimen*, *iniuria* has largely maintained its classical configuration of *delictum*.

^{*} Titolare di assegno di ricerca (IUS/18, Diritto Romano e Diritti dell'Antichità) nell'Università di Urbino, 'Carlo Bo'.

MARIA LUISA BICCARI

SUL TITOLO *DE INIURIIS* DEL CODICE GIUSTINIANEO: LE COSTITUZIONI DI DIOCLEZIANO E IL DIRITTO CLASSICO*

SOMMARIO: 1. L'epoca di Diocleziano. – 2. *Crimina* e *delicta* a proposito dell'*iniuria* dioclezianea: C. 9.35.5 e C. 9.35.7. – 3. Due costituzioni dioclezianee sul *plagium*. – 4. Alcune considerazioni procedurali su C. 9.35.6 e C. 9.35.8 in rapporto a C. 6.6.7 pr. – 5. Diocleziano nella sua epoca: la sua legislazione in tema di *iniuria*.

1. L'epoca di Diocleziano

Degli undici passi di cui si compone il titolo *De iniuriis* del *Codex Iustiniani* 9.35, ben sei risultano brani di costituzioni di Diocleziano e Massimiano, molto presumibilmente rescritti, come lascerebbe intendere, già ad un primo sguardo, l'indicazione del destinatario nell'*inscriptio*, nonché la stessa formulazione dei testi, così breve e concisa¹.

I sei brani dioclezianei cui ci si riferisce sono consequenziali, inseriti fra

^{*} Il presente contributo nasce nell'ambito della frequenza ai corsi del Collegio Cedant su "*Diocleziano: la frontiera giuridica dell'Impero*" (Pavia, 13-31 gennaio 2014). Se ne offre qui una pubblicazione provvisoria in attesa della pubblicazione conforme in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*.

¹ Le altre costituzioni del titolo in esame sono invece, nell'ordine, le prime due dell'imperatore Severo, la terza di Gordiano, la quarta di Valeriano e Gallieno ed infine l'ultima di Zenone. Solo C. 9.35.11, con la quale per l'appunto si chiude il titolo, si presenta più lunga ed articolata di tutte le altre; ma anch'essa dovrebbe rappresentare uno dei provvedimenti con cui l'imperatore rispondeva al quesito giuridico propostogli da un funzionario o da un privato cittadino su una specifica questione: Si quando iniuriarum actio, quam inter privata delicta veteris iuris auctores connumerant, a quibuslibet illustribus viris, militantibus seu sine cingulo constitutis, vel uxoribus eorum vel liberis masculini sexus vel filiabus, superstitibus videlicet patribus aut maritis illustribus, vel si adversus aliquam huiusmodi personam criminaliter forte movetur, ipsos quidem, qui super iniuria queruntur, inscribere aliaque omnia, quae in huiusmodi causis de more procedunt, sollemniter observare decernimus: licere autem illustri accusatori vel reo, uxori vel liberis masculini sexus seu filiae itidem illustris superstitis causam iniuriarum in quocumque iudicio competenti per procuratorem criminaliter suscipere vel movere, sententiam iudice contra eum qui procuratorem dederit, etsi ipse non adesset iudiciis nec causam per procuratorem diceret, legibus prolaturo: ita tamen, ut nullus alius idem sibi audeat

la costituzione di Valeriano e Gallieno, C. 9.35.4, e l'ultima di Zenone, C. 9.35.11. Il loro stile è asciutto e preciso, il contenuto è appunto la risposta data dall'imperatore a quei casi concreti di soluzione dubbia.

In tale ambito, è chiaro che il rescritto, limitandosi al singolo episodio, non poteva contenere una vera e propria trattazione, sistematica e completa, di tutto l'argomento richiamato. Conseguentemente, anche per questi motivi, non ci si aspetta di trovare nelle costituzioni di Diocleziano contenute nel titolo *De iniuriis* un'analisi puntuale ed esaustiva del concetto di *iniuria*², per il quale nella logica giustinianea che ha composto il *Codex* ci si deve riferire evidentemente ai corrispondenti titoli del Digesto, D. 47.10 (*De iniuriis et famosis libellis*), e delle Istituzioni, I. 4.4 (*De iniuriis*).

Certamente va dato conto di un'altra circostanza, e cioè del fatto che il

vindicare vel a nostro numine postulare: sed in ceteris mos iudiciorum qui hactenus obtinuit et in posterum servetur intactus.

² Per una prima e generale disamina del concetto di *iniuria* cfr. sicuramente P. Huvelin, La Notion de l'iniuria dans le tres ancien droit romain, Lione 1903; G. Pugliese, Studi sull'iniuria, Milano 1941; A. Manfredini, Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana, Milano 1977 e E. Polay, Iniuria types in roman law, Budapest 1986. Ma si vedano anche, in rapporto all'evoluzione della disciplina dell'illecito di iniuria, che già le XII Tavole sanzionavano nella forma dei membri ruptio e os fractum, i lavori di S. DI PAOLA, La genesi storica del delitto di iniuria, in Annali Catania 1, 1947, p. 268 ss.; G. LAVAGGI, Iniuria e obligatio ex delicto, in SDHI 13-14, 1947-48, p. 141 ss.; G. Crifo, "Diffamazione e ingiuria (Diritto romano)", in Enc. dir. 12, 1964, p. 470 ss.; M. MARRONE, Considerazioni in tema di iniuria, in Synteleia. Studi in onore di V. Arangio-Ruiz 1, Napoli 1964, p. 475 ss.; V. L. DA NÓBREGA, L'injuria dans la loi des XII Tables, in Romanitas 8, 1967, p. 250 ss.; P. B. H. Birks, The early history of iniuria, in TR 37, 1969, p. 163 ss.; A. WATSON, Personal injuries in the XII Tables, in TR 43, 1975, p. 213 ss.; J. PLESCIA, The development of iniuria, in Labeo 23, 1977, p. 271 ss.; C. Gioffredi, In tema di iniuria, in Nuovi studi di diritto greco e romano, Roma 1980, p. 147 ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, L'iniuria nel diritto penale del quarto e quinto secolo, in AARC 8, 1990, p. 651 ss.; A. Manfredini, L'iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de «iniuriis»?). Recenti letture in materia di iniuria, in Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gêner, a cura di J. Paricio, Madrid 1994, p. 799 ss.; E. R. Fernández, Sanciôn de las iniuriae en el derecho clâsico, ibidem, p. 819 ss.; M. HAGEMANN, Iniuria: von den 12 Talfen bis zur Justinianischen Kodifikation, Köln 1998 (su cui A. Manfredini, Rec. a M. Hagemann, Iniuria cit., in IURA 49, 1998, p. 149 ss.). In studi più recenti si sono occupati di iniuria anche A. De Francesco, Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole, in Le Dodici Tavole dai Decemviri agli Umanisti, a cura di M. Humbert, Pavia 2005, p. 415 ss.; M. J. Bravo Bosch, La injuria verbal colectiva, Madrid 2007 (su cui A. Metro, Rec. a M. J. Bravo Bosch, La injuria cit., in IURA 56, 2006-2007, p. 298 ss.); ID., Consideraciones sobre el primero de los edictos especiales de iniuriis, in SDHI 74, 2008, p. 345 ss.; A. MILAZZO, Iniuria: alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica, Roma 2011; M. L. BICCARI, Atrocitas: alle radici della teoria penalistica circa le aggravanti del reato, in Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche. Nuova Serie A, 62. 1-2, 2011, p. 7 ss.; E. Descheemaeker, H. Scott (a cura di), Iniuria and the common law, Oxford 2013.

termine *iniuria* ricorre anche altrove nei titoli del *Codex* (e non solo in quelli relativi allo specifico *De iniuriis*) attraverso la legislazione degli imperatori della tetrarchia: mi riferisco a C. 2.43.3.1 (sotto il titolo *Si minor se maiorem dixerit vel probatus fuerit*); C. 3.28.25 (*De inofficioso testamento*); C. 3.35.4-5-6 (*De lege Aquilia*); C. 4.35.10 (*Mandati*); C. 5.16.16 (*De donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione*); C. 6.6.7 pr. (*De obsequiis patronis praestandis*); C. 7.14.5.2 (*De ingenuis manumissis*); C. 7.16.31 (*De liberali causa*); C. 7.32.4 (*De adquirenda et retinenda possessione*); C. 8.50.7 (*De postliminio et de redemptis ab hostibus*); C. 8.50.14 (*De postliminio et de redemptis ab hostibus*); C. 9.1.12 pr. (*Qui accusare non possunt*); C. 9.1.16 (*Qui accusare non possunt*); C. 9.2.8 (*De accusationibus et inscriptionibus*); C. 9.45.5 (*Ad senatus consultum Turpillianum*); C. 10.1.5.1 (*De iure fisci*).

Una lettura di tutte le ventiquattro menzionate costituzioni permette di rilevare in taluni testi un significato del termine "*iniuria*" diverso, o non propriamente confacente con quello del delitto cui risulta dedicato il titolo C. 9.35. In tal senso, quattordici sono i brani 3 che lasciano forse spazio ulteriore a qualche riflessione sulla politica di Diocleziano in tema di repressio-

³ In effetti in C. 2.43.3.1 "iniuria" viene utilizzata per indicare il particolare atteggiamento psicologico di chi agisce per procurare danno all'avversario. Compare col significato di torto, pregiudizio, illegalità in C. 3.28.25, C. 4.35.10, C. 7.32.4, C. 8.50.14 e C. 10.1.5.1. Nei testi C. 3.35.4-5-6, contenuti nel titolo De Lege Aquilia, l' "iniuria" è uno dei requisiti di punibilità del reato di danneggiamento (damnum iniuria datum). È generalmente ammesso – e lo confermano i numerosi contributi della dottrina – che nel testo della lex Aquilia il termine iniuria indichi l'antigiuridicità del comportamento e dunque qualifichi il danneggiamento da punire indipendentemente dall'elemento soggettivo della condotta che lo ha generato. Da questa nozione di illiceità dell'*iniuria* aquiliana la dottrina arriva ben presto ad elaborare quella di colpevolezza, dando seguito in tal senso alle intuizioni di Carlo Augusto Cannata secondo cui già in età repubblicana sarebbe emersa una forma di responsabilità soggettiva espressa dalla culpa: e lo confermerebbero i testi di D. 9.2.7.4; D. 9.2.7.8.; D. 9.2.8 pr.; D. 19.2.13.4 e D. 19.2.30.2. Cfr., tra i tanti, S. Schipani, Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della colpa, Torino 1969; ID., Lex Aquilia, culpa, responsabilità, in Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno di Copanello, 4-7/6/1990, Napoli 1992, 141 ss.; P. Ziliotto, L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum, Padova 2000, p. 39 ss.; M. F. Cursi, Iniuria cum damno. Antigiuridictà e colpevolezza nella storia del danno aquiliano, Milano 2002; ID., Damnum e iniuria nella Collatio, in Crimina e delicta nel tardo antico. Atti Convegno Teramo, a cura di F. Lucrezi, G. Mancini, Milano 2003, p. 39 ss.; G. VALDITARA, Damnum iniuria datum, Torino 2005; A. CORBINO, Il danno qualificato e la lex Aquilia, Padova 2008; C. A. CANNATA, Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria, in Scritti scelti di diritto romano, Torino 2012, p. 162 ss.; L. DESANTI, La legge Aquilia: tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale, Torino 2015. Infine, in C. 5.16.16, il termine iniuria sembrerebbe descrivere la "mancanza di diritto" (iniuria proprietatis).

ne dell'*iniuria*, se non forse particolarmente sull'ambivalenza del reato fra la sua configurazione classica nella categoria dei *delicta* e la possibilità di una sua apertura in ottica criminalistica.

Il periodo di Diocleziano è fortemente significativo anche sotto questo punto di vista. Consapevole della crisi che l'impero stava attraversando, l'imperatore, che governò dal 20 novembre 284 al 1 maggio 305, tentò di porvi rimedio inaugurando una politica di profondi interventi riformatori ⁴.

Anzitutto, l'intento espresso attraverso l'ideazione di un sistema di governo tetrarchico, trovò una sua importante realizzazione nel riassetto degli uffici civili e militari: così, mentre l'esercito venne riformato con la costituzione di un exercitus praesentalis al cui vertice stavano i magistri militum, l'amministrazione centrale dell'impero venne affidata ad organi centrali (dignitates palatinae), direttamente dipendenti dall'imperatore, con il compito di sovrintendere alla gestione amministrativa, finanziaria e giurisdizionale dell'impero, ovvero il magister officiorum, il quaestor sacri palatii, il comes sacrarum largitionum, il comes rerum privatorum, fino ad una serie di altri uffici di corte, gli scrinia, che costituivano nel loro complesso la cancelleria imperiale.

Per altro verso, e sempre nell'ottica di garantire l'efficienza dell'autorità imperiale in ogni sua parte, Diocleziano ripartì il territorio dell'impero in

⁴ Non è evidentemente possibile dare conto di tutti i numerosissimi lavori prodotti sull'opera riformatrice di Diocleziano, dalle pagine, ancora importanti e classiche, di E. Gib-BON, Storia della decadenza e rovina dell'impero romano 2, Milano 1820, p. 92 ss.; A. Hunzin-GER, Die Diokletianische Staatsreform, Rostock 1898; P. Bonfante, Storia del diritto romano 2, Roma 1934, p. 9 ss.; G. Segrè, Alcune osservazioni sulla costituzione dell'impero da Diocleziano a Giustiniano, in Atti del Congresso Internazionale di diritto romano, Roma 22-29 aprile 1933, Pavia 1934, p. 211 ss.; W. SESTON, Dioclétien et la Tétrarchie 1. Guerres et riforme (284-300), Parigi 1946; P. DE FRANCISCI, Sintesi storica del diritto romano, Roma 1948, p. 429 ss.; M. Kaser, Römische Rechtsgeschichte², Gottingen 1967; F. De Martino, Storia della costituzione romana 5, Napoli 1967, p. 123 ss.; A. H. M. Jones, Il tardo impero romano 1. Milano 1973, p. 61 ss.; T. D. BARNES, The New Empire of Diocletian and Constantine, London 1982; alle più recenti di S. Williams, Diocleziano. Un autocrate riformatore, Genova 1995; B. RÉMY, Dioclétien et la tétrarchie, Parigi 1998; G. CRIFÒ, Lezioni di storia del diritto romano, Bologna 200, p. 469 ss.; S. Concoran, The Empire of the Tetrarchs. Imperial pronouncements and government AD 284-324, Oxford 2000; W. KUHOFF, Diokletian und die Epoche der Tetrarchie. Das römische Reich zwischen Krisenbewältigung und Neuaufbau (284-313 n. Chr.), Francoforte 2001; ID., Die diokletianische Tetrarchie als Epoche einer historischen Wende in antiker und moderner Sicht, in International Journal of the Classical Tradition 9.2, 2002, p. 177 ss.; W. R. REES, Diocletian and the Tetrarchy, Edinburgh 2004; L. FASCIONE, Storia del diritto privato romano, Torino 2006, p. 486 ss.; L. De Giovanni, Istituzioni, scienza giuridica, codici nel tardoantico. Alle radici di una nuova storia, Roma 2007, p. 122 ss., con ulteriore bibliografia in argomento.

diverse circoscrizioni, dalle province (che furono notevolmente moltiplicate di numero), alle diocesi governate dai *vicarii*, per arrivare al grado più alto delle quattro prefetture della Gallia, dell'Italia, dell'Italia; dell'Italia.

A rendere ancor più autoritario tale regime concorse poi la riforma della moneta e dell'economia dei prezzi con il famoso *edictum de pretiis rerum venalium* del 301 d.C. che di fatto, fissando il valore di scambio delle merci, limitò ogni libera iniziativa individuale. Particolarmente feroce fu, infine, anche l'atteggiamento verso i cristiani che si opponevano alla concezione tetrarchica dell'impero e verso tutti quei culti, manichei in particolare, non riconducibili agli dei della tradizione.

Che lo spirito dell'opera di Diocleziano, almeno nelle sue linee fondamentali, sia stato caratterizzato da una forte impronta assolutistica è fuori di dubbio; quel processo inaugurato dai Severi, di restaurazione e pacificazione dell'Impero mediante l'accentramento dei poteri nelle mani del principe, sembrava aver perfettamente raggiunto con Diocleziano il culmine: l'affermazione del principio tetrarchico, la riorganizzazione gerarchica dell'impero, l'atteggiamento nei confronti del Cristianesimo erano tutti tratti tipici del nuovo assetto.

Ma si riscontra in lui una implicita contraddittorietà.

La riassume bene Lucio De Giovanni, affermando che: «... l'insieme delle testimonianze pervenuteci offre allo studioso moderno la possibilità di interpretare la figura di Diocleziano in modo significativo [...] Diocleziano ci appare, nello stesso tempo, restauratore e innovatore: egli promosse riforme, delle quali alcune divennero inefficaci con la sua scomparsa dalla scena politica, altre, invece, segnarono la storia non solo del tardo impero romano ma anche delle età successive»⁵.

Emerge chiaro il ritratto di un imperatore che ha introdotto grandi innovazioni, sapendo, al contempo, mantenersi fedele ai principi del diritto romano classico. Al riguardo è estremamente significativo il modo in cui Diocleziano attuò il suo programma di riforme, ponendosi proprio nel solco di quella tradizione romana che, incorporando elementi e forze nuove, in parte venne stravolta, in parte venne innovata.

«Se anche la restaurazione organica del potere lo portava alla monarchia assoluta, se dal punto di vista esteriore, nelle fogge, nei costumi, nelle cerimonie, il suo ordinamento si ispirava al tipo delle dispotie orientali, se egli preferiva risiedere a Nicomedia anziché a Roma, – scrive Giuseppe Grosso

⁵ Cfr. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni* cit., p. 125.

– Diocleziano guardava indietro, alla tradizione romana, mirava a restaurare la romanità; le forme di cui si circondava, i poteri che si riconosceva e attribuiva e il fondamento che vi dava, se anche estranei alla tradizione romana, venivano soprattutto sentiti come mezzi di restaurazione dell'autorità e del prestigio dell'impero romano»⁶.

Una vera e propria contraddittorietà tra vecchio e nuovo, tra tradizione e riforma, tra continuità e trasformazione ricorre quale costante in tutta l'opera di Diocleziano e per quanto riguarda gli istituti di diritto privato in particolare, si manifesta in tutta la sua pienezza⁷.

Attorno alla questione circa il classicismo di Diocleziano si è sviluppato un acceso dibattito su cui, ancora basilare, R. TAUBENSCHLAG, Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletian's, Cracovia 1923, che rappresenta il primo studio esauriente sulla legislazione dioclezianea di diritto privato. Considerando oltre milleduecento rescritti e numerosi altri papiri, Taubenschlag giunse ad affermare che Diocleziano fu allo stesso tempo conservatore ed innovatore, così aperto alle influenze del mondo provinciale da dare avvio ad una nuova epoca di "orientalizzazione" del diritto romano: «der name Diokletians bedeutet das Ende einer alten und den Anfang einer neuen Epoche», ivi, p. 281. Questa conclusione, tanto provocatoria quanto eccessiva, suscitò subito la reazione di quegli studiosi (fra i quali merita ricordare l'Albertario) che, difensori del classicismo dell'imperatore, vedevano piuttosto nei testi che avrebbero comprovato le innovazioni dioclezianee delle mere interpolazioni operate dai giustinianei. Così la concessione di arrogare le donne di C. 8.47.8; così l'azione di regresso accordata al debitore solidale di C. 8.39.1; così la limitazione delle facoltà del procurator omnium bonorum di C. 2.12.16 sarebbero tutti esempi di fonti interpolate che – scrive testualmente E. Albertario, Rec. a R. Taubenschlag, Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletian's, in AG 92, 1924, p. 104 ss. – «basteranno a persuadere chiunque che in realtà Diocleziano è stato anche in quei casi un fedele assertore delle dottrine classiche, sconvolte poi dai romani-ellenici e dai giustinianei». Dello stesso avviso F. Schulz, Prinzipien des römischen Recht, München 1934, p. 91 ss.; E. Albertario, Da Diocleziano a Giustiniano, in Studi di diritto romano 5, 1937, p. 205 ss.; Id., Le classicisme de Dioclétien, in SDHI 3, 1937, p. 115 ss.; J. Herrmann, Diokletians Reskripte zur Landpacht, in Studien zur antiken Sozialgeschichte: Festschrift Friedrich Vittinghoff, Vienna 1980, p. 453 ss.

⁶ Cfr. G. Grosso, Lezioni di storia del diritto romano, Torino 1965, p. 432.

⁷ In merito alla legislazione privatistica di Diocleziano sicuramente illuminante la lettura fatta da A. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, il quale mette in perfetta evidenza la particolare propensione di Diocleziano verso la tradizione romana. L'Amelotti riferisce di un imperatore «ancor sempre assertore del diritto classico, ma in un senso più ampio della semplice difesa contro i fraintendimenti e le alterazioni provinciali, in quanto l'imperatore non si precludeva la possibilità d'innovazioni, pur nel rispetto della tradizione». Traspare in tal modo come l'opera legislativa di Diocleziano, salvo sporadici cenni di innovazione, tenda – e son parole dell'autore – verso la "classicità", classicità che non può dirsi intaccata dalle riforme, perché «il fatto stesso che dove le circostanze lo richiedono egli sappia cautamente innovare [...] significa che la sua adesione al diritto classico è convinzione nella sua persistente idoneità e non pigro adagiarsi in un vieto conservatorismo», *ivi*, p. 93.

Occorre allora guardare alla portata delle innovazioni dioclezianee nell'ambito del diritto privato, perché se è vero che non mancano casi in cui l'indirizzo legislativo della cancelleria dei tetrarchi appare innovativo, altrettanto vero è che la tendenza dell'imperatore è ancora fondamentalmente tradizionalistica ⁸: una timida e modesta apertura che Diocleziano – si potrebbe dire – sa ben armonizzare con quel diritto classico, che egli ritiene essenziale alla saldezza dell'impero e che pertanto impone come unico, valido rimedio contro le pratiche e gli usi provinciali estranei al mondo romano e che di fatto rappresentavano una minaccia per l'impero già in forte crisi e precarietà ⁹.

Il discorso appare in tutta evidenza se si analizza il titolo *De iniuris* del *Codex Iustiniani* 9.35 che, pur lasciando scorgere qualche indizio circa quell'evoluzione destinata ad ampliare e modificare la tradizionale distinzione tra *delicta* (furto, rapina, danneggiamento, *iniuria*) e *crimina* ¹⁰, conferma la configurazione classica dell'*iniuria* tra i *delicta*.

⁸ Stando all'analisi condotta da A. Amelotti, Per l'interpretazione cit., p. 109 ss., solamente il diritto di famiglia presenterebbe, rispetto alle altre branche del diritto privato, aspetti e soluzioni nuove: basti citare, per far qui solo qualche esempio, le innovazioni dioclezianee in tema di prescrizione in favore della libertà (C. 7.22.1-2) o di adrogatio per rescriptum principis (C. 8.47.2; C. 8.47.6). Tuttavia – tiene a spiegare lo studioso – la portata di tali novità non può dirsi in alcun modo rivoluzionaria, per la semplice ragione che l'imperatore manifesta sempre e comunque l'intento di procedere sulla base di principi classici. Ne deriva che «a promuovere le innovazioni sono istanze giustificate che pervengono generalmente dalle province e che nel diritto romano già statuito non trovano adeguata risposta: il ricorrere di tali istanze si comprende facilmente di fronte alla politica dioclezianea diretta ad imporre nelle province la generale osservanza del diritto romano» (ivi, p. 154). E per rafforzare il proprio convincimento circa la classicità di Diocleziano pur di fronte a talune indiscutibili innovazioni, Amelotti invoca l'humanitas, che interpreta come forma di comprensione verso istanze non risolvibili applicando i principi della tradizione romana: «avviene così che pure in casi ove l'attività rescrivente di Diocleziano appare divergente nei risultati dalla tradizione romana, per il motivo ispiratore va ugualmente ricondotta ad un filone tradizionale» (ivi, p.

⁹ La generale ostilità di Diocleziano nei confronti dei diritti locali, fermamente sostenuta attraverso una politica di imposizione ai provinciali del diritto romano, è riconosciuta tra i tanti da E. Volterra, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937, *passim*; A. Amelotti, *Per l'interpretazione* cit., *passim*; G. Grosso, *Lezioni* cit., p. 423 ss.; F. De Martino, *Storia* cit., p. 128 ss.; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma 1987, p. 358 ss.; L. De Giovanni, *Istituzioni* cit., p. 126 ss.

Oche del resto ci sia o che ci possa essere una tensione particolare dell'esperienza giuridica romana verso il diritto pubblico che coinvolge in particolare gli aspetti penali/criminali del diritto è stato suggerito da M. A. DE DOMINICIS, Di alcuni testi occidentali delle Sententiae riflettenti la prassi post-classica, in Studi in onore di V. Arangio-Ruiz 4, Napoli 1953, p. 524 ss. Più di recente, e in particolare per quel che riguarda l'iniuria, lo si legge in

Se, come si è detto, i rescritti dioclezianei cui ci si riferisce (C. 9.35.5; C. 9.35.6; C. 9.35.7; C. 9.35.8; C. 9.35.9, C. 9.35.10) non illustrano il concetto di *iniuria* nella sua specificità e completezza, limitandosi piuttosto a richiamare nel loro contenuto singoli casi di applicazione dell'*iniuria* nella pratica quotidiana, tuttavia, in ogni caso, l'analisi di quei brani può diventare occasione per trattare dei problemi ad essi sottesi. Peraltro si possono forse trovare delle linee di ponderazione comune del pensiero, se non relativamente a tutti i passi, per lo meno per coppie.

Così, i testi C. 9.35.5 e C. 9.35.7 richiamano il tema della configurazione dell'illecito di *iniuria* (come *delictum* o *crimen*) e dunque, conseguentemente, anche quello del rapporto tra i rispettivi mezzi di repressione, privato o pubblico.

E ancora. Un tema particolare che sembra aver avuto in quegli anni un suo sviluppo "legislativo" attraverso la pratica dei tribunali fu forse quello che riguardava la situazione dei liberti relativamente al reato di *iniuria*, e in particolare se il patrono potesse fare *iniuria* al liberto, cioè se un suo atto potesse essere considerato delittuoso, qualunque esso fosse, nei confronti dello schiavo da lui stesso liberato, e se, viceversa, in quanto patrono, fosse legittimato ad agire per l'*iniuria* arrecata al suo liberto: ne trattano di seguito C. 9.35.6 e C. 9.35.8.

Infine C. 9.35.9 e C. 9.35.10 offrono una prospettiva del tutto particolare dell'*iniuria*, e indirizzano la loro previsione nei confronti di quel particolare tipo di reato che si configura in un plagio, o tentato plagio ¹¹, quando si vuol far passare da schiava una persona libera, non solo avvantaggiandosene personalmente nei fatti e nel patrimonio, ma soprattutto negando a quella persona i suoi diritti di uomo/donna libera.

¹¹ Sull'analisi di questi rapporti e sul significato complessivo di plagio, cfr. *infra*, p. 219, nt. 20.

M. BALZARINI, De iniuria extra ordinem statui. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica, Padova 1983, passim. Ne potrebbe essere indizio anche la proliferazione delle figure di reato che appare nei libri terribiles, riprese poi anche in parte nelle pagine del libro IX del Codice. Così anche nel recentissimo lavoro di A. BANFI, Acerrima indago: considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d.C., Torino 2013, si indaga proprio l'evoluzione del processo penale romano sotto questa prospettiva per evidenziare il passaggio dall'accusatio all'inquisitio in cui tutto si informa ad una concezione pubblica della repressione. Su tutta la questione del rapporto tra delictum e crimen, e dunque tra iudicium privatum e iudicium publicum, si vedano anche in particolare i contributi di F. BOTTA, La legittimazione della donna all'accusa nel processo criminale romano: II-III sec. d.C., Cagliari 1989; Interesse e legittimazione all'accusa nei publica iudicia, Cagliari 1993; e ancora Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia, Cagliari 1996.

2. Crimina e delicta a proposito dell'iniuria dioclezianea: C. 9.35.5 e C. 9.35.7

Di particolare interesse è il testo di C. 9.35.5, il primo dei rescritti dioclezianei contenuti nel titolo 9.35, emanato nell'anno 290 ed indirizzato a tale Vittorino.

Il provvedimento, già dalla prima frase, suggerisce importanti spunti per affrontare la questione se l'*iniuria* abbia subito per opera della cancelleria dei tetrarchi trasformazioni tali da averne determinato un suo inquadramento tra i *crimina* o abbia mantenuto sotto Diocleziano ancora la configurazione classica di *delictum*.

C. 9.35.5. (Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC Victorino). Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit. Si in rixa inconsulto calore prolapsus homicidii convicium obiecisti et ex eo die annus excessit, cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob iniuriae admissum conveniri non potes. (P.P. VI id. Iul. ipsis IIII et III AA. conss.) (a. 290)

Si stabilisce subito che se colui che ha pronunciato contro altri parole ingiuriose riesce a dimostrare di aver agito senza il *convicii consilium*, potrà difendersi dalla *calumnia* invocando la *fides veri*. Quel *aliquid iniuriosum*, che ben descrive il contenuto proprio della condotta da punire, se accompagnato dall'atteggiamento psicologico che qualifica il *convicium* ¹² – spiega

¹² Significativo, a riguardo, il pensiero di M. MARRONE, *Considerazioni* cit., p. 479 ss., il quale, seguendo sostanzialmente Mommsen e Daube, ritiene che il *convicium* consista nello schiamazzo ingiurioso pronunciato da un gruppo numeroso di persone a danno della reputazione e dell'onore di qualcun'altro. Un comportamento dunque che, presupponendo in sé la parola ingiuriosa, produrrebbe nei confronti di chi ne viene colpito un vero e proprio effetto diffamatorio. Un'accurata indagine sulla nozione giuridica di *convicium* è stata svolta da A. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano* 1. *L'età repubblicana*, Milano 1979, p. 49 ss., che ne ha messo in luce l'evoluzione storica da *seditio*, ovvero protesta che si manifesta con grida e schiamazzi per lo più proferiti in occasione di *contiones* (Cic. *Verr.* 2.158 e 5.141; Cic. *Rosc.Com.* 30), a *maledictum* pronunciato *cum vociferatione* e in *coetu* (D. 47.10.15.11-12), a forma di *iniuria verbis*, con eccezione del *carmen* e del *libellus famosus* (D. 47.10.1.1; D. 47.10.11.7; D. 47.10.3.1 e *Coll.* 2.5.4).

In tempi più recenti si è occupata di *convicium* S. Fusco, *Studi sull'iniuria: l'edictum de convicio*, in *Diritto@Storia* N. 11, 2013, la quale ha analizzato i connotati principali della condotta punita dall'editto *de convicio* attraverso la concessione dell'*actio iniurriarum*, individuandoli nella contrarietà ai *bonos mores* e nell'*animus iniurandi*.

Diocleziano – deve essere valutato in termini più gravosi come *calumnia*, incontrando però il limite preclusivo della verità.

Quali spiegazioni si potrebbero formulare rispetto all'espressione *fides* veri a calumnia te defendit? A tal proposito è stato sostenuto che il concetto di calumnia utilizzato da Diocleziano in C. 9.35.5 andrebbe inteso nel senso di "accusa infondata", per cui l'accusatore qualora non riesca a dare la prova della propria accusatio, dovrà considerarsi un calumniator, perseguibile con la tipica actio calumniae. Si tratterebbe dunque di una calumnia quale "reato contro la persona", cioè di una calumnia che si concretizza nella mera infondatezza delle affermazioni dell'accusatore ¹³.

Ora, la *fides veri* potrebbe riferirsi, sì, alla prova dei fatti ingiuriosi, e così stare a significare che per sfuggire alla punizione a titolo di *calumnia* non serve solo dimostrare che non vi sia stata intenzione di offendere, ma è altresì necessario che l'autore provi la verità delle accuse promosse. Ma quel *fides veri* potrebbe riferirsi anche, più semplicemente, all' "effettività" della situazione indicata immediatamente prima (e cioè della mancanza di *convicium*), nel momento in cui si riesca a dar prova della carenza di ogni proposito ingiurioso: e allora la *fides veri* che esclude la *calumnia*

¹³ In tal senso M. Lauria, Calumnia, in *Studi Ratti*, Milano 1934, p. 118. Diverso il pensiero di quanti, sottolineando il carattere pubblicistico che il reato riveste (e che ha derivazioni antichissime dalla *cautio non calumniae causa infitias ire*, divenuta poi il *iusiurandum calumniae*), interpretano piuttosto la *calumnia* come un "reato contro l'amministrazione della giustizia": questa si avrebbe nel momento in cui consapevolmente si pone in funzione tutto l'apparato giudiziario dello stato contro una persona che si sa innocente, e per perseguire un reato che si sa inesistente. Cfr. in modo particolare B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Roma 1998, p. 260 ss. e A. M. Giomaro, *Per lo studio della* calumnia. *Aspetti di deontologia processuale in Roma antica*, Torino 2003, *passim* (su cui S. Puliatti, *Rec. a A. M. Giomaro, Per lo studio della* calumnia cit., in *IURA* 54, 2003, p. 245 ss.). Peraltro, in C.9.35.5, e poi anche in C.9.35.9 (*infra*, p. 219 ss., dove la dichiarazione di stato servile di un soggetto libero lo sottopone a conseguenze per lui penose e dunque alla necessità di difendere giudizialmente i suoi diritti), le due menzionate accezioni di *calumnia* sembrerebbero trovare entrambe pieno riscontro.

Sull'argomento si veda D. A. CENTOLA, *Il* crimen calumniae. *Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999 (su cui S. PULIATTI, *Rec. a D. A. Centola, Il* crimen calumniae cit., in *Index* 30, 2002, p. 383 ss.), il quale analizzando lo sviluppo della repressione criminale della *calumnia*, dall'età repubblicana alla tarda antichità, ha messo in rilievo come in epoca tardo imperiale il reato abbia subito dei mutamenti considerevoli per il venir meno del requisito del dolo, ritenuto essenziale fino al Principato, e conseguentemente, per l'assunzione di una nuova e diversa configurazione, nel senso di accusa non provata in quanto tale, a prescindere dunque dall'atteggiamento psicologico dell'accusatore. Si veda pure, per un quadro generale sulla calunnia, U. Brasiello, "*Calunnia* (*Diritto romano*)", in *Enc. dir.* 5, 1959, p. 814 ss.

non sarebbe legata alla verità o meno dell'offesa in sé, ma alla questione – che d'altra parte anima tutto il rescritto – se le parole siano state pronunciate con o senza volontà di offendere, si non convicii consilio ... probare potes.

In sostanza risulta possibile dedurre che l'affermazione ingiuriosa, se collegata al risultato diffamatorio sotteso al *convicium*, debba considerarsi come un più grave illecito.

In questa prima parte del rescritto l'imperatore sembra enunciare una vera e propria regola generale, per cui l'accusa di *calumnia* dipende necessariamente dalla presenza del *convicii consilium*; e la dimostrazione di tale regola, che risulta dal caso particolare subito di seguito esposto, dell'offesa posta in essere in occasione di una *rixa* ¹⁴, viene a leggersi come dopo una pausa di riflessione.

La circostanza richiamata è già di per sé particolarmente significativa: una rissa, il conseguente eccitamento della mente e degli atti, parole e toni che fuoriescono dalla normalità, improperi ed invettive che magari non si limitano agli usuali epiteti offensivi, ma che alludono e insinuano. Vittorino, destinatario del rescritto, avrebbe agito verbalmente in maniera offensiva ed infamante contro il suo avversario nella rissa, avrebbe usato contro di lui ingiurie estremamente pesanti, se non addirittura pericolose, accusandolo praticamente di omicidio ¹⁵.

¹⁵ Anche quel *obicere omicidium* potrebbe forse essere letto in due modi, o nel senso di una vera e propria accusa di omicidio che Vittorino rivolge al suo avversario in rissa, o nel senso di una minaccia con la quale, piuttosto, intima di ucciderlo. Invero, stando all'etimologia del termine *obicere* (composto da *ob* e *iacere*), nel suo significato di "gettare contro", e

¹⁴ Analizzando il testo di un rescritto adrianeo (D. 48.8.1.3) in cui si dice che i giudici devono attenuare la pena nei confronti di chi uccide in occasione di una rissa, Marco Balzarini dimostra come l'aver agito in una rissa rappresenterebbe un elemento idoneo ad escludere la presenza dell'animus occidendi e, conseguentemente, a legittimare un trattamento sanzionatorio più lieve per il responsabile del reato (M. BALZARINI, Appunti sulla rixa nel diritto criminale romano, in Labeo 28, 1982, p. 17 ss.). Allora, nel nostro caso il richiamo allo specifico contesto della rissa che avrebbe portato l'agente, spinto dalla forza dell'impeto tipica di quella situazione, ad accusare taluno di omicidio sarebbe già in sé significativo per escludere la configurazione del più grave reato di calumnia, secondo la logica per cui l'omicidio commesso *in rixa* autorizzerebbe l'applicazione di una pena minore (*ivi*, p. 29, nt. 31; ma anche, dello stesso autore, La represión de la iniuria en D. 47,10,45 y en algunos rescriptos de Diocleciano [contribución al estudio del derecho penal romano de la edad imperial], in Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 59, 1980, p. 51 ss.). Su tutto il problema relativo al ruolo che i concetti di animus e voluntas esercitano ai fini della punibilità del fatto illecito, cfr. l'ampio studio di M. U. SPERANDIO, Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo, Napoli 1998.

L'esempio pone chiaramente in evidenza un elemento: l'assenza del convicii consilium. L'azione di Vittorino non risulta qui prodotta dall'intenzione di offendere; piuttosto il fatto di aver proferito le parole ingiuriose va attribuito alla situazione generale della rissa, riassunta nell'espressione inconsulto calore.

Dunque, applicando i principi di cui alla regola generale enunciata nella prima parte del provvedimento, poiché non è il *convicii consilium* ma l'*inconsultum calor* della rissa a qualificare il comportamento dell'agente, non vi è spazio per la *calumnia*, ma per una semplice *iniuria*. E a conferma di tale impostazione il testo dioclezianeo prosegue individuando proprio nell'*actio iniuriarum* lo strumento per ottenere la punizione del colpevole, alla condizione però che non sia trascorso più di un anno da quando i fatti sono stati compiuti: decorso tale termine – tiene a precisare l'imperatore – non si può più agire nemmeno per l'*iniuria*, trattandosi di azione ormai prescritta ¹⁶.

Questo riferimento, in chiusura del brano, ad una questione di carattere processuale rafforza il pensiero circa la natura ancora tutta privatistica del reato di *iniuria*.

Del resto, la disposizione di C. 9.35.5 con cui l'imperatore afferma che l'*iniuria* deve essere repressa con l'azione privata di ingiurie ¹⁷, si conferma in un'altra, contenuta in C. 9.35.7, dove Diocleziano si esprime dichiaratamente per il carattere privato della *querella iniuriarum*:

dunque "obiettare", "rinfacciare", la ricostruzione corretta parrebbe la prima. Cfr. sv. "iacio, -ere", in F. Rendich, Dizionario etimologico comparato delle lingue classiche indoeuropee: indoeuropeo, sanscrito, greco, latino, Roma 2010, p. 426.

¹⁶ Seppure un po' datato, si deve citare un contributo di M. AMELOTTI, Actiones perpetuae *e* actiones temporales *nel processo formulare*, in *SDHI* 22, 1956, p. 205 e in particolare nt. 70, dove l'autore cita proprio il testo di C. 9.35.5 per spiegare come l'*actio iniuriarum*, in quanto azione pretoria e penale, si prescriva in un anno. Ma l'Amelotti riporta anche voci contrarie a questa sua interpretazione circa la prescrittibilità annuale dell'azione, come quella di G. Pugliese, *Studi* cit., p. 109 ss. Quest'ultimo, sostenendo che il rescritto riguarderebbe un particolare caso di *iniuria*, ovvero il *convicium*, propende piuttosto per la tesi della perpetuità dell'*actio iniuriarum*, per cui il brano dioclezianeo non rappresenterebbe che un'eccezione a quella regola generale: e a conferma di ciò suggerisce una traduzione dell'espressione *cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit* nel senso di "poiché quell'*actio iniuriarum* si estinse per il decorso dell'anno", e non "dato che l'*actio iniuriarum* si prescrive in un anno".

¹⁷ In verità, la maggior parte dei testi contenuti nel titolo 9.35 fa riferimento all'azione privata; per far qui solo un richiamo, le tre *leges* 8-9-10 di C. 9.35 (su cui *infra*) alludono ad una sanzione *ex actione iniuriarum* per l'offesa subita. Su questa linea di pensiero si esprimevano già A. Manfredini, *La diffamazione* cit., p. 89, nt. 154 e M. Balzarini, De iniuria cit., p. 30.

C. 9.35.7 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Paenentiano). Iniuriarum causa non publici iudicii, sed privati continet querellam. (S. id. Fedr. Sirm AA. conss.) (a. 293)

In questo rescritto, una lapidaria disposizione contenuta in appena nove parole, si propone la risposta a Penenziano che si è rivolto all'imperatore per avere un parere circa la possibilità di proporre *querella*. E la risposta a Penenziano diventa regola.

Senza ripercorrere qui le varie vicende del significato assunto nel tempo dal termine querela, *querella*, evidentemente essa risulta lo strumento processuale del quale si avvale la persona offesa per agire in giudizio e che dunque fa sì che il processo prenda il via da un'accusa privata ¹⁸. Pertanto,

Se si considera poi che molti dei riferimenti testuali sono alla querella inofficiosi testamenti emerge in maniera ancor più chiara questo passaggio: essi ci pongono di fronte ad una querella nata come forma di lamentela da parte dell'erede diseredato, divenuta poi il rimedio processuale per eccellenza attraverso cui contestare in giudizio la validità di un testamento considerato inofficioso (si possono vedere M. MARRONE, Sulla natura della querela inofficiosi testamenti, Roma 1955; Id., Querela inofficiosi testamenti. Lezioni di diritto romano, Palermo 1962; Id., Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti, in Studi in onore di Emilio Betti 3, 1962, p. 399 ss.; L. Di Lella, Querela inofficiosi testamenti: contributo allo studio della successione necessaria, Napoli 1972 e, più recenti, F. Arcaria, Septemviralia iudicia: contributo alla storia della querela inofficiosi testamenti in età classica, in Studi in onore di Antonino Metro 1, Milano 2009, p. 51 ss.; D. Di Ottavio, Ricerche in materia di querela inofficiosi testamenti 1. Le origini, Napoli 2012). Fatte queste premesse, si potrebbe forse giungere a dire che la particolare configurazione della querella iniuriarum come atto processuale che introduce la possibilità di azione rappresenti l'inizio di un'evoluzione da un'actio iniuriarum tutta ad iniziativa privata, ad un'azione in cui si comincia a far presente

¹⁸ Nel linguaggio giuridico romano il vocabolo *querella* trova un utilizzo piuttosto ampio. Due sono sostanzialmente le nozioni di querella che si ricavano analizzando le fonti: quella più generale di lamentela e quella più tecnica, e con chiara denotazione processuale, di strumento in mano alla persona offesa per agire in giudizio. Due nozioni che sembrano invero tracciare una vera e propria evoluzione della querela da lamento materiale a lamentazione giudiziaria. La lettura delle fonti ci illustra come inizialmente doveva trattarsi di mera doglianza (D. 1.6.2: Ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt), che andò progressivamente assumendo il valore specifico di querela legale. Così, per esempio, D. 1.12.1.10: praefectus urbi adiri solet et pro modo querellae corrigere eum; D. 2.4.25: ex querella patroni vel supradictam poenam; D. 2.8.10: cum potuerit querella ad competentem iudicem deferri; D. 2.15.9.2: nondum certus ad se querellam contra patris testamentum pertinere; D. 3.5.35.3: neque usurarum ratio querellam movet; D. 4.4.17: appellatio quidem iniquitatis sententiae querellam; D. 4.4.31: nam et si quidam ex creditoribus pecuniam suam ante restitutionem ab ea reciperassent, ceterorum querella contra eos qui acceperunt ut pecunia communicetur non admittetur; D. 48.5.12.6: Quod privilegium și amișit, non prohibetur intra alios quattuor menses querellam suam apud iudicem deferre; D. 48.8.11.2: oblato tamen iudici servo, si iusta sit domini querella, sic poenae tradetur.

la presenza di *querella* nel passo dioclezianeo può ben essere interpretata come indizio a favore del fatto che il regime cui è soggetta l'iniziativa processuale segue sostanzialmente le regole dei procedimenti privati.

Il richiamo alle caratteristiche del processo accusatorio classico è particolarmente forte: decidendo di subordinare il giudizio all'azione su querela dell'offeso (*Iniuriarum causa...privati continet querellam*), Diocleziano non fa altro che mettere l'accento sull'interesse personale del privato a vedere punita l'*iniuria*, piuttosto che sull'interesse che, in una prospettiva più criminale, l'intera società potrebbe avere nei confronti della stessa ipotesi delittuosa.

Risulta interessante rilevare come dal punto di vista processuale l'epoca di Diocleziano sia stata caratterizzata da un'ambivalenza tra una procedura accusatoria interamente basata sulla legittimazione ad agire del soggetto leso ed un sistema processuale in cui l'intervento dell'attività pubblica e di tutto l'apparato burocratico imperiale iniziava a farsi sempre più presente: e le risposte che l'imperatore e la sua cancelleria danno ai tanti ricorrenti, a Vittorino, a Penenziano, e poi a Flaviano, a Marciano, a Nonna e a Paolo, sono una chiara dimostrazione della posizione di centralità mantenuta dall'azione privata, a confermare il persistere della configurazione dell'*iniuria* tra i *delicta* 19.

l'interesse pubblico. In questo ordine di idee merita ricordare l'ipotesi avanzata da F. De Marini Avonzo, La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero 1. I principi generali del processo in un editto di Costantino, in Studi Urbinati 31, 1962-63, p. 314 ss., la quale propone una lettura di querella – nella specie si tratta della querella dei provinciali contro i presidi ingiusti e malvagi, ... honoris eis auctiores proferamus processus, e contrario iniustis et maleficis querellarum vocibus accusandis ... (CTh. 1.16.6) – come semplice denuncia di reato, e non nel senso di accusa formale tale da attribuire ai provinciali lesi dal comportamento del governatore una legittimazione attiva a promuovere una specifica azione in giudizio. In merito cfr. anche S. Barbati, Studi sui iudices nel diritto romano tardo antico, Milano 2012, p. 153 ss., e in particolare per la nozione di querella, p. 155, nt. 40.

¹⁹ Al riguardo si potrebbe evidenziare che, sì, il superamento della distinzione tra delicta e crimina si realizzò compiutamente con la fusione della procedura pubblica e privata nella cognito extra ordinem, ma invero il problema già in età dioclezianea si poneva, nei termini di una trasformazione – senza dubbio ancora nella sua fase iniziale – del sistema processuale privato verso la sfera pubblica. In altre parole sembrerebbe potersi cogliere, leggendo le costituzioni dell'imperatore, una certa tendenza ad accentuare il carattere pubblicistico del processo civile. Su tale questione interessanti note in F. De Marini Avonzo, Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum. Ricerche sul tardo diritto classico, in BIRD 59-60, 1956, p. 25 ss. (su cui A. Burdese, Rec. a F. De Marini Avonzo, Coesistenza e connessione cit., in IURA 7, 1956, p. 155 ss.); F. Botta, Legittimazione cit.; S. Pietrini, Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo), Milano 1996; G. Zanon, Le strutture

3. Due costituzioni dioclezianee sul plagium

Nell'ottica qui considerata, particolare importanza assumono le disposizioni contenute nella costituzione C. 9.35.9, che regola il caso dell'offesa proferita dando l'appellativo di servo ad un uomo libero, e che, ammettendo l'esperibilità dell'*actio iniuriarum*, mostra come il rito dell'azione privata fosse ancora praticamente la norma:

C. 9.35.9 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Nonnae*). Qui liberos infamandi gratia dixerunt servos, iniuriarum actione conveniri posse non ambigitur. (*S. VI K. Dec. Nicomediae CC. conss.*) (a. 294)

La domanda implicita cui il testo risponde nella sua essenzialità riguarda l'esercizio dell'*actio iniuriarum* contro coloro che abbiano indicato o chiamato come servo un uomo che in realtà è libero²⁰.

accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato, Padova 1998; B. Santalucia, Diritto e processo cit., p. 241 ss.

²⁰ In apertura si è accennato alla possibilità di leggere in un tal tipo di situazione il reato di plagio. È opportuna qualche ulteriore considerazione.

Il diritto romano considerava il plagio un vero e proprio *crimen*, almeno da quando con la *lex Fabia de plagiariis* (di cui abbiamo notizia da Ulp. *coll*. 14.3.4-5; ma anche Paul. *sent*. 5.30.1) si iniziò a punire il comportamento di chi dolosamente si fosse impossessato, o comunque avesse fatto oggetto di vendita, donazione e permuta, un uomo libero o uno schiavo altrui. Se in origine, dunque, l'elemento costitutivo del plagio era l'usurpazione della *patria* o *dominica potestas* (D. 48.15.6 pr.-1), in età post-classica è proprio per l'intervento di Diocleziano che si finì per considerare come plagio ogni atto di disposizione dello schiavo: *Eum qui mancipium alienum celat, Fabiae legis crimine teneri non est incerti iuris* sono le parole dell'imperatore, C. 9.20.9.

Per testimoniare la particolare rilevanza delittuosa che l'azione di plagio ebbe nel mondo romano è sufficiente richiamare anche soltanto l'entità della pena pecuniaria di 50.000 sesterzi prevista dalla lex Fabia a carico dell'autore del plagium e del suo eventuale complice; e basta ricordare ancora come da un primo inasprimento della sanzione sul finire dell'età dei Severi (quando i plagiari più abbienti subivano la confisca della metà del patrimonio e la relegatio, mentre gli humiliores la condanna ad metalla o il supplizio della croce: Paul. sent. 5.30b.1), si arrivò, poi, con Costantino (CTh. 9.18.1) alla pena capitale per le ipotesi di plagio più gravi a danno di liberi e filiifamilias.

Secondo H. Niedermeyer, Crimen plagii und crimen violentiae. Zur eschichte juristischer Begriffe, in Studi in onore di P. Bonfante 2, Milano 1930, il mutato regime della pena non va attribuito alla legislazione dioclezianea; la costituzione C. 9.20.6 attesterebbe invero, secondo lo studioso, come il crimen plagii continuò ad essere represso con la vecchia sanzione del pagamento di una somma di denaro fino ai tempi di Diocleziano: Impp. Diocl. et Maxim. AA. Marcianae. In fuga servum constitutum neque vendere neque donare licet. Unde intellegis te in legem incidisse, quae super huiusmodi delictis certam poenam fisco inferendam

Va detto che proprio per la stringatezza dei termini con i quali l'imperatore si esprime non è possibile risalire alla posizione del destinatario del rescritto, se autore o vittima della specifica offesa. È però un dato di fatto su cui non si può che convenire – e lo si deve ipotizzare nelle vicende per le quali si chiede l'azione – che vi sia l'intenzione delittuosa, la *gratia infamandi* come dice Diocleziano, che rende proprio l'idea della consapevolezza in capo all'agente dell'attitudine offensiva e lesiva della propria condotta. Ma è sufficiente quest'elemento psicologico a connotare in termini di delitto un comportamento che di per sé, oggettivamente, non apparirebbe come tale?

In un certo senso si può fare un collegamento con il primo testo analizzato, C. 9.35.5: lì si stabiliva che è esperibile l'*actio iniuriarum*, e dunque si

statuit, exceptis coheredibus et sociis, quibus in divisione communium rerum licitationem de fugitivo servo invicem facere permissum est. Ita vero liceat fugitivum vendere, ut tunc venditio valeat, quando ab emptore requisitus fuerit deprehensus. Sul punto non si trovano d'accordo quanti sostengono che lo sviluppo storico del reato di plagio sarebbe invece strettamente legato alle vicende della cognitio extra ordinem, ed in particolare della legislazione dioclezianea che concesse la plagii criminis accusatio publici sit iudicii (C. 9.20.13). Su questa linea M. LAURIA, Appunti sul plagio, in Annali Univ. di Macerata 7, 1932, p. 196 ss.; Id., Accusatioinquisitio, in Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli 66, 1934, p. 20 ss.; A. BERGER, Note critiche ed esegetiche in tema di plagio, in BIDR 45, 1938, p. 267 ss.; Id., Lex Fabia, in Pauly Wissowa RE. Suppl. VII, 1940, p. 386 ss.; R. LAMBERTINI, Plagium, Milano 1980; B. Santalucia, Rec. a R. Lambertini, Plagium cit., in IURA 31, 1980, p. 249 ss. Ma si veda, inoltre, per una più ampia disamina del plagium, F. Botta, Per lo studio del diritto penale bizantino. Aspetti del regime repressivo del plagium fra tradizione romana e innovazione orientale, in Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici, a cura di J. H. A. Lokin, B. H. Stolte, Pavia 2011, p. 617 ss.

Certamente una qualche eco della configurazione romana del plagium si può forse cogliere nel dettato dell'art. 603 c.p. («Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni»): in un momento storico particolare che vedeva l'Italia di fronte alle vicende dell'imperialismo coloniale in Africa – e la data del codice penale è il 1930 –, si voleva punire a titolo di plagio la condotta di chi avesse esercitato su taluno un potere di fatto tale da limitarne la libertà di determinazione e di azione. Ma si deve dar conto, sia pure brevemente delle fondamentali trasformazioni dei tempi. «Nel diritto antico e fino all'inizio dell'età moderna il reato di plagio era inerente all'istituto giuridico della schiavitù inteso come stato dell'uomo non avente personalità giuridica [...]. Dalla fine del sec. XVIII con la progressiva accettazione del principio dell'uguaglianza dello stato giuridico delle persone e la conseguente progressiva abolizione della schiavitù [...] è concepito come un delitto contro la libertà individuale»: puntualizzando in questi termini il radicale mutamento del contesto storico in cui lo specifico reato di plagio si trovava ormai ad operare, con la sentenza n. 96 dell'8 giugno 1981 la Corte Costituzione ha dichiarato illegittimo l'art 603 c.p. per violazione del principio di tassatività della fattispecie di cui all'art. 25 Cost. Ad oggi si discute sulla possibilità di introdurre il reato di plagio psicologico ma finora tutti i tentativi sono stati vani.

ha *iniuria* a carico di chi rivolge contro un'altra persona un epiteto ingiurioso attribuendogli un'azione o un comportamento negativo (così l'epiteto di "ladro", di "assassino", di "delinquente", etc.); e il comportamento soggettivo dell'agente, riassunto nel termine *convicium*, diventa rilevante ai soli fini della configurazione del più grave reato di *calumnia*. Diversamente nel brano C. 9.35.9 l'epiteto scagliato contro la vittima dell'offesa è indicativo non di un comportamento o di un'azione delinquenziale, ma di uno stato personale oggettivamente deteriore che può ben essere posto in stretto collegamento con quei danni, quegli svantaggi che il soggetto autore del reato si augura o addirittura intende perseguire nella sfera giuridica dell'altro attraverso la propria azione diffamatoria: l'intenzione di offendere l'onore e la reputazione di un altro soggetto, insita nell'attribuirgli uno *status* inferiore a quello reale, da libero a schiavo, con tutte le conseguenze negative e dispregiative che necessariamente ne sono correlate, è per Diocleziano elemento sufficiente affinché si conceda alla vittima tutela a titolo di *iniuria*.

Anche in tale ipotesi, l'*iniuria* mantiene la sua struttura di delitto privato: e due sono gli argomenti che lo confermano, l'uno derivato dal fatto che alla parte offesa viene concesso come rimedio giudiziario l'*actio iniuriarum* ad iniziativa privata, l'altro che traspare da quella particolare espressione utilizzata nel rescritto, il *non ambigitur*, che evoca in sé l'intenzione della cancelleria imperiale di voler risolvere il caso specifico sulla base di un principio ormai consolidato, di applicazione certa e indubbia ²¹.

²¹ In proposito E. Albertario, *Da Diocleziano* cit., p. 207, nt. 1, per dimostrare il classicismo e la romanità dell'imperatore, tentò un'analisi lessicale delle frasi utilizzate nei rescritti dioclezianei. Così espressioni come *nec enim dubii iuris est* (C. 2.4.13); *procul dubio est* (C. 2.18.21); *notissimi iuris est* (C. 2.4.26); *non est dubium* (C. 2.23.2) non sarebbero formule prive di significato, ma indicherebbero proprio che Diocleziano – e son parole dello studioso – «sostiene ancora, insomma, il diritto ufficiale contro il diritto popolare». E l'esemplificazione proposta continua con locuzioni del genere: *nulla dubitatio est* (C. 6.9.3); *indubitati iuris est* (C. 3.32.13); *iuris ratio non permittit* (C. 8.42.16); *rationis est* (C. 2.32.2); *incerti iuris non est* (C. 8.1.3); *ignoti iuris non est* (C. 7.75.5); *manifestum est* (C. 2.4.27); *manifestissimi iuris est* (C. 5.12.20); *manifesti iuris est* (C. 2.23.2); *absoluti ac manifesti iuris est* (C. 6.20.12); *non est opinionis incertae* (C. 2.4.32); *non ignorare debes o debueras* (C. 2.42.3.3.; C. 6.2.15); *tibi notum est* (C. 1.18.10); *scire debuisti* (C. 6.59.1); *poteris edoceri* (C. 10.42.6).

Quest'idea di una forma di legislazione che, mediante il ricorso a particolari espressioni, vuole garantire l'autorevolezza del diritto romano classico viene ripresa anche da M. AMELOTTI, Per l'interpretazione cit., p. 63, nt. 24, e, più di recente, da M. VARVARO, Riflessioni sullo scopo del Codice Gregoriano, in AUPA 49, 2004, p. 250 ss., in particolare 255, nt. 22, il quale amplia l'esemplificazione riferita dall'Albertario, con locuzioni come dubitari non oportet; certi iuris est; non ambigitur; ambigui iuris non est (o non est ambigui iuris, o non est iuris ambigui); notum est; explorati iuris est; certum est (o ius certum est); palam est; iuris

È simile la fattispecie che sta alla base del testo di C. 9.35.10, l'ultimo dei rescritti dioclezianei del titolo *De iniuriis* ²²:

C. 9.35.10 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Paulo*). Si quidem aviam tuam ancillam infamandi causa rei publicae civitatis Comanensium dixit Zenodorus ac recessit, iniuriarum actione statim conveniri potest. Nam si perseveret in causa facultatem habens agendi, super hac deferri querellam ac tunc demum, si non esse serva fuerit pronuntiata, postulari convenit. (*S. XV K. Ian. Nicomediae CC. cons.*) (a. 294)

Diocleziano è chiamato a rivolgere la propria attenzione di nuovo al rapporto tra l'*actio iniuriarum* e la questione della situazione servile.

Nel provvedimento in particolare sembrano potersi distinguere due diverse statuizioni. Nelle prime righe si dice infatti che se davvero Zenodoro ha pubblicamente chiamato serva la nonna di Paolo, destinatario del rescritto, pur senza però aver dato seguito alla questione (*recessit*), contro di lui potrà senz'altro essere esercitata l'*actio iniuriarum*.

L'analogia tra la prima parte di questo rescritto e il testo di C. 9.35.9 è evidente: all'imperatore si chiede di individuare l'azione per ottenere tutela contro chi *infamandi causa* ha dichiarato lo *status servitutis* di un libero, e la soluzione è sempre la stessa, e cioè che trattandosi di *iniuria*, pur se in questo caso vi è stato recesso da parte di Zenodoro, l'azione da far valere è quella *iniuriarum*.

Ma il passo è particolarmente interessante perché sembra suggerire la ragione del tutto. L'ava è chiamata serva infamandi causa rei publicae ci-

auctoritas probat; iuris auctoritate significatur (o significatum est); iuris auctoritate definitum est; iuris auctoritate (manifeste) declaratur; iuris auctoritas demonstrat (o iuris auctoritate demonstratur); iuris auctoritate monstratur; veteris iuris auctoritate rescriptum est.

²² Un'attenta esegesi del testo C. 9.35.10 (così come di C. 7.16.31 su cui *infra*, p. 224 ss.) è offerta da S. Serangell, C. 7.16.31 e le azioni contro il litigante temerario, in BIRD 71, 1968, p. 212 ss., le cui osservazioni conducono ad interessanti riflessioni sul rapporto tra calumnia ed *iniuria* e dunque anche tra actio calumniae ed actio iniuriarum. Sull'atteggiamento dell'attore calunnioso, che si fonda per l'appunto su una pretesa infondata e temeraria, si possono segnalare i recenti lavori di C. Buzzacchi, Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai., inst. 4.171-172, in Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di Arnaldo Biscardi, Siena 13-15 dicembre 2001, in Led On Line, la quale si sofferma più specificatamente sui rimedi previsti per punire i comportamenti temerari e calunniosi di entrambe le parti processuali, attore e convenuto, e di A. M. Giomaro, La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris, in Studi Urbinati 69, 2001-2002, p. 195 ss., che tratta la questione della temerarietà dell'attore dal punto di vista degli strumenti processuali concessi al convenuto (il iudicium calumniae, il iudicium contrarium, il giuramento e la restipulatio).

vitatis Comanensium: è chiaro allora che la finalità del diffamatore in un comportamento di questo genere doveva essere anche quella di far avere all'ava – e a tutti i suoi discendenti ²³ – le intuibili conseguenze negative in rapporto a quella *civitas*.

Il riferimento alla *civitas Comanensium*²⁴ specifica ulteriormente la de-

Per una rassegna dei principali contributi in merito cfr. C. Castello, La condizione del concepito, da libero e schiava e da libera e schiavo in diritto romano, in Studi in onore di S. Solazzi, Napoli 1948, p. 242 ss.; Id., Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano, in RIDA 3, 1950, p. 276 ss.; D. Dalla, Aspetti della patria potestas e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica, in AARC 7, 1988, p. 85 ss.; G. Franciosi, Famiglia e persone in Roma antica, Torino 1989; E. Cavallini, Legge di natura e condizione dello schiavo, in Labeo 40, 1994, p. 82 ss.; O. Robleda, Il diritto degli schiavi nell'antica Roma, Roma 1976; B. Albanese, Le persone nel diritto privato romano, Palermo 1979; M. Melluso, La schiavitù nell'età giustinianea. Disciplina giuridica e rilevanza sociale, Parigi 2000.

24 S. Concoran, *The empire* cit., p. 115, osserva che l'espressione *civitas Comanensium* può indicare sia la città di Comana in Ponto sia la Comana in Cappadocia – in linea tra l'altro con la v. "*Comana*, -*orum*", in *Lexicon latino-italicum*, 1889, p. 620 – ed argomenta come il riferimento alla Comana Pontina assumerebbe un significato tanto più grave per la presenza in quella zona del tempio denominato *hierodouloi*. «It is not clear – nota Concoran – whether Comana in Pontus or in Cappadocia is meant. If the former is the case, the matter appears all the more serious, since Comana Pontica was renowned for its temple prostitutes called *hierodouloi*». La lettura del Concoran trova piena conferma in Strabone, 12.3.32-36: Υπὲρ δὲ τῆς Φαναρόιας ἐστὶ τὰ Κόμανα τὰ ἐν Πόντῳ, ὁμώννμα τοῖς ἐν τῆ μεγάλη Καππαδοκία καὶ τῆ αὐτῆ θεῷ καθιερωμένα ... A tal proposito C. ΒΕΑΚΖΟΤ, F. LANDUCCI, G. ZECCHINI (a cura di), *Gli stati territoriali nel mondo antico*, Milano 2003, p. 262 ss.; S. L. BUDIN, *Strabo's Hierodules: Corinth, Comana, and Eryx*, in *Tempelprostitution im Altertum: Fakten anf Fiktionen*, 2009, p. 198 ss.

A questo punto potrebbe essere utile mettere in evidenza come, in relazione ad ogni civitas, i singoli aspetti sociali, politici, giuridici assumono un significato del tutto particolare. Se ne è ampiamente occupato G. Luraschi, Sulla data e sui destinatari della lex Minicia de liberis, in SDHI 42, 1976, p. 431 ss.; Sulle leges de civitate: Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria, in SDHI 44, 1978, p. 322 ss.; Foedus ius latii civitas: aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana, Pavia 1979; Sulla lex Irnitana, in SDHI 55, 1989, p. 349 ss.; La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della Repubblica, in SDHI 61, 1995, p. 17 ss. Interessanti

²³ Il dato può essere significativo per fare una riflessione sul rapporto che viene necessariamente ad instaurarsi tra chi è servo e i suoi discendenti. Un tema assai ampio, su cui tra l'altro vasta è la letteratura, che merita tuttavia di essere anche solo accennato in questa sede per mettere in evidenza quei principi del diritto classico in forza dei quali i figli nati da iustae nuptiae ereditavano iure civili la condizione del padre al momento del concepimento, mentre, in mancanza di connubium, acquisivano lo status della madre secondo il ius gentium: semper conubium efficit, ut qui nascitur patris condicioni accedat; aliter vero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris condicionem sequi (Gai. 1.80); per cui ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur (Gai. 1.82), come tra l'altro ribadisce Ulpiano, ex cive Romano et Latina Latinus nascitur et ex libero et ancilla servus, quoniam cum his casibus conubia non sint, partus sequitur matrem (Reg. 5.9).

licatezza della situazione in cui venne a trovarsi la donna, la quale evidentemente era destinata a perdere i privilegi (ma non sappiamo quali potessero essere) che le derivavano dall'appartenenza a quella particolare *civitas*: di qui la necessità e l'urgenza del nipote della donna "calunniata" di portare il problema all'attenzione dell'imperatore perché punisse la condotta ingiuriosa del presunto *dominus*.

La descrizione del procedimento è contenuta nel prosieguo (nam si perseveret in causa ...). Diocleziano sembrerebbe in un certo senso subordinare l'esercizio dell'actio iniuriarum alla decisione con cui l'ava sia stata riconosciuta come libera; ed in effetti stabilisce che quando il calunniatore perdura nel dichiarare lo status servitutis di un libero, l'asserito servo, se vuole ottenerne la punizione, deve avanzare formalmente la propria pretesa presentando la querella nel corso della causa liberalis (super hac deferre querellam ... convenit). E solo dopo che sia stata emessa la decisione con cui viene dichiarato libero, allora potrà validamente agire con l'actio iniuriarum.

Un'indiretta conferma di ciò la si può ricavare, all'incontrario, dalle prime righe del rescritto dove l'imperatore rappresenta il caso in cui Zenodoro, qualificata l'ava come serva, ha poi desistito da questo suo comportamento: poiché non viene celebrata l'azione diretta a rivendicare la proprietà della schiava (all'interno del cui rito avrebbe dovuto porsi l'istanza dei parenti della donna per l'*iniuria* subita), l'actio iniuriarum potrà essere esercitata immediatamente nei confronti di Zenodoro (*iniuriarum actione statim conveniri potest*).

Questi aspetti di rito vengono da Diocleziano affrontati anche in C. 7.16.31, un passo collocato nel titolo *De liberali causa*:

C. 7.16.31 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Corsianae*). Si tibi servitutis improbe moveatur quaestio, sollemnibus ordinatis, de calumnia vel iniuria, prout vindictae viam elegeris, habita contestatione, posteaquam servus non esse fueris pronuntiatus, adversus eam sententiam postulare potes, tunc demum de his etiam quae direpta probaveris restitutionem, cum pro libertate fuerit pronuntiatum, petiturus, (*S. V id. Oct. CC. conss.*) (a. 294)

•

spunti anche in G. Crifò, Civis. *La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari 2000, in cui lo studioso a partire dalla ricostruzione storica del concetto di *civis*, formula una sua ipotesi di cittadinanza europea, e S. Lazzarini, *Storiografia, ricerca archeologica ed associazionismo locale*, Como 1995; *Romanizzazione in Transpadana: evidenze archeologiche e profili giuridici*, Como 2012.

Una questione che subito salta all'occhio è quella dei rimedi che secondo l'imperatore competono a favore di Corsiana, destinataria del rescritto, contro chi ha promosso questione di servitù *improbe*. Si parla di un concorso fra *actio calumniae* e *actio iniuriarum*, indistintamente utilizzabili a seconda della strada che si vuole seguire per ottenere la punizione del colpevole (*prout vindictae viam elegeris*).

Tutto questo offre lo spunto per una prima serie di considerazioni. Innanzitutto, il fatto che nella condotta dell'agente si leggerebbero i connotati dell'illecito di *iniuria* e, cumulativamente, anche, del più grave reato di *calumnia*. In secondo luogo, la constatazione che le azioni di calunnia e di ingiuria avrebbero la stessa funzione, per così dire afflittiva, di perseguire l'illecito comportamento di colui che si asserisce *dominus*. Infine, che tra i due rimedi, entrambi validamente e ugualmente esperibili, ci sarebbe un concorso alternativo, tanto che è consentito l'esperimento di uno solo dei due.

Ma Diocleziano fornisce un altro importante elemento di riflessione: con l'espressione posteaquam servus non esse fueris pronuntiatus sembra infatti voler di nuovo suggerire, così come ha fatto in C. 9.35.10, che affinché si possa concedere alla vittima l'azione (di calunnia o di ingiuria) in ordine alla sua richiesta di punire il presunto dominus, è necessario che venga prima risolta la quaestio servitutis promossa nei suoi confronti. Così, solo quando si sarà conclusa la causa volta a chiarire lo status di Corsiana quale persona libera, questa potrà intraprendere l'azione contro il diffamatore per vedere dichiarata la sua responsabilità.

Strettamente connessa alla decisione circa lo *status libertatis* è anche l'azione diretta al recupero dei beni che sono stati sottratti all'asserita serva: Diocleziano, nella specie, afferma che Corsiana, una volta ottenuto il riconoscimento del suo stato di libera, potrà altresì esperire l'azione per ottenere i *bona direpta*, proprio perché *pro libertate fuerit pronuntiatum*.

La centralità che al tempo di Diocleziano doveva avere l'*iniuria* che si commetteva nel far passare da schiava una persona libera sembrerebbe accertata anche dall'esame di un testo, C. 7.14.5.2, che è collocato al di fuori del titolo dedicato all'*iniuria*.

Non sappiamo con precisione contro quale "ostinazione", contro quale "capriccio" si chieda consiglio all'imperatore (si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione) ma, poiché il rescritto è collocato sotto il titolo De ingenuis manumissis, è facile ipotizzare che si possa trattare anche in questo caso di un'azione diretta a far riconoscere lo stato di servo nei confronti di un soggetto che protesta di non essere tale:

C. 7.14.5.2 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Crescenti*). Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus praeses provinciae ab iniuria temperari praecipiet. (*D. prid. non. April. AA. conss.*) (a. 293)

La formulazione del testo, così breve e concisa, rende difficile anche una individuazione più approfondita del destinatario, tale Crescente, e di come questo sia coinvolto nella questione che ha dato luogo all'emanazione del rescritto.

Certo è che l'intervento di Diocleziano si pone nell'ottica di fare cessare l'ingiuria, l'offesa che una parte avrebbe rivolto all'altra in sede processuale: e il contenuto dell'*iniuria* dovrebbe consistere nell'averla qualificata e trattata pubblicamente o addirittura giudizialmente come serva quando invece è libera.

Interessante è la decisione che al riguardo assume l'imperatore, di rivolgersi al *praeses provinciae*²⁵, il quale avrebbe l'autorità di interrompere

Nell'ottica di fornire all'impero un nuovo assetto, più saldo ed efficace, sicuramente strategica fu la scelta di Diocleziano di affidare al praeses provinciae l'esercizio di funzioni di governo e, soprattutto, di iurisdictio. Così L. De Giovanni, Istituzioni cit., p. 134, commentando il testo dell'opera di Lattanzio, de mort. pers. 7.4, evidenzia come la presenza di molti governatori e di un gran numero di impiegati nelle singole regioni sia indice dell'intento dioclezianeo di «rinsaldare l'amministrazione, affidando a ogni governatore il controllo di un'area meno estesa». Il ricorso al praeses provinciae si potrebbe perfettamente inquadrare nell'ambito di quel particolare sistema di amministrazione della giustizia, per cui tali magistrati, operando in un certo senso attraverso la figura dell'imperatore che a ciò li autorizzava, alleggerivano il carico di lavoro della macchina giudiziaria imperiale risolvendo per l'appunto le situazioni che si creavano a livello locale e, al tempo stesso, garantivano una certa uniformità nell'applicazione del diritto.

Su questi aspetti relativi all'esercizio della giurisdizione da parte dei governatori provinciali tardo imperiale cfr. sicuramente J. M. CARRIÉ, Le gouverneur romain à l'époque tardive. Les directions possibile de l'enquête, in Antiquité Tardive 6, 1998, p. 21 ss. In un recente contributo S. Puliatti, Ottenere giustizia. Linee dell'organizzazione giudiziaria dioclezianea, in Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII. Volume 1: Saggi, 2016, p. 16 sottolinea: «Non solo egli poteva farsi tramite per l'inoltro delle richieste all'imperatore, ma spettava al governatore, nella veste di giudice di prima istanza, dare soluzione alle controversie di fatto», tanto che – continua – il praeses provinciae finì per essere identificato con il iudex. Quanto alla ragione di ciò S. Concoran, The Empire cit., p. 234 ss., osserva come la tendenza a far coincidere i iudices con i governatori provinciali si possa spiegare alla luce di quella riforma dioclezianea di separazione degli uffici civili e militari e suddivisione delle province, che inevitabilmente portò ad un progressivo incremento delle funzioni giudiziali in capo al governatore. «... with the separation of military and civil offices and the subdivision of provinces, which reached its climax under Diocletian, the governator – scrive Concoran – should have been able to devote more time than ever to his judicial functions and the term *iudex* is often interchangeable with that of *praeses*». Va peraltro ri-

quel comportamento diffamatorio e pregiudizievole: nell'espressione *praeses provinciae ab iniuria temperari praecipiet* si potrebbe leggere infatti una forma di tutela *extra ordinem*, una tutela da accordare alla parte offesa non tanto attraverso la concessione di un'azione (ed infatti l'imperatore, pur ammettendo che si tratta di *iniuria*, non accenna affatto alla possibilità di agire con un'*actio iniuriarum*), ma per mezzo di un intervento equitativo del *praeses* della provincia.

Emerge in piena evidenza l'ampiezza del fenomeno: le vicende del *praeses provinciae* sembrano accompagnare lo sviluppo del sistema processuale romano, caratterizzandone – si potrebbe dire – la struttura e la stessa funzione. Il fatto che l'imperatore rinviasse i ricorrenti al preside della provincia per l'adozione dei rimedi necessari a dare soluzione alla controversia di fatto, potrebbe testimoniare l'introduzione di forme processuali che sostituendosi alle vecchie norme procedurali ed ai relativi riti, hanno dato progressivamente luogo alla formazione di una nuova e diversa struttura organizzativa del processo²⁶.

chiamato un dato che Simon Concoran tiene a mettere in risalto, ovvero la frequenza con la quale il termine *praeses* compare nei rescritti dioclezianei in chiara accezione giudiziaria, e dunque quale sinonimo di un preciso organo addetto all'amministrazione della giustizia nelle province. In un campione di 1300 rescritti ben 270 conterrebbero riferimenti al *praeses provinciae*, per una percentuale che lo studioso stima attorno al 20 %, ma che evidentemente doveva essere superiore dal momento che alcuni riferimenti sono andati perduti nell'opera di passaggio nel *Codex Iustiniani* (*ivi*, p. 235, con rinvio ad una dettagliata *appendix* G, 337).

Le riflessioni di S. Barbatt, *Studi sui iudices* cit., che rappresentano un'importante messa a punto delle prospettive di ricerca in materia di *iudex* nel periodo tardo antico, ribadiscono come a seguito delle riforme costantino-dioclezianee il governatore provinciale diventò il "giudice per antonomasia" e ricordano come tale identificazione tra *iudex* e governatore provinciale si superò solo nella successiva legislazione orientale. Si veda pure S. Barbatt, *I* iudices ordinarii *nell'ordinamento giudiziario tardo romano*, in *JUS* 54, 2007, p. 67 ss.; Id., *Giudici delegati e giudici locali nel diritto giustinianeo*, in J. H. A. Lokin, B. H. Stolte (a cura di), *Introduzione* cit., p. 467 ss.

²⁶ Per lo svolgimento del processo nella tarda antichità cfr. G. Scherillo, Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem, Milano 1960; U. Ziletti, Studi sul processo civile giustinianeo, Milano 1965; M. Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966; G. Bassanelli Sommariva, La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518 – 1 agosto 527), in SDHI 37, 1971, p. 119 ss.; G. Provera, Il processo civile giustinianeo, Torino 1987; S. Puliatti, Officium iudicis e certezza del diritto in età giustinianea, in Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustinianea tra passato e futuro (Atti del convegno, Modena 21-22 maggio 1988), a cura di S. Puliatti, A. Sanguinetti, Milano 2000, p. 43 ss.; nonché, di più recente, S. Puliatti, U. Agnati (a cura di), Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. Atti del Convegno-Parma, 18 e 19 giugno 2009, Parma 2010; F. Pergami, Studi di diritto romano tardoantico, Torino 2011; Id., Nuovi studi di diritto romano tardo antico, Torino 2014.

Il rescritto imperiale di C. 7.14.5 consente di confermare ciò: il compito attribuito al *praeses provinciae* – spiega Salvatore Puliatti – dimostra come «il potere imperiale affidava ormai gran parte del carico giudiziario» ai governatori delle province ²⁷. E proprio questo concentrarsi ed accrescersi di competenze giurisdizionali in capo al *praeses provinciae* doveva imporre una disciplina che regolasse in maniera organica i rapporti tra i vari organi di giustizia, tra l'imperatore, sommo titolare di ogni potere, e i funzionari imperiali per mezzo dei quali quel potere veniva esercitato. E non è improbabile che per rispondere a tale esigenza l'intervento normativo si indirizzasse verso il sistema *extra ordinem*.

Riguarda ancora questo problema ed è particolarmente suggestivo il rescritto inviato da Diocleziano ad un certo Claudio, che lo aveva interpellato per sottoporgli la situazione in cui si era venuta a trovare la figlia ²⁸:

C. 8.50.7 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Claudio*). Foedissimae mulieris nequitia permovemur. Cum igitur filiam tuam captam ac prostitutam ab ea quae eam redemerat, ob retinendae pudicitiae cultum ac servandam natalium honestatem ad te confugisse, proponas, praeses provinciae, si filiae tuae supra dictam iniuriam ab ea, quae sciebat ingenuam esse, inflictam co-

²⁸ Analizzando il testo di C. 8.50.7, S. Concoran, *The Empire* cit., p. 56, propone una riflessione intorno al carattere "negativo" di taluni rescritti, in cui la risposta dell'imperatore non si sostanzia per l'appunto nella concessione di *beneficia*. Il comportamento della donna che riscatta una ragazza catturata solo per farla prostituire, suscita nell'imperatore una reazione di disgusto ed indignazione. Ed infatti – tiene a far notare lo studioso – non solo la risposta imperiale inizia senza mezzi termini (*Foedissimae mulieris nequitia permovemur*), ma l'intero rescritto contiene vocaboli con un forte impatto morale, come *pudicitia*, *honestas*, *detestabilis*, *miserabilis*, *flagitiosus*, *turpitudo*.

²⁷ S. Puliatti, Ottenere giustizia cit., p. 21 ss.

È interessante riportare a ulteriore esemplificazione l'intero testo della costituzione: Defamari statum ingenuorum seu errore seu malignitate quorundam periniquum est, praesertim cum adfirmes diu praesidem unum atque alterum interpellatum a te vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret. Unde constat merito rectorem provinciae commotum adlegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus praeses provinciae ab iniuria temperari praecipieta. Si veda in proposito anche S. Concoran, The Empire cit., p. 238, il quale si sofferma sulla "forza" del menzionato rescritto imperiale: il richiedente aveva ottenuto dal governatore che si interrompessero le molestie perpetrate conto il suo stato di ingenuità, ciononostante queste non erano cessate e l'imperatore, richiesto dal diffamato di intervenire, aveva di nuovo rinviato il ricorrente al praeses. Il consiglio pratico di Diocleziano è quello di inoltrare di nuovo la richiesta al praeses proviciae, il quale trovandosi così investito del peso di tutta la decisione e, di conseguenza, della maggior parte del carico giudiziario, avrebbe agito da vero giudice proprio perché «even the most positive imperial reply must still rely on gubernator actio».

gnoverit, cum huiusmodi persona indigna sit pretium recipere propter odium detestabilis quaestus, etiamsi pretium compensatum non est ex necessitate miserabili, custodita ingenuitate natae tuae adversus flagitiosae mulieris turpitudinem tutam eam defensamque praestabit. (*PP. III non Febr. Tiberiano et Dione conss.*) (a. 291)

Il rescritto, tratto dal titolo *De postliminio et de redemptis ab hostibus*, racconta in un certo senso una drammatica storia d'altri tempi, una storia di rapimenti, di vendita di schiavi, di mercato di prostituzione. La donna che ha comprato la fanciulla rapita per avviarla alla prostituzione è "donna turpissima" (*foedissima mulier*) perché conosceva lo stato libero della fanciulla, perché, anche per questo motivo, tutto ciò che guadagnava dalla sua attività rappresentava un *detestabilis quaestus*.

L'aspetto che qui interessa sottolineare non è il mero intendimento "diffamatorio" insito nel comportamento della donna, ma piuttosto le conseguenze concretamente dannose che questo comportamento determina nella vita della fanciulla: la quale è "costretta a difendere" la sua *ingenuitas*.

Va rilevato, infine, come anche in questo caso l'imperatore affidi la cosa all'intervento del praeses provinciae: praeses provinciae...adversus flagitiosae mulieris turpitudinem tutam eam (sc. la figlia del ricorrente Claudio) defensamque praestabit.

4. Alcune considerazioni procedurali su C. 9.35.6 e C. 9.35.8 in rapporto a C. 6.6.7 pr.

L'analisi dei testi dioclezianei relativi all'*iniuria* consente ulteriormente di precisare come Diocleziano e la sua cancelleria nel formulare i vari rescritti e nel rispondere ai più ricorrenti, si siano avvalsi di un modo di argomentare basato su schemi casistici, sul filo di quella tradizione che aveva segnato la fortuna dell'esperienza giuridica romana.

A tal proposito particolarmente interessante è la costituzione C. 9.35.6, che regola il caso degli eredi di una patrona che hanno arrecato *iniuria* al liberto della defunta:

C. 9.35.6 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC Flaviano*). Cum nec patronos iniuriam facere libertis iuris aequitas permittat, proponasque patronae heredes eum, qui libertatem a defuncta acceperat, iniuriis adficere, curabit praeses provinciae contumeliam heredum compescere. (*PP. id. Iul. epsis IIII et III AA. conss.*) (a. 290)

Vi si afferma il principio in base al quale, per il fatto che non è riconosciuta al patrono la possibilità di offendere i propri liberti, nemmeno agli eredi dello stesso patrono è dato commettere *iniuria* contro il liberto.

Alla luce di queste prime considerazioni bisogna domandarsi innanzitutto: cosa significa esattamente questo richiamo all'equità che non consentirebbe ai patroni di arrecare *iniuria* ai liberti²⁹?

Significa che per ragioni di equità (anche, dunque, se a stretto diritto potrebbe essere consentito) i patroni dovrebbero astenersi da comportamenti ingiuriosi nei confronti dei liberti, da provocazioni verbali, da ingiurie, addirittura da percosse, ed altro ³⁰? Una semplice esortazione morale,

²⁹ Sul significato del sintagma *iuris aequitas* che – fa notare M. Talamanca, L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico, in Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno di Trento, 11 e 12 aprile 2002, Padova 2006, a cura di G. Santucci, p. 176 ss. – «da solo, esso compare qui per l'unica volta nel periodo epiclassico, mentre nel tardo-antico è usato in alcune costituzioni giustinianee», si propongono due diverse interpretazioni. Da un lato una lettura di aequitas nel senso di ius, per cui l'aequitas non avrebbe valore in sé ma soltanto in quanto recepita dal ius; dall'altro un utilizzo di aequitas come aequus, che farebbe sì che la cancelleria imperiale riservi lo stesso trattamento tanto ai patroni quanto ai liberti. «L'aequitas – conclude – o non è l'equità nel senso moderno del termine, od è tale equità, che, però, non svolge il suo ruolo in contrapposizione al ius receptum, ma rileva, nel caso in questione, proprio perché incarnatasi in quest'ultimo».

³⁰ Qualche ulteriore precisazione merita a questo punto di essere fatta sulla disciplina volta a reprimere gli abusi commessi dai padroni nei confronti degli schiavi.

Già Gaio sottolineava la necessità di porre un freno all'utilizzo dei mezzi di correzione erogati supra modum et sine causa dai domini versi gli schiavi: Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire. Nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur. Nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio (Gai. 1.53, su cui si vedano in particolare L. CHIAZZESE, Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee, in AUPA 16, 1931, p. 410 ss.; S. Solazzi, Glosse a Gaio, in Studi in onore di S. Riccobono 1, Palermo 1936, p. 120 ss.; B. BIONDI, Diritto romano cristiano 2, Milano 1952, p. 438 ss.; R. Bonini, Note sul primo libro delle Istituzioni giustinianee (I. 1.6.7 e I. 1.8.2), in AG 180, 1971, p. 35 ss.). Situazione questa che acutamente Giustiniano, I. 1.8.2, definiva come intolerablis saevitia domini, tale da autorizzare addirittura il servo, in alcuni casi, a rivendicare il diritto di libertà. M. MELLUSO, La schiavitù cit., p. 137 ss., fa notare in proposito come, rispetto a Gaio, nella legislazione giustinianea fosse ben definito il principio per cui il potere del dominus nei confronti dei servus era di tipo esclusivamente disciplinare, e non più configurabile come esercizio di dominio. Proprio in questo contesto il Melluso commenta due rescritti dell'imperatore Giustiniano che, intendendo reprimere l'eccessiva

che avrebbe origini antiche, più che una prescrizione? D'altra parte è facile immaginare come i patroni, proprio in ragione dell'atto di liberalità da loro stessi compiuto a favore dello schiavo manomesso e confidando nella gratitudine del liberto, facilmente fossero indotti a credere di potersi permettere certi comportamenti anche se oltraggiosi ed offensivi.

Oppure significa che il diritto una volta per tutte avrebbe deciso di intervenire a vietare gli abusi che avrebbero potuto connotare il comportamento dei patroni verso i liberti? Un'eventualità nella quale si dovrebbe allora pensare ad una qualche forma di sanzione, se non alla concessione di

durezza dei padroni, impongono pregnanti limiti alla dominica potestas: l'uno stabilisce che gli schiavi, rifugiati ad aedem sacram vel ad status principum a causa dell'intolerablis saevitia domini, vengano venduti; l'altro ribadisce che quando il padrone maltratta senza motivo gli schiavi, questi debbano essere venduti ad altri, ut in potestatem domini non revertantur. Sulle fonti di I. 1.8.2 cfr. pure C. FERRINI, Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano, in BIRD 13, 1901, p. 101 ss.; F. CASAVOLA, Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio, in Labeo 14, 1968, p. 227 ss.; R. BONINI, Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano, Rimini 1984, p. 115 ss.; D. DALLA, Ubi venus mutatur. Omosessualità e diritto nel mondo romano, Milano 1987, p. 42 ss.; G. Lucchetti, La legislazione imperiale nelle istituzioni di Giustiniano, Milano 1996, p. 43 ss. In particolare il Biondi nota come il passo delle Istituzioni giustinianee possa testimoniare il superamento del tradizionale schema dei rapporti domini-schiavi: «la concezione per cui lo schiavo è una cosa, e su cui il dominus ha quegli stessi poteri che ha su qualunque entità corporale diventa sempre più lontana dallo spirito della nuova legislazione. I rapporti tra dominus e schiavo sono regolati, più che dalle norme relative al dominio, da una legge di ordine superiore, precisamente da quel ius naturale, intessuto di precetti religiosi e morali, per cui lo schiavo è pari al libero, e che il legislatore civile cerca di prendere come modello» (B. BIONDI, Diritto cit., p. 423). Lo stesso autore completa le sue affermazioni alla luce dello spirito dei canoni di diversi concili: dal canone 5 del Conc. Eliberitanum del 305 che prevedeva una punizione canonica per la domina che furore seli accensa, flagris verberavit ancellam suam ita ut in tertiam diem animam cum cruciatu effundat; ai Concili Agathense del 506 e Epaonense del 517 che disponevano, rispettivamente ai canoni 62 e 34, che venissero scomunicati i padroni che uccidevano lo schiavo sine conscientia iudicis.

Riguarda ancora il problema dei rapporti fra dominus e schiavi la questione dell'ordinazione dei servi fugitivi in ecclesia che rappresenta un vero e proprio esempio di limitazione della dominica potestas del padrone sullo schiavo. La disciplina dettata al riguardo da Giustiniano (accolta in C. 1.3.37) è sicuramente significativa: l'imperatore concedendo agli schiavi di abbracciare la vita monastica, sospende in un certo senso il ius domini. Sulla problematica ampia è la letteratura; basti ricordare W. Waldstein, Schiavitù da Costantino a Teodosio II, in AARC 8, 1990, p. 126 ss.; G. Barone Adesi, Monachesimo ortodosso e diritto romano nel tardo antico, Milano 1990, p. 295 ss.; Id., Servi fugitivi in ecclesia. Indirizzi cristiani e legislazione imperiale, in AARC 8 cit., p. 695 ss.; A. Manfredini, Sugli schiavi ordinati invito domino, in AARC 10, 1995, p. 529 ss.; M. Melluso, La schiavitù cit., p. 196 ss.; Id., In tema di servi fugitivi in ecclesia in epoca giustinianea. Le Bullae Sanctae Sophiae, in Dialogues d'histoire ancienne 28.1, 2002, p. 61 ss.

un'azione dei liberti "violati" contro i patroni – che può sembrare eccessiva per i tempi –, o per lo meno ad una totale affrancazione degli obblighi materiali e morali del *ius patronatus*.

O ancora, tutto all'opposto, significa che il particolarissimo rapporto che si è instaurato fra patrono e liberto a seguito dell'iniziativa di libertà posta in essere dal primo ha determinato fra le parti una situazione tale per cui, qualunque cosa dica o faccia il patrono contro il liberto, non potrà mai essere addotta a motivo di *iniuria* nei suoi confronti? Con ciò implicando, quale immediata conseguenza, che risulterà poi impossibile per l'avvenire che fra i due possa determinarsi un reato di *iniuria*, stante proprio il carattere privato che il reato stesso presenta.

Invero Diocleziano non concede al liberto l'actio iniuriarum contro gli eredi della patrona manomittente, ma si limita a suggerire un intervento equitativo del praeses provinciae. E questo potrebbe forse offrire un qualche suggerimento circa il significato da attribuire alle parole nec patronos iniuriam facere libertis iuris aequitas permittat, le quali costituiscono, probabilmente, la chiave per la comprensione del brano.

Ma vi è un altro punto fondamentale da sottolineare nella lettura del testo, ovvero lo svolgersi del ragionamento che segue la cancelleria imperiale, e che traspare chiaramente dalle stesse affermazioni dell'imperatore: la struttura dell'operazione interpretativa svolta dalla cancelleria rimanda infatti alla tipica metodologia di ragionamento del giurista³¹. Diocleziano

³¹ In tal senso M. Varvaro, *Riflessioni* cit., p. 250, il quale sottolinea perfettamente come, a partire dall'età dei Severi, l'imperatore sia al tempo stesso anche giurista, nel senso che «il compito, che era stato del giurista, di additare alle parti e al giudice il principio di diritto da far valere nel caso concreto, viene ora assolto dalla legislazione imperiale, che indica di volta in volta quale sia il diritto da applicare. Le questioni relative a punti controversi di diritto non saranno più risolte grazie all'attività dei giuristi respondenti, ma direttamente dalla cancelleria imperiale, che, da un canto, fornirà i criteri interpretativi da applicare alla fattispecie concreta che ha determinato l'emissione della costituzione, e, dall'altro, si porrà come modello da seguire nella risoluzione di fattispecie analoghe». Sul punto anche A. M. Honoré, The Severan lawyers: a preliminar survey, in SDHI 28, 1962, p. 162 ss., e in particolare 226 ss.; ID., Emperors and lawyers, London 1981; G. BASSANELLI SOMMARIVA, L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo. Milano 1983; J. P. CORIAT, La tecnique du rescrit à la fin du Principat, in SDHI 51, 1985, p. 346 ss.; G. Purpura, Dalle raccolte di precedenti alle prime codificazioni postclassiche, in AUPA 42, 1992, p. 675 ss.; J. P. CORIAT, Le prince législateur. La technique législative des Sévère set les méthodes de création du droit impérial a la fin du Principat, Rôma 1997. Per un quadro complessivo della cultura giuridica del tempo si veda G. CRIFÒ, Centralità del diritto nella esperienza della Tarda Antichità, in Trent'anni di studi sulla Tarda Antichità: bilanci e prospettive. Atti del Convegno Internazionale. Napoli, 21-23 Novembre 2007, a cura di U. Criscuolo, L.

non fa altro che esaminare i fatti di un determinato caso concreto (gli eredi della patrona possono arrecare *iniuria* al liberto della defunta?), applicando la *ratio decidendi* utilizzata per definire un'altra situazione del tutto simile, ovvero se sia consentito ai patroni arrecare offesa ai propri liberti. Dalla risposta negativa a quest'ultimo interrogativo, l'imperatore ricava la soluzione che non si possono ingiuriare i liberti della defunta.

Diocleziano dunque opera come giurista, piuttosto che come imperatore, svolgendo – si potrebbe dire – un'opera di "raccordo" fra il sistema giuridico e la realtà dei casi concreti, fra una premessa maggiore per cui nec patronos iniuriam facere libertis ed una minore, necessariamente collegata e dipendente dalla prima, che patronae heredes eum, qui libertatem a defuncta acceperat, iniuriis adficere.

Significativo è anche il presupposto da cui prende avvio questo raccordo: il rescritto menziona proprio il principio di *aequitas iuris*, quell'equilibro, quella saggezza su cui poggiava tutto il diritto e che nemmeno Diocleziano poteva pertanto disattendere ³².

Se si analizza il percorso logico seguito da Diocleziano emerge il richiamo, chiaro e ben definito, al metodo di formazione del diritto casistico e giurisprudenziale, quale è indubbiamente quello romano dell'età classica. Un'affermazione di Letizia Vacca potrebbe essere al riguardo particolarmente interessante: «Nell'ottica del giurista che opera con il metodo casistico, infatti, una regola normativa, a parte per i casi in essa espressamente previsti, non ha in realtà valore differente per la soluzione dei casi 'analoghi' da una 'regola casistica' di formazione giurisprudenziale, in quanto

De Giovanni, Napoli 2009, p. 119 ss., con ampia discussione della bibliografia (tenendo presente, ovviamente, anche gli altri contributi presentati nella stessa occasione congressuale).

³² Interessanti osservazioni sul modo in cui la cancelleria imperiale concepì il richiamo all'aequitas sono state sviluppate da A. Lovato, Ratio aequitatis, in AARC 18, 2012, p. 397 ss., con rinvio per l'ampia e dettagliata rassegna bibliografica. Muovendo dall'analisi critica del pensiero di quanti interpretano l'utilizzo della nozione di aequitas, in epoca tarda, come mero esercizio retorico, senza alcun effetto nella pratica del diritto, lo studioso giunge ad una valutazione che vuole andare oltre l'idea di equitas piegata dal legislatore imperiale ad esigenze di propaganda del potere, per coglierne piuttosto il senso nella necessità di dare fondamento alle scelte della cancelleria imperiale, scelte che, proprio perché dettate dalla iuris aequitas, acquisterebbero tutto un loro significato particolare: e concludere così – e sono parole dello stesso autore – che: «Se è vero, come sosteneva Schulz, che in epoca tarda si attenuò in modo considerevole il rigore formalistico del diritto, è tuttavia legittimo pensare che i nuovi orientamenti non impedissero all'aequitas di svolgere, anche in tempi mutati, un ruolo non trascurabile nella produzione giuridica: potendo ancora fungere da punto di riferimento per chi faceva le norme, come in passato era stato per i giuristi».

entrambe costituiscono non regole vincolanti ma modelli da utilizzare per la soluzione dei casi che possono essere qualificati come 'simili' a quelli in esse previsti»³³.

Nella stessa linea si pone un altro rescritto dioclezianeo, che pure non è contenuto nello specifico titolo *De iniuriis*, ma nel *De obsequiis patronis praestandis* (C. 6.6.7 pr.). Qui l'imperatore è chiamato a risolvere il caso di alcuni liberti che hanno recato *iniuria* ai figliastri della loro patrona:

C. 6.6.7 pr. (*Impp. Diocletianus et Maximianus*). Neque libertis novercae inferendae iniuriae privignis eius libera facultas esse debet: paternos etiam libertos, sicuti dicis, iniuriosos tibi fuisse ferendum non est. (*PP. V id. Mai. Maximo II et Aquilino conss.*) (a. 286)

Dal tenore del rescritto sembra potersi ricavare ancora un'ipotesi in cui la particolare relazione "affettiva e potestativa" che subentra ad un atto di manomissione risulta attenuata, proprio perché non coinvolge direttamente il manomittente ed il manomesso.

Appare subito il punto di contatto con il testo precedente, C.9.35.6: ma se lì si parlava degli "eredi della patrona", con riguardo soltanto al mero rapporto giuridico che si instaura fra il *de cuius* ed il suo successore e dunque indipendentemente dal fatto che l'erede abbia rapporti di parentela naturale con la patrona, qui, attraverso quei termini di *noverca* e *privigni*, la relazione appare rappresentata più dal punto di vista naturale, benché sia sempre l'aspetto giuridico ad avere il sopravvento.

In questo rescritto, peraltro, la prospettiva in cui si trova ad operare l'imperatore è differente, poiché i liberti sono gli autori, e non le vittime dell'*iniuria*: in virtù degli obblighi di *obsequium* e *reverentia* cui sono tenuti verso gli ex-padroni, impliciti nel caso specifico negli stretti rapporti di familiarità che legano i soggetti coinvolti nell'*iniuria*, i liberti non possono commettere *iniuria*, ovvero non debbono.

Ci si deve chiedere qual è il risultato concreto di quel gerundio "ferendum non est". Se non esiste possibilità di agere iniuriarum fra patrono e liberto, e se – come ci hanno dimostrato i testi – questa stessa impossibilità

³³ Cfr. L. Vacca, L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica, in Fides humanitas ius: studii in onore di Luigi Labruna 8, 2007, p. 5737. Per un'analisi della cultura giuridica tardo-imperiale si veda sicuramente M. Bianchini, Caso concreto e "lex generalis". Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II, Milano 1979, su cui F. De Marini Avonzo, Rec. a M. Bianchini, Caso concreto e "lex generalis" cit., in IURA 30, 1979, p. 143 ss.

si deve estendere fino a ricomprendere gli eredi, o i figliastri, etc., come è possibile "non sopportare" in senso giuridico l'azione oggettivamente ingiuriosa dei liberti?

Anche in questo caso la decisione dell'imperatore potrebbe essere stata dettata da principi di natura equitativa, tant'è che Diocleziano non prende affatto in considerazione un'eventuale azione che potrebbe competere ai figliastri della patrona. E allora si potrebbe auspicare un intervento o dell'autorità provinciale, il *praeses*, o dello stesso imperatore, finalizzato proprio ad individuare la soluzione migliore, autoritativa, per regolamentare gli interessi in gioco nel caso concreto ³⁴.

I due testi di C. 9.35.6 e C. 6.6.7 pr. or ora analizzati sembrano suggerire collegamenti con l'altra legge dioclezianea del *De iniuriis*, C. 9.35.8, in cui si parla di *iniuria atrox* arrecata ad un servo altrui:

C. 9.35.8 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Marciano*). Dominum pro atroci iniuria, quam servus eius passus est, edicti perpetui actione proposita, qua domini etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit. (*S. XV K. Nov. CC. conss.*) (a. 294)

Le fonti attestano che per l'*iniuria* fatta al servo o figlio è concessa azione al rispettivo *dominus* o *pater*: il rapporto di proprietà da un lato, il legame di *patria potestas* dall'altro, farebbero sì che quando si offende uno schiavo o un figlio si offenda in realtà il padrone o il padre, per cui questi con l'*actio iniuriarum* reagirebbe ad un atto delittuoso che lo coinvolge direttamente ancorché non in prima persona. Ma è regola generale che, se il padre può *agere iniuriarum* per ogni ingiuria arrecata al proprio figlio, questa possibilità non è data altrettanto indiscriminatamente al padrone il quale infatti può ritenersi offeso solo se l'*iniuria* al servo è "atroce" ³⁵.

³⁴ Di nuovo queste osservazioni dell'imperatore, nel vietare ai liberti di commettere *iniuria* contro il padrone e suoi eredi, e i richiami a specifici particolari rapporti di parentela, sembrano dar conto dell'utilizzo di quel metodo di argomentazione tipica del giurista, il quale studia i fenomeni giuridici, a partire dai fatti, dalla realtà concreta in cui gli stessi sono calati all'interno del sistema giuridico. Questa situazione è considerata da M. AMELOTTI, *Legge e volontà imperiale*, in *Studi in onore di Remo Martini* 1, Milano 2008, p. 16: «Il normale riferimento a Diocleziano dell'attività legislativa, in particolare nella forma rescrivente che raffigura l'imperatore come un giurista che rilascia autorevoli pareri, risponde perfettamente alla sua politica di restaurazione dell'impero, nel rispetto delle tradizioni e nel recupero della classicità». Si vedano anche le considerazioni sviluppate *supra*, p. 229 ss.

³⁵ Su questa evoluzione del concetto di *iniuria atrox* sicuramente A. Manfredini, *Contributi* cit., p. 244 ss.; Id., Quod edictum *autem praetorum de aestimandis iniuriis*, in *Illecito*

A quest'ordine di problemi parrebbe rifarsi il suindicato rescritto dioclezianeo: nella risposta che l'imperatore fornisce a Marciano si dice infatti che se l'offesa viene valutata come atroce, il padrone può senz'altro esperire l'azione dell'editto perpetuo come se quell'*iniuria* fosse stata a lui arrecata.

Ciò che interessa rilevare preliminarmente è l'espresso riferimento all'editto del pretore: la cancelleria imperiale, nel richiamare disposizioni contenute nell'editto (*verbis evidenter exprimitur*), non fa altro che dare applicazione a principi che si potrebbero definire di diritto classico.

Per quanto riguarda il significato di *iniuria atrox* che legittimerebbe il padrone ad agire per punire l'offesa del servo, è opinione da ritenersi consolidata che il *dominus* (Gai. *inst.* 3.222) subisce *iniuria* per il tramite del servo solamente quando l'atto ingiurioso *aperte in contumeliam domini fieri videtur* nonché nell'ipotesi di *verberatio* dello schiavo, mettendo così in evidenza che al di fuori di questi specifici casi le fattispecie di *iniuria* al servo non siano da ritenersi atroci e dunque possano rimanere impunite.

Il confronto con Ulpiano, in particolare con D. 47.10.15.35, induce a riflettere più approfonditamente sul concetto di *iniuria atrox* relativo all'offesa del servo. Riconoscendo al *dominus* la possibilità di agire sia *suo nomine* (quando nell'ingiuria al servo è presente l'intenzione di arrecare ingiuria al padrone, *si quis...ad suggillationem domini id fecit*) sia *servi nomine* (nelle ipotesi in cui si tratta di *iniuria* al servo non espressamente diretta al padrone, *maxime si verberibus vel questione fieret*), e prospettando questa seconda possibilità non soltanto *si verberibus vel questione fieret*, ma *maxime si verberibus vel questione fieret*, Ulpiano di fatto estende tutela al *dominus* per tutte le ingiurie fatte al servo, a prescindere dal carattere dell'*atrocitas* ³⁶.

Tali considerazioni assumono poi particolare specificazione in Giustiniano. Secondo il testo istituzionale, I. 4.6.6, il *dominus* può proporre l'*actio iniuriarum* per l'offesa compiuta ai danni del proprio servo *in contumeliam suam*: sarebbe la precisa intenzione di offendere l'onore e la rispettabilità del padrone a rendere atroce l'*iniuria servi* e dunque a legittimarlo ad *agere iniuriarum*.

e pena privata in età repubblicana (ACOP.), a cura di F. Milazzo, Napoli 1990, p. 79 ss.; A. Milazzo, Iniuria cit., p. 200 ss.; M. L. Biccari, Atrocitas cit., p. 42 ss.

³⁶ È interessante considerare il testo ulpianeo: Si quis sic fecit iniuriam servo, ut domino faceret, video dominum iniuriarum agere posse suo nomine: si vero non ad suggillationem domini id fecit, ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit, maxime si verberibus vel quaestione fieret: hanc enim et servum sentire palam est. Proprio quel maxime enfatizzando i casi del verberibus vel quaestione fieret, permette di ampliare la tutela dell'iniuria servi.

Il rescritto dioclezianeo, peraltro, suggerisce a chiusa del passo un problema processuale particolarissimo: il rinvio all'editto e dunque ad un'azione edittale (evidentemente l'*actio iniuriarum*), potrebbe lasciar spazio a riflessioni circa una diversa struttura della formula.

Nella ricostruzione delle formule dell'actio iniuriarum proposta dal Mantovani (aestimatoria, de convicio, de famosis libellis, quae servis fiunt e noxalis) ³⁷ si prevede una demonstratio nella quale viene descritto al giudice l'episodio di volta in volta lamentato: nel caso con la frase Quod N. Negidius Stichum servum, cum A. Agerii esset, adversus bonos mores verberavit, dove la verberatio del servo è proprio un'iniuria atrox, viene dunque messa in rilievo la necessità di richiamare esplicitamente la situazione del soggetto passivo di iniuria, e il carattere di atrocitas dell'offesa da lui subita ³⁸.

E il coinvolgimento del padrone nell'*iniuria* fatta al servo è ben evidente appunto nella formula menzionata in C. 9.35.8, dove l'esperibilità dell'*actio iniuriarum* viene collegata al fatto che l'*atrocitas* dell'offesa diretta al servo ha recato conseguenze negative anche, e soprattutto, al padrone.

5. Diocleziano nella sua epoca: la sua legislazione in tema di iniuria

L'analisi delle costituzioni dioclezianee inserite nel titolo *De iniuriis* del *Codex Iustiniani* consente, a questo punto, alcune considerazioni conclusive.

Che l'età dioclezianea non sia stata segnata, soprattutto per quel che riguarda il diritto privato, da radicali discontinuità rispetto al periodo precedente è fuori dubbio.

Per quello che riguarda il reato di *iniuria*, quegli elementi nuovi che potevano far pensare ad un'apertura verso le tendenze provinciali e orientalizzanti non si sono infatti dimostrati idonei a dettare una cesura di drammatica evidenza fra il mondo dei classici e l'età dioclezianea. Vario piuttosto il materiale che ha permesso di confermare linee e concetti del diritto classico:

³⁷ Cfr. D. Mantovani, Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano, Como 1992, p. 66-68 e 190-191. Quanto alla struttura dell'actio iniuriarum costruita con una demonstratio seguita da absolutio in tutte le sue ipotesi, cfr. R. Fiori, Ea res agatur: i due modelli del processo formulare repubblicano, Milano 2003, p. 50 ss.; Id., Le formule dell'actio iniuriarum, in Acta juridica et politica 45, 2004, p. 147 cui si rinvia per l'ampia rassegna bibliografica in argomento.

³⁸ Cfr. M. L. Biccari, Atrocitas cit., p. 38.

come si è detto, i modi e le forme della *romanitas* sembrano trovare ancora applicazione nell'ambito della trattazione degli istituti di diritto privato, orientati secondo il modello dell'editto del pretore, così come nella propensione alla conservazione e al rafforzamento del diritto romano classico e nella tenace resistenza opposta all'influenza delle consuetudini locali ed estranee. È ciò che tiene a precisare Grosso quando dice che «nel diritto privato la cancelleria imperiale si atteneva al diritto romano, e cercava di opporsi all'irrompere in esso di usi e istituti provinciali ad esso estranei» ³⁹.

La normazione della tetrarchia sull'*iniuria* si inserisce in questo quadro: ne è emersa una riflessione sulla configurazione, tutta classica, dell'*iniuria* come *delictum*, lontana dunque da quel diverso inquadramento in ambito criminale che ci si poteva aspettare considerato l'intento riformatore di Diocleziano. Un qualche elemento di novità è stato visto a proposito della repressione del *plagium*, se non altro relativamente all'inasprimento della condanna conseguente alle ipotesi di prevaricazione su persona libera che si vuole far passare da schiava, sia rivendicandone la proprietà sia utilizzandola come schiava per le proprie attività economiche: ma questo dato, peraltro non lineare e non pacifico, non verrebbe a giustificare una impostazione differente circa la natura del reato ⁴⁰. Né si può dare sproporzionata evidenza al disagio che pure si coglie da parte della cancelleria imperiale nel momento in cui evita di concedere l'azione ordinaria *iniuriarum* (come per gli altri casi di *iniuria*) e preferisce avviare una forma di tutela attraverso l'intervento di equità del *praeses provinciae*.

Sembra, allora, di potersi comprendere lo scopo della politica dioclezianea che conferma all'*iniuria* una sua disciplina nell'ambito dei delitti privati: anche in questo campo (ovvero in questo campo in particolare), Diocleziano mira a consolidare nella sua opera di ricostruzione dello stato romano un orientamento e un diritto che è quello romano della classicità. Ed è per questa stessa ragione che il sistema del rescritto (di cui testimoniano le costituzioni contenute nel titolo *De iniuriis*) registrò grande fortuna nel periodo dioclezianeo; le risposte che l'imperatore forniva ai vari ricorrenti, personalmente o per il tramite del *praeses provinciae* e di altri funzionari imperiali, realizzavano il duplice obiettivo di controllare l'operato dei vari organi giurisdizionali e garantire che in ogni parte dell'impero il diritto (il diritto romano classico) venisse applicato in maniera uniforme.

³⁹ Cfr. G. Grosso, *Lezioni* cit., p. 423.

⁴⁰ Cfr. supra, p. 219, e in particolare nt. 20.

«Insomma – riprendendo le parole del Puliatti – ancora nell'ultimo cinquantennio del III secolo l'ordinamento di sviluppava sotto il segno della permanenza di forme di produzione casistica del diritto legate alla individuazione delle singole massime di decisione in relazione al caso concreto, secondo modalità analoghe a quelle che avevano trovato sviluppo nell'attività della giurisprudenza classica ma con una valenza accentuatamente diversa, costituita dal superamento della tendenza alla controversialità propria di quella esperienza. In questo quadro – continua – vanno dunque rintracciate le forme di esplicazione dell'attività giurisdizionale e delle modalità di intervento degli organi ad essa preposti» ⁴¹.

⁴¹ Cfr. S. Puliatti, Ottenere giustizia cit., p. 15, nt. 18.

Alberto Fabbri*, Ilaria Pretelli**

The Right to Freedom of Religion in the Italian Experience of Secularism

ABSTRACT

Nell'esperienza italiana, il principio di laicità va misurato con gli altri principi e diritti della Carta Costituzionale, tenuto nel dovuto conto il relativo favore con il quale la Carta considera il fenomeno religioso nel suo complesso. In primo luogo, è agevole osservare che il motivo religioso allegato dall'autore di una determinata pratica non qualifica, di per sé, la pratica in questione quale esercizio del suo diritto alla libertà religiosa. Inoltre, l'ampiezza del diritto all'esposizione dei simboli religiosi nell'ambiente o nell'abbigliamento dei fedeli – aspetto della libertà religiosa che forma oggetto del presente lavoro – varia in funzione delle circostanze del caso.

Nell'interpretazione del principio di laicità, simboli quali il crocifisso e il velo femminile non sono del resto qualificati strettamente come "simboli religiosi" dall'ordinamento italiano. Adottando una prospettiva storica, si evidenzia come il loro significato trascenda la religione per esprimere un'eredità culturale senz'altro radicata. Anche per questa ragione, l'ordinamento non ha espresso una scelta categorica verso la tolleranza o l'intolleranza del simbolo religioso, motivando piuttosto le scelte operate *ad hoc* per un dato caso di specie, sulla ponderazione dei diritti e degli interessi in gioco, in modo da attuare il miglior bilanciamento possibile tra libertà religiosa, autonomia privata, funzione sociale della religione, pluralismo, uguaglianza e dignità umana. Esigenze simili sono

* Professore associato di Diritto ecclesiastico e canonico (IUS/11) nel Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino 'Carlo Bo', autore dei paragrafi 2.4, 4.2. e 5 del presente contributo.

** Responsabile scientifica presso l'Istituto Svizzero di Diritto Comparato di Losanna, autrice dei paragrafi da 1 a 2.3 e da 3 a 4.1.2. La ricerca dell'autrice presenta in una versione originale, interamente rivista e aggiornata, temi esplorati in occasione di uno studio comparativo sulla legislazione in materia di simboli religiosi realizzato nel 2015 sotto la direzione dell'Istituto svizzero di diritto comparato.

espresse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che valuta i casi di violazione del diritto alla libertà religiosa da parte dei poteri pubblici dando particolare rilievo all'esistenza o meno di forme, subdole o manifeste, di indottrinamento religioso.

Italian secularism measures religious precepts in respect to the Italian Constitution, a Charter that shows a favourable attitude towards religious practices. The present paper focuses on the exhibition of religious symbols in public buildings as schools, courts and prisons, on the concealment of female faces by a veil, and on the wearing of weapons on religious grounds. The Italian Consiglio di Stato has stated that the need to respect religious freedom does not include the right to live in a sterile environment. In addition, the crucifix and the female veil are not characterized as purely "religious symbols" because they derive from customary practices and because their meaning transcends religion and expresses a rooted cultural heritage. In this respect, the Italian legal order is not categorically tolerant nor unconditionally intolerant towards these symbols but relies on case-by-case analysis of the circumstances that allow the best possible balance between religious freedom, private autonomy, pluralism, equality, human dignity, and the social function of religion. Along the same line, the European Court of Human Rights has mainly focused on the existence of subtle or explicit forms of religious indoctrination in order to assess whether, in a given case, public authorities have impaired individual rights to religious freedom.

ALBERTO FABBRI, ILARIA PRETELLI

THE RIGHT TO FREEDOM OF RELIGION IN THE ITALIAN EXPERIENCE OF SECULARISM

Sommario: 1. The Evolution of Secularism in Italy in a Nutshell. – 2. The Display of Religious Symbols in Public Buildings and in Spaces Accessible to the Public. – 2.1 Public Schools. – 2.2 Judicial Courts. – 2.3 Polling Stations. – 2.4 The Religious Symbols in Places of Detention; the Exposure Right. – 3. Scope of the Right of Freedom of Religion. – 3.1 The Asserted Overlapping Between the Historical and Religious Meaning of the Crucifix. – 3.2 Display of the Crucifix and Indoctrination. – 3.3. The Grand Chamber's View on the Crucifix in classrooms. – 4. Religious Clothing. – 4.1. Rules on the Full Female Veil. – 4.1.1. Italian Practice on the Female Veil: The Limits of the «Free Choice», Human Dignity and Equality of Men and Women. – 4.1.2. A Brief Anthology of the European Court of Human Rights' Decisions on the Female Veil. – 4.2. The Kirpan. – 5. Conclusions.

1. The Evolution of Secularism in Italy in a Nutshell

Certain European States like Switzerland ask their citizen to declare their religious affiliation as part of their identity. ¹ In Italy, a common understanding of the principle of separation between the State and the Church prevents the Italian census (ISTAT) from including questions on religious affiliation in its periodical statistical questionnaires distributed to citizens. These data are classified as «sensitive» and private. ² In 2011 and 2012, however, for the first time ISTAT realised a statistical survey collecting information «on a number of aspects affecting living conditions and the integration

¹ See the document *Sources relatives aux données statistiques de l'OFS sur les religions* on line in French at https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/langues-religions/religions.assetdetail.1900342.html (08.05.2017).

² A. Ferrari, S. Ferrari, *Religion and the Secular State: The Italian Case*, http://www.iclrs.org/content/blurb/files/Italy.pdf (last accessed on 08.05.2017: unless explicitly stated, the websites quoted in this report were accessed on 05.07.2017).

process of Foreign nationals in Italy», including their religious affiliation.³ Even though, comprehensive figures on religious affiliation of Italian citizens and residents are unavailable.

However, it is acknowledged that a large majority of the Italian population professes the Catholic religion, Muslims are considered to be the second major religion present in contemporary Italy (one million followers), and Christians Orthodox, Jehovah's Witnesses, Jews and Valdensians are widely represented.

The presence of Muslim in Italy is recent, whereas Jews and Valdensians have been present from centuries in the country, even though always as a small minority (50.000 followers).

Both religious groups have enjoyed civil rights since 1848, when King *Carlo Alberto di Savoia* signed *Lettere Patenti* in favour of Valdensians and shortly after in favour of Jews. ⁴

During the same year, a first general expression of secularism led to the 1848 Statute named «Law Sineo», in force since the Italian unification of 1861 and enacting the *motto* "libera Chiesa in libero Stato". The law is «the starting point of anti-discrimination law in Italy»⁵, since it states «difference in religious membership does not justify any exception in the enjoyment of political and civil rights and in the admissibility to civil and military offices».⁶

Another major step towards Secularism was the signature of the Lateran Pacts of 1929, putting an end to the dispute between the then newborn Italian State and the Catholic Church, designing their reciprocal rights and duties and establishing the territorial borders of the Vatican

-

³ The survey was conducted in the framework of a wider one on the «Condition and Social Integration of Foreign Citizens» and provides precise figures on the religious affiliation and practices of foreigners living in Italy. The results of the statistical survey and the explanatory document are available on line (08.05.2017) at https://www.istat.it/it/files/2015/10/Religione-tra-gli-stranieri.pdf?title=Religione+tra+i+cittadini+stranie ri+-+02%2Fott%2F2015+-+Testo+integrale.pdf and the methodological explanation accompanying the survey: https://www.istat.it/it/files/2015/10/NotaMetodologica_Statistica-Report_Religione.pdf?title=Religione+tra+i+cittadini+stranieri+-+02%2Fott%2F2015+-+Nota+metodologica.pdf.

⁴ See B. DI PORTO, Valdesi ed Ebrei, le due storiche minoranze religiose dal Risorgimento alla Repubblica", in La Rassegna Mensile di Israel, Vol. 64, No. 1, 1998, pp. 7-12.

⁵ See M. VENTURA, *Religion and Discrimination Law in Italy, European Consortium for Church and State Research,* Oxford Conference, 29 September – 2 October 2011, on line at http://www.law.cf.ac.uk/clr/research/Oxford%20--%20Italy.pdf.

⁶ Ibidem.

State. The Pacts were modified through an agreement signed on February 18th, 1984.

After the Second World War, the *«Assemblea Costituente»*, formed by leading Catholic and Marxist philosophers, "wrote the Italian Constitution of the new republican State, including the principle of secularism voiced by the catholic components and opposed to the proclamation of atheism and the prohibition of religious practices, present in the constitutions of many socialist States.

The principle of Secularism is expressed by the following articles of the Italian Constitution:

"Art. 7: The State and the Catholic Church are independent and sovereign, each within its own sphere. Their relations are regulated by the Lateran pacts. Amendments to such Pacts, which are accepted by both parties, shall not require the procedure of constitutional amendments.

Art. 8: All religious denominations are equally free before the law. Denominations other than Catholicism have the right to self-organization according to their own statutes, provided these do not conflict with Italian law. Their relations with the State are regulated by law, based on agreements with their respective representatives.

⁷ See M. Ventura, *Italy*, Wolters Kluwers, 2013, pp. 33 ff. on *The clash with the Roman Catholic Church in the Liberal Age*.

⁸ The whole regime is governed, on the Italian side, by the following laws: Law 1929 n. 810 «Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti a Roma tra la Santa Sede e l'Italia l'11 febbraio 1929»; Law 1929 n. 847 «Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio»; Law 1985 n. 121 «Ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con Protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede»; Law 1985 n. 222, «Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi».

⁹ Especially, Giorgio La Pira and Giuseppe Dossetti, working with the marxist philosopher Lelio Bassi, all appointed by the leader of the Christian Democrats Aldo Moro and the leader of the Communist Party Palmiro Togliatti. See A. Barbera, *La laicità come metodo*, Final text of the report presented at the first meeting of *Il Cortile dei Gentili. Spazio di dialogo fra credenti e non credenti*, Università di Bologna – Pontificium Consilium de Cultura Bologna, Aula Magna di Santa Lucia, 12 febbraio 2011, in *Forum di Ouaderni Costituzionali*.

http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0269_barbera.pdf).

Art. 19: Anyone is entitled to freely profess their religious belief in any form, individually or with others, and to promote them and celebrate rites in public or in private, provided they are not offensive to public morality.

Art. 20: No special limitation or tax burden may be imposed on the establishment, legal capacity or activities of any organisation on the ground of its religious nature or its religious or confessional aims." ¹⁰

In order to implement art. 8, the Italian Government has set a Committee with the task of preparing agreements with religious authorities, as well as a Committee with the task of studying, informing and making any proposal aiming at implementing the constitutional principles of freedom of conscience, religion and belief. ¹¹

The Italian Republic recognizes religious authorities through agreement with religious representatives. The most important one is the one that regulates the relations between the Italian State and the Catholic State (*Concordato*, 1929, renewed in 1984). ¹² The agreements with other religious denominations are subject to the previous recognition of their legal personality by the *Ministero dell'Interno*. ¹³

Up to now, the Italian government has signed the following *intese*:

Religion	Date of Agreement	Law ratifying the agreement
	21 February 1984	Law 449/1984
Tavola valdese	25 January 1993 (modified)	Law 409/1993
	4 April 2007	Law 68/2009
Assemblee di Dio in Italia (ADI)	29 December 1986	Law 517/1988

¹⁰ https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.

¹¹ http://www.governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/commissioni.html#1.

http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html; http://www.governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/accordo_indice.html#1.

¹³ See para 2.4. of Law 1929, n. 1159 (03.05.2017).

	29 December 1986	Law 516/1988
Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° giorno	6 November 1996 (modified)	Law 637/1996
	4 April 2007	Law 67/2009
Unione Comunità Ebraiche in	27 February 1987	Law 101/1989
Italia (UCEI)	6 November 1996 (modified)	Law 638/1996
Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia (UCEBI)	29 March 1993 16 July 2010 (modified)	Law 116/1995 Law n.34/12
Chiesa Evangelica Luterana in Italia (CELI)	20 April 1993	Law 520/1995
Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale	4 April 2007	Law n. 126/12
Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni	4 April 2007	Law n. 127/12
Chiesa Apostolica in Italia	4 April 2007	Law n. 128/12
Unione Buddista italiana (UBI)	4 April 2007	Law n. 245/12
Unione Induista Italiana	4 April 2007	Law n. 246/12
Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai (IBISG)	27 June 2015	Law n. 130/2016

The absence of Islam is due to the lack of universally recognised representatives invested with legal personality and capable to negotiate agreements with the Italian government. 14

¹⁴ A. Ferrari, S. Ferrari (note 3) 438 and in Note 41, observe «All religions that have concluded an *intesa* have had to adapt their organization to the dualistic model of Western Christianity, which involves stressing the distinction between religious or holy people and activities on the one hand and people and activities without such qualifications. The "confessional" model adopted by the Jewish communities to conclude the *intesa* is an interesting example, and it will also be very interesting to see what will be the choice of the Muslim community. In 2005 the Ministry of Interior created a consultative body, the Council for Italian Islam, whose members were selected by the Minister himself. This body has to face many problems and especially 1) the fact that the its task was far from homogeneous, concerning matters connected to immigration and integration that did not regard only Muslims; and 2) the fact that this (implicit) governmental

2. The Display of Religious symbols in Public Buildings and in Spaces Accessible to the Public

The Catholic Church has governed the central part of the Italian peninsula – with great variations in its geographical extent – for over a thousand years, from the eight century until the dissolution of the Catholic State in 1870. It had a central role in the public sphere even outside those boundaries.

Until the second half of the nineteenth century, family law found its sources in Canon law and the registers of births, marriages, deaths were kept by Church ministers; public education and the whole welfare system was entirely organized by Catholic institutions. Secular congregations of catholic believers as the "confraternite" provided various services of assistance to the sick poor people.

As a consequence, a large majority of Italian public buildings display religious signs, symbols and images related to the Catholic faith. These religious signs and symbols are often enshrined in beautiful and valuable pieces of art of even in frescos in walls. However, the display of religious symbols and signs in paintings, sculptures and buildings has never raised, up to now, any legal problem in connection with the exercise of religious freedom and secularism. No statutory provision deal with these topics.

The only exception concern the display of the crucifix as a piece of furniture of classrooms and courtrooms. The Italian provisions regarding display of the crucifix are different according to the function of the public building where the crucifix is displayed.

2.1. Public Schools

The display of the crucifix in public Italian schools is as old as public schools are.

The Act of November 13, 1859, n. 3725 introduced compulsory public education in Italy, confined religious education to primary and middle

selection of the Islamic representatives was in conflict with the Constitution that forbids public authorities to select the leaders of religious organizations. In any case, since 2008 this Council stop to be called».

school and suppressed religious education in high schools. The law was implemented with the King's Decree of September 15th, 1860, n. 4336, whose art. 140 prescribed that the crucifix be part of the furniture of classrooms. ¹⁵

Subsequently, a King's Decree of February 6, 1908, n. 150 also provided for the display of a crucifix in each classroom.

These rules are no longer in force, but they are reproduced with no substantial change in the following rules, that are still in force:

- Article 118 of the King's Decree of April 30th, 1924, n. 965, regulating institutes of secondary education. Chapter XII, under the title 'premises and furniture of schools", provides: every "middle school" (a school for pupils from 10 to 14 years old) displays the national flag; in every classroom, the image of the crucifix and the portrait of the King are displayed";
- Article 119 of the King's Decree of April 26th, 1928, n. 1297, regulating primary schools, provides that the furniture of each school class include the crucifix.

More recent ministerial acts confirm that the crucifix is part of the furniture of classrooms: namely the Act of the Ministry of Education of Oct. 19th, 1967, n. 367/2527 (Buildings and furniture of primary schools) and the Directive of the Minister of Education of Oct. 3rd, 2002, n. 2666 and annexed Note n. 2667.

These rules have been brought in front of the Italian Supreme Administrative Court: the *Consiglio di Stato* and led to three main rulings of the Court.

A first ruling was delivered on April 27th, 1988, n. 63/88, upon request of the Italian Ministry of Education. In this ruling the *Consiglio di Stato* affirms that the Italian rules on the display of the crucifix in public schools are compatible with the Italian Constitution and with the *Patti Lateranensi* and the subsequent agreement signed at Palazzo Madama in 1983.

A second ruling, in the same line, was given by the Sezione VI, 13 February 2006, n. 556 to decide the case introduced by Ms. *Lautsi* in

¹⁵ G. SEVERINI, *Libertà Religiosa e uso dei simboli religiosi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2015, at 49 f.f.

order to fulfil the rule of the exhaustion of domestic remedies and enable a recourse to the ECHR. ¹⁶ Ms. Lautsi, an atheist, pretended that the display of the crucifix in the public school attended by her children interfered with her right to raise her children according to her philosophical ideas. However, the school, the administrative district court (TAR Veneto) and then the *Consiglio di Stato* rejected her instances (see also *infra* at. 3.2.).

A third ruling, confirming the former, was delivered on 15th February 2006, n. 4575/03 2482/04, on extraordinary appeal to the President of the Italian Republic introduced by the Union of the Atheists and Rationalists Agnostics (in Italian UAAR) and Mr. Giorgio Villella as legal representative of the Union.

In this ruling, the *Consiglio* affirms that the display of the crucifix does not interfere with secularism since it is a passive display linked to the Italian historical roots and it does not aim at any religious indoctrination.

Meanwhile, the rules on the display of the crucifix had also been brought in front of the Italian Constitutional Court. However, with the decision 15 December 2004, n. 389, the Constitutional Court declared its lack of jurisdiction due to the non-statutory nature of the rules providing for the display of the crucifix.

Eventually, the second ruling of the *Consiglio di Stato* mentioned above led to two decisions by the ECHR. The first one on Nov. 3, 2009 stating that the display of the crucifix in classrooms:

- Infringes the right of parents to educate their children according to their religious and philosophical beliefs
- Violates the right of pupils to believe or not to believe;
- Violates the neutrality that public authorities must observe in the exercise of public functions.

The second one, a decision of 8 March 2011 by the Grand Chamber, reverses these conclusions.

It states that the States have a margin of appreciation only limited by the ban of any religious indoctrination in respect of Article 2, Protocol. 1 of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms.

¹⁶ Foro it. 2006, III, 181 and the comment by A. Travi, "Simboli religiosi e giudice amministrativo".

2.2. Judicial Courts

The display of the crucifix in Courtrooms has no legal basis, as explicitly acknowledged by the Minister of Internal Affairs with a note n. n. $5160 \, / \, M \, / \, 1$ of Oct. 5, 1984. 17

In practice, however, the crucifix is indeed part of the furniture of Italian Court rooms and that is by virtue of an act of the Minister of Justice of May 29th, 1926, n. 2134/1867 ("Placement of crucifixes in courtrooms"), which states:

"I prescribe that in courtrooms, on the bench of judges and next to the effigy of His Majesty the King, the crucifix be reinstalled, according to our tradition. The revered symbol shall be a solemn warning of truth and justice. The Administrative officers of the courts shall make arrangements with the municipalities so to ensure that the above prescription is executed with care and artistic skill, as it is appropriate to the high function of justice."

In some cases, the crucifix is integrated in the furniture of courts itself. In one case, a judge, Hon. Luigi Tosti, refused to carry out his office in a court where there was a crucifix and asked to carry out his office in a courtroom without crucifix or at least to have exposed the Jewish menorah in addition to the crucifix. The case was brought in front of the *Consiglio Superiore della Magistratura (hereinafter CSM)*, in Italy the competent authority for disciplinary sanctions against judges.

On 23 November 2006, the CSM stated that the display of the crucifix in courtrooms has no legal basis and appears to be in conflict with the constitutional principle of secularism as well as with the principle of freedom of conscience and religion. ¹⁸

Moreover, the criminal section of the Italian High Court of Justice considered that the refusal to carry out his office by the judge did not integrate the crime of "omissione di atti d'ufficio". 19

 $^{^{17}}$ In response to a question from the Ministry of Justice (Prot. 612 / 14.4 of 29 May 1984) on the maintenance of the crucifix in the courtrooms.

¹⁸ CSM, Sezione disciplinare; ordinanza 23 novembre 2006, Foro it., 2007, III, 589.

¹⁹ Cassazione penale sez. VI 17 February 2009 n. 28482.

However, the refusal to carry out his office persisted despite the availability for Hon. Tosti of a courtroom without crucifix.

Thus, a subsequent decision of 25 May 2010 by the CSM removed the judge from his functions, regardless of his claim to have the crucifix removed from all of the courtrooms and not only from the one where he would be holding hearings.

The Italian High court, sitting in civil plenary session, ²⁰ upheld the second decision stating that the refusal of the judge to carry his functions in courtrooms where no crucifix was displayed was unjustified.

2. 3. Polling Stations

The crucifix is also often displayed in polling stations, given that in most cases school classrooms are used as polling stations and, as already observed, crucifixes are part of the school classroom's furniture.

Political debates were frequent, since the crucifix – as a catholic symbol – could influence the choice of pious people and favour catholic parties, especially during the times where the "Christian democrats" was the first party in Italy.

No statutory provision prescribes the display or the ban of the display of the crucifix. Case law shows that the presence of the crucifix is not compulsory nor forbidden.

The *Corte d'Appello di Perugia*, 10 April 2006, has stressed that the removal of the crucifix by the president of the polling station is perfectly legitimate in order to preserve neutrality of the polling station. Similarly, a decision by the Criminal Section of the Italian *Corte di Cassazione* has characterized as perfectly legitimate the refusal of an officer of a polling station to perform its functions in the presence of a crucifix. ²¹ However, it is not forbidden to leave the crucifix where it is during polling operations: the *Tribunale di Napoli* (29 November 2003; 31 March 2005), ²² and *Bologna* (24 March 2005), ²³ have rejected claims for the removal of the crucifix from

²⁰ Cassazione, SS.UU., March 14, 2011, n. 5924 on line at http://www.giurcost.org/casi scelti/Cass.sent.5924-2011.htm.

²¹ Cassazione Pen., 1 March 2000, n. 439 Montagnana, *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1121 ff. and the comment by G. Di Cosino "Simboli religiosi nei locali pubblici: le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza" at 1131.

²² Foro it. 2005, I. 1575.

²³ Dir. famiglia 2006, 1, 151: "Non è verosimile che un non-simbolo, quale è il crocifisso

polling stations, grounded on the potential impairment of the neutral character that polling stations must have.

2.4. The Religious Symbols in Places of Detention; The Exposure Right

The principle of secularism is fully realized even in detention facilities ²⁴, from which the subjects are partially limited in the exercise of certain freedoms.

The presence of the subject person²⁵, which is fully part of "all" announced in the Article 19, constitute the reason to check the degree of application of constitutional principles, in the continuous search for limits that the same facility requires to be safeguarded.

The possibility for a detainee to get full satisfaction of constitutional rights must be seen within the prison context, in which are highlighted not only the provisions on structural criteria, safety and order in the first place, but it must also be considered the same needs of the other inmates, which act in the same physical space.

It should be noted that the issue of religious symbols in places of detention has become especially significant because the prison population underwent changes in the last twenty years, during which the inmates who profess Islamic faithful increased exponentially ²⁶.

The relevant legislation, the law 354 of 1975²⁷ and the DPR 230 of 2000²⁸, establishes very clearly the "conditioned" rights, however the same requires an application that can find different ways of operating.

per i non cristiani e per i non credenti possa per essi avere una qualche influenza negativa, o costituire una remora psicologica riguardo all'espressione del voto od ai convincimenti religiosi e, men che meno, provocare un turbamento dell'animo tale da privare, in tutto o in parte, il votante delle sue capacità morali, critiche e di giudizio".

²⁴ Issue 2-2015 The rights of prisoners, in costituzionalismo.it, line journal.

²⁵ In which we include those sentenced, inmates and defendants.

²⁶ The Department of Prison Administration to 30/11/2016, noted a prison population of 55,251 persons, of whom 29,000 have declared their membership of the Catholic faith and in 6000 the Muslim. See. A. Cuciniello, *Islam in Italian prisons*, ISMU Foundation, Milan, 2016, in http://www.ismu.org/2016/10/lislam-nelle-carceri-italiane/.

²⁷ L. July 26, 1975, n. 354, On the penitentiary regulations and enforcement of measures involving deprivation or limit freedom, (ord. penit.) In G.U. August 9, 1975, n. 212, SO, L. 10 October 1986, n. 663, Amendments to the law on the penitentiary and on the execution of custodial measures and limiting freedoms, in G.U. 16 October 1986 n. 241, S.O.

²⁸ D.P.R. 5 June 2000, n. 230, Regulations on the provisions concerning the penitentiary

The recognized fundamental right Is the right to religious freedom which finds expression not only in the freedom to practice one's faith but also to be educated into it and to practice the cult²⁹. The proposed framework open a series of commitments and obligations for the prison administration to allow the effective enjoyment and pursuit of the recognized right. The prison regulation strengthens this condition and clarifies the leeway. In particular, it provides the right to participate in rituals of its own confession and to practice the cult.

With reference to the object of our analysis, the religious symbols, prisoners and internees are permitted to "expose their own images and symbols of their religion in the individual room or in their assigned area in the common room" ³⁰.

and on measures which deprive or limit freedom, (reg. esec.), in G.U. n. 195 of August 22, 2000. S.O.

²⁹ L. 354/1975, Art. 26, Religion and cult practices.

Prisoners and internees are free to profess their own religion, to educate themselves in it and to practice the cult.

In institutions it has ensured the celebration of the rites of Catholic worship. Each institute is involved at least one chaplain.

The members other than the Catholic religion have the right to receive, at their request, the assistance of ministers of their religion and celebrate the rites. This last was amended by art. 8, L. 10 October 1986, n. 663.

This Article was repealed by. 299, Legislative Decree no. 30 May 2002, n. 113 and art. 299 DPR 30 May 2002, n. 115, with the date indicated in art. 302 of the same decree. Subsequently, following the adjustments made by Press December 6th, 2002 (G.U. December 6, 2002, n. 286), the new formulation of the above items 299 does not provide for such a repeal.

³⁰ D.P.R. 230/2000, Art. 58. Manifestations of religious freedom

- 1. Prisoners and internees are entitled to participate in the rites of their religion provided they are compatible with the order and security of the institution and not contrary to law, according to the provisions of this Article.
- 2. Is allowed to prisoners and internees who wish to exhibit, in their own individual room or in their own space in the room belonging to more places, images and symbols of their religion.
- 3. It's possible, during leisure time, to individual prisoners and internees to worship in their religious profession, provided that is expressed not in harassing behaviour for the community.
- 4. For the celebration of the rites of Catholic worship, each school is equipped with one or more chapels in relation to the needs of the religious service. Until the entry into force of the implementing provisions of the cartel referred to in Article 11, paragraph 2, of the agreement, with additional Protocol signed in Rome on 18 February 1984, the agreement amending the Lateran Concordat of 11 February 1929 between the Italian Republic and the Holy See, ratified and implemented by the law of 25 March 1985 n. 121, the practice of worship, education and spiritual assistance of the Catholics are insured by one or more chaplains in connection with the same needs, institutions in which they operate as chaplains, in charge of

The legal provisions recognizes to the detainees to express themselves through objects that refer to their faith and that are the expression of it and grants the manifestation of the spirituality, so that the prison environment, in particular the cell, can become a place in which carry out their own personality.

This process is carried out not only providing the possibility to hang sacred images on the wall, from crucifix to icons, but also finds fulfillment in owning and using properties suitable for the cult. We can mention the sacred texts, prayer rug, bells or ritual dresses³¹.

For the aspect that concerns the possibility to enrich their space with images considered sacred, there are no particular problems ³², since the action is left to the full autonomy of the detainees in the relationship with their peers in the management of their own spaces.

Issues may arise instead in the ways these objects are introduced into the prison facility and their protection during the ordinary living activities in prison, such as the control of the cells.

About the former, particular attention is given to written texts. Here two conditions arises. The first relating to the language used in the texts. In fact, the lack of preparation of the personnel involved, whether the text is in its original language or translated, could serve as basis for the text to

coordinating the religious service is entrusted to a of them from the regional prison superintendent, or, in the case of institutions for minors, the juvenile rehabilitation center director, the inspector heard chaplains.

^{5.} For religious instruction in devotional practices of members of other religious denominations, even in the absence of ministers, the institution's management provides suitable premises.

^{6.} The school administration, to ensure the detainees and internees who request them, education and spiritual assistance, as well as the celebration of the rites of faiths other than Catholicism, makes use of the ministers indicated those religious denominations whose relations with the Italian state are regulated by law; also it makes use of the ministers indicated to that end by the Ministry of the Interior; may, however, have recourse, even outside of the above cases, the provisions of Article 17, second paragraph, of the law.

³¹ Since not all prisons have an internal regulation governing the practical aspects of intramural life, it recollects with service orders. With this tool the discipline Director different situations. We can cite the case of accepted books, which must be free of hard cover to prevent the concealment of illegal objects or substances, the use or not of clothing with hood, for issues also linked to personal recognition, the number of animals it is allowed to keep, up to the economic value of particular moral or sentimental value objects.

³² Ît should be noted the work *Religious assistance in prison. Rights and right to worship in prisons of Lazio, Report of research, October 2012, CSPS, Documentation Centre for the Study of Religions and Political Institutions in Post-Secular Society, University of Rome Tor Vergata.*

become a tool for fundamentalist propaganda, especially if brought from the outside. The other condition is related to the staff that introduces these texts, the ministers or volunteers. It could be resolved through the provision of texts purchased directly by the prison administration and consulted in the library, but it's an option difficult to achieve", both for the number of copies purchased and the plurality of texts that should be available in place.

As to the latter, relating to the prison activity, the degree of intervention of prison officers on the same objects should be evaluated, even the mere inspection of places of detention may involve contact with the objects causing the loss of sacredness for the mere fact of being touched with "impure" hands. The fact that the religious observance takes place in a prison environment must not make us lose sight of the special conditions in which the rights are exercising.

The religious symbolism is also achieved through the right to wear clothing or accessory that expresses its own religious beliefs, or constitutes an element of faith to prove membership.

This is regulated by art. 7 of law n° 354/75 and by art. 9 and 10 of Presidential Decree n° 230/2000³⁴. The provisions take into account both

The dress is a plain fabric and decorous manner.

And it allowed the working outfit when it became necessary by the activity.

The defendants and sentenced to prison terms of less than one year can wear clothing of their property, provided they are clean and affordable. The suit provided to defendants still needs to be different from that of convicted persons and internees.

Prisoners and internees may be allowed to make use of the kit of their property and items of particular moral or sentimental value.

Art. 9. Clothing and equipment

- 1. The objects that make up the bed kit, items of clothing and underwear, as well as other use effects that the administration is required to pay to prisoners and internees, are given, with specific reference to their quality charts, divided by men and women, established by ministerial decree.
- 2. The leaders and the effects mentioned above have appropriate properties with the changing seasons and the particular climatic conditions of the areas where institutions are located: their quantity must allow exchange that guarantees good cleaning and storage conditions.
 - 3. For each boss or effect is expected in the duration of use.
 - 4. The administration replaces, even before the expiry of the term, leaders and deterio-

³³ It should be noted that the text should still have the hard cover, to prevent the concealment of objects.

³⁴ Art. 7. Clothing and equipment

Each subject is equipped with linens, clothing and use effects in sufficient quantity, in good state of repair and cleanliness and which will ensure the satisfaction of normal living needs.

a plan that highlights the requirement for the prison administration to provide the clothing needed to ensure "normal demands of life" ³⁵, and a personal plan, that grants freedom to dress clothes when the penalty conditions are met. It remains the condition necessary that the dress should be made of solid color, fabric and decorous appearance, however, garments that are "affordable".

The items of special moral and sentimental value may be allowed, provided that they don't have substantial economic value and don't prove to be incompatible with "the orderly conduct of the outdoors".

It is noted that the Supreme Court judgment ³⁶ based on an order of the Supervisory judge who allowed to a prisoner subjected to the system of art. 41-*bis* ord. penit., to receive and hold particularly expensive clothing and

rated effects. If the anticipated deterioration is attributable to the prisoner or interned, they must compensate the damage.

6. Minors dress, however, civilian garb.

Art. 10. Equipment and personal property

^{5.} The institution's health requires qualitative and quantitative changes in the bed kit, of laundry items and apparel related to particular needs of individual subjects.

^{7.} The personal laundry items and apparel as well as the effects of use delivered to detainees and internees are noted, with subsequent changes in a card, a copy of which is kept by the person and another guarded by management and sent after a transfer.

^{8.} The institute care direction for each detainee and internee, after cleaning, be restored own clothes.

^{9.} The detainees and internees, who make use of clothing and personal equipment belonging to them which can not be washed with normal procedures used to those provided administration, must do so at their own expense.

^{10.} The Administration shall provide civilian clothing to dimittendi, when they do not do so at their own expense in conditions.

^{1.} The Rules of Procedure shall determine the cases in which prisoners and internees may be allowed to make use of their property and equipment also it requires what are the effects kit that can be used.

^{2.} It's ensured a laundry service for prisoners and internees can access, even at their own expense.

^{3.} It's admitted the possession of a special moral or sentimental value objects should not have a significant economic value and are not inconsistent with the orderly conduct of life in an institute.

³⁵ It's curious that the legislator uses this terminology, which finds expression in the text only on another occasion about the penitentiary buildings must be equipped to carry out as well as locals for personal living needs, including local common activities. The expression does not create an obligation on the part of the administration to provide "religious" clothing, but could include the failure obligation to impose a boss that is contrary to the religious needs expressed by the prisoner, internee or the accused.

³⁶ Corte di Cassazione, Sezione Penale, n. 42605 of 2013.

accessories³⁷ of luxurious type. Given the special status of those who are subjected to this kind of treatment also linked with the symbolism related to a criminal nature hierarchy, the judges highlighted that the staff apparel is subject to the same criteria as for personal items, so "they should not have high economic value and should not be incompatible with the orderly conduct of the institution's life".

Similar considerations could be made with the use of the accessories which have the same characteristics described above for clothing and for personal items ³⁸.

To complete the analysis, we must also mention the *Charter of values, citizenship and integration*³⁹, in particular the Article 1⁴⁰ and 25⁴¹, in which a great deal of attention is paid to religious symbols, the Recommendation of the Committee of Ministers of 10 October 2012⁴² on foreign prisoners that emphasises that "the detainees have the right to practice or change their religion or belief, and are protected from any constraint in this regard" ⁴³ and the *Charter of rights and duties of detainees and internees* ⁴⁴.

³⁷ It may be noted that the provisions of the internal regulations, nor the 2011 Circular from the Department financial administration, provide for a maximum number of animals per person.

³⁸ Since Regulation penitentiary institute internal Milano Opera, is expected as clothing admitted "coat, jackets, vests, and of modest value duvets; bathrobes; underwear; Single layer plaid and cotton bedspread; thin belts with small buckle single layer; footwear not lower gym or walking; plastic slippers and shower; track suits, large and small towels; pajamas winter and summer; summer costumes (shorts, Bermuda shorts and T-shirts), summer jackets; books and magazines available for sale outdoors, glasses (all clothing with no hood and no belt) "and how various kinds allowed" eyeglasses and necklaces and bracelets made of thin rubber".

 $^{^{39}}$ Decree of the Ministero dell'Interno of 23 April 2007, published in the G.U. of 15 June 2007.

⁴⁰ "1. The Italian is committed because every person from the first moment is on Italian territory would enjoy the fundamental rights, regardless of sex, ethnicity, religion and social condition. [...]".

⁴¹ "25. Basis of its religious and cultural tradition, Italy respects the symbols and signs of all religions. No one can be offended by the signs and symbols of a religion different from his […]".

⁴² Recommendation CM / Rec (2012).

⁴³ Thus article 30.1.

⁴⁴ Annex to the Ministero della Giustizia of 5 December 2012, in implementation of the DPR June 5, 2012, n. 136, in which the contents of the *Charter* in Article was established. 69 paragraph 2 of Presidential Decree 30 June 2000, n. 230, as amended by art. 1 of the DPR June 5, 2012, n. 136.

3. Scope of the Right of Freedom of Religion

3.1. The Asserted Overlapping between the Historical and Religious Meaning of the Crucifix

The Italian experience of secularism, as regards to the display of the crucifix, has been famously tested with the right of freedom of religion, protected, *inter alia*, by art. 9 of the European Covenant of Human Rights, ⁴⁵ in the context of the case *Lautsi v. Italy*. ⁴⁶

In this respect, Italian Courts have put forward the idea that the crucifix is more than solely a religious symbol and that, for non-believers, is a reminder of the influence of Christianity in the shaping of the European civilization. The principle of secularism itself seems to find roots on the saying attributed to Jesus Christ: «Render unto Caesar the things that are Caesar's, and unto God the things that are God's» calling for a separation between the political and the spiritual spheres. ⁴⁷

According to the *Consiglio di Stato*, in the perspective of non-believers the crucifix is *«the symbol of civilization and Christian culture, in its historical roots, as a universal value, regardless of any specific religious belief».* In addition, the *Consiglio di Stato* has explicitly stated that the 1948 Constitution of the Italian Republic, in guaranteeing religious freedom and equality of treatment to all religions, does not prevent the display of the crucifix, which is part of the Italian historical heritage. In this respect, the message spread by the crucifix does not refer to a specific religion but to a common heritage. The displaying of the crucifix in classrooms – states the *Consiglio di Stato* – is thus compatible with secularism because secularism is not at odds with religion.

⁴⁵ See also art. 18 of the Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the UN General Assembly in Paris on December 10th, 1948 (G.A.Res.217A): "Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance".

⁴⁶ Application n. 30814/06 to the ECHR, decided on November 3rd, 2009 by the Chamber and reversed with the decision by the Grand Chamber March 18th, 2011. All available in the official database of the ECHR (HUDOC) at http://hudoc.echr.coe.int/eng# (03.05.2017).

⁴⁷ Απόδοτε οὖν τὰ Καίσαρος Καίσαρι καὶ τἇ τοῦ Θεοῦ τῷ Θεῷ Mt 22, 15-22; Mc 12, 13-17; Lc 20, 20-26. See, e multis, O. Culmann, Dio e Cesare, Roma, AVE, 1996, O. Fumagalli Carulli, "A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". Laicità dello Stato e libertà delle Chiese, Vita e Pensiero, Milano, 2006.

Secularism means, in this perspective, that each State has a neutral attitude and does not interfere with religion, recognizing the independence of any religious sphere. It also means that the State explicitly acknowledges the existence of religious authorities and the historical importance of religious thought in the construction of the European legal culture. In practice, the display of the crucifix equates the display of other symbols of the Italian national identity.

It has been pointed out that many European flags display a cross: among these, the British flag that contains three crosses, based on three important saints of Christian tradition and in Turkey, the flag displays a symbol of the Islamic religion, without interfering with the secularism imposed by Atatürk. To the same extent, the presence of the Italian and European flags in buildings is not considered as possibly discriminating foreign residents. 48

3.2. Display of the Crucifix and Indoctrination

In the aforementioned decision, the *Consiglio di Stato* stresses that the presence of the crucifix in the classroom does not force pupils or teachers to express their beliefs in religious matters.⁴⁹

The synthesis on the different European interpretations of secularism, in the translated words of the *Consiglio di Stato*, reads as follows:

«So there is no doubt that secularism is to be understood in different ways, and in particular:

in a way it is understood in the legal order of Great Britain – a secular Sovereign State, although closely bound to the Church of England, which has allowed the secular legislator to dictate standards in matters that are internal to the church itself (a relatively recent example is the law on women priests);

⁴⁸ G. Severini, *Libertà Religiosa e uso dei simboli religiosi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2015, p. 49 ss. observes: "La *Union flag*, o *Union jack*, reca le croci di San Giorgio (Inghilterra), Sant'Andrea (Scozia) e San Patrizio (Irlanda del Nord). La bandiera già ottomana della Turchia, Stato del Consiglio d'Europa, reca la mezzaluna con una stella: simbolo che da circa cinquecento anni è percepito come della religione islamica e che è rimasto fermo con la laicizzazione di Atatürk".

⁴⁹ Consiglio di Stato, April 27th, 1988, n. 63/88, see: http://www.giurcost.org/decisioni/2008/0063s-08.html.

- in a different way is that principle understood in the French legal order where secularism, sanctioned in Art. 2 of the Constitution of 1958), is a goal that the State pursues, and in fact has often pursued, with "mortification" (mortificazione) of the independence of organizational confessions (lois Combes) and of any free individual expression of religious faith (law on the display of religious symbols);
- in an even different way in the federal United States of America
 in which the although rigid separation between the State and religious faiths, imposed by the First Amendment to the federal Constitution, does not prevent a diffused pietism in civil society, whose roots may be found in the religious tradition of the Pilgrim Fathers, and whose expressions are multiple and even institutional
 e.g. the explicit religious declaration in the banknotes "in God we trust"-; the large support through fiscal provisions concerning any financial aid to religious confessions and their charitable activities (social, educational, etc.) in the framework of the typical liberal private-horizon of the American society);
- and in another way, finally, it is understood within the Italian context, where the linguistic symbol [of secularism] is used to indicate:
- reciprocal autonomy between the temporal order [i.e. State sovereignty] and the spiritual order [Religious Authority] and consequent abstention of the State from entering into the internal affairs of religious confessions (Art. 7, 8 Constitution);
- protection of fundamental rights of the person (art. 2), regardless of religion;
- legal equality among all citizens, being irrelevant for this purpose their different religion (art. 3);
- respect of the independence of confessions and their freedom to organize themselves according to their own statutes, provided these are not in conflict with the Italian legal order (art. 8, 2nd co.),
- for all persons, and not just for Italian citizens, protection of freedom in religious matters, and that [means freedom] to believe, not to believe, to manifest in public or in private their faith, to practice religion (art. 19);
- ban of any form of discrimination against religious organizations because of their ecclesiastic structure or of the purpose pursued through their religion or worship (Art. 20).

The constitutional rules relied upon by the Italian Court to outline its conception of secularism show a clearly favourable at-

titude towards the phenomenon of religion and towards the structures that promote religious beliefs. This attitude is expressed by the clear limits that the Italian Constitution has set to the possibility of the Italian State to pass statute and bills on its relations with religious confessions; legislative activities in these matters may only be practiced in the form of agreements with both the religion practiced by the majority and with any other religious confession (art. 7, 2nd co., and Art. 8, 3rd co.)». ⁵⁰

3.3. The Grand Chamber's View on the Crucifix in classrooms

In its Grand Chamber judgment, the European Court of Human Rights seems to have acknowledged the Italian assertions on the historical meaning of the crucifix. ⁵¹ The Court held that no issue arose under Article 9 because of the lack of any form of indoctrination and that there had been no violation of Article 2, protecting the right of pupils to education nor of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights. The Court underlined that the major visibility of Christianity was related to the circumstance that Catholicism is, by numbers, the religion of the majority in Italy and stressed the differences between visibility, processes of indoctrination, compulsory teaching of religion and religious intolerance:

«a crucifix on a wall is an essentially passive symbol and this point is of importance [...], particularly having regard to the principle of neutrality [...]. It cannot be deemed to have an influence on pupils comparable to that of didactic speech or participation in religious activities [...]». ⁵²

In this respect, the enjoyment of religious freedom does not entail the right to live in a sterile environment, but is directly linked to the attitude of public authorities, whose activities must not be discriminatory. ⁵³ In this re-

⁵⁰ Consiglio di Stato, cit. at fn. 16.

⁵¹ See supra (fn. 46) Sec e multis, J. TEMPERMAN (ed.), The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom, Leiden, Boston, Brill/Martinus Niihoff Publishers, 2012.

⁵² ECHR, Grand Chamber, 12.03.2011, Lautsi v. Italy, point 72.

⁵³ G. SEVERINI, cit. passim.

spect, it has been said that the meaning of a cross or of a crucifix differs according to the place where it is displayed: whether it is a place of worship, a public place, a flag etc. In a place of worship a simple cross or a crucifix are religious symbols, object of veneration by believers. In non-religious places, such as schools or flags, crosses and crucifixes may still carry religious values for believers, but would not have this meaning for non-believers. ⁵⁴

These arguments are at odds with those previously advanced by the German constitutional court on the «protection from exposure» recognised by the German constitution. The dissent as to the understanding of secularism, mentioned by the Italian *Consiglio di Stato* as regards to other countries, is blatant also comparing the Italian and the German decisions, with the ECHR considering particularly wide the margin of appreciation of States as regards of the exposure of the population to the crucifix in public schools.

4. Religious Clothing

The Italian Constitution recognizes the right to religious freedom, in its double aspect of freedom of conscience and freedom of worship in art. 3, 19 and 20 Const.

The limits set by the Constitution concern the prohibition of «worship contrary to morality». The prohibition includes *a fortiori* worship contrary to Italian law. Accordingly, the characterisation of a practice as religious by its adepts is not sufficient for its acceptance as a religious practice whenever it contravenes public policy and basic norms. The *Corte di Cassazione* stated it explicitly in a case where the authors of voodoo practices implying slavery had tried to justify their actions as "religious practices". ⁵⁶

⁵⁵ Bundesverfassungsgericht, May 16th,1995, BVerfGE 93, 1 1 BvR 1087/91, known as Kruzifix-Urteil (Classroom Crucifix Case). Extracts of the decision and of dissenting opinions are available in English at https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=615 (03.05.2017).

⁵⁴ Ihidem.

⁵⁶ Cassazione penale, sez. V, 18/11/2008, (ud. 18/11/2008, dep.30/12/2008), n. 48350, note C. Penisi, "Le pratiche di magia nera e i riti Vudu non sono riconducibili ad alcuna confessione religiosa: nuove sette e nuovi movimenti religiosi, libertà di coscienza, libertà religiosa e tutela dei diritti umani", in *Dir. famiglia*, fasc.1, 2010, p. 37. See F. Basile, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Ragion pratica*, 1/2013, pp. 9-48.

The «Charter of Values, Citizenship and Integration» ⁵⁷ in sections 25 and 26 declares that:

«25. On the basis of its religious and cultural tradition, Italy respects the symbols and the signs of all religions. No one can say to be offended by the signs and symbols of a religion different from his/her own. As established by international Charters, it is convenient to educate the youth to respect the other's religious beliefs, without finding in them elements of division.»⁵⁸

No specific statutory provision exists as regards to the wearing of religious signs and symbols. In practice, freedom of worship may only be limited if its exercise contrasts with the basic principles on which the Italian society is grounded. Up to now, two religious garments have been subject to judicial analysis as regards to the potential impairment of Italian constitutional values and principles: the female veil and the Sikh's *kirpan*.

4.1. Rules on the Full Female Veil

Within the Italian legal order, persons may not wear garments concealing their facial features *without justified reason*.

These rules are art. 85 del R.d. 18 June 1931 n. 773 "È vietato comparire mascherato in luogo pubblico" (it is forbidden to appear masked in a public place) and art. 5 of Law 22 May 1975, n. 152 (Provisions for the protection of public order) [c.d. Law *Reale*]:

It's forbidden the use of protective helmets – or any other similar object making it difficult to recognize a person – in public places or in places open to the public, without justification. It is prohibited in any case the use of the aforementioned objects in the course of events that take place in a public place or in places open to the public, with the exception of sport events that require the use of such garments. The offender shall be punished by imprisonment from one to two years and by a fine from 1,000 to 2,000 Euros.

⁵⁷ Supra fn. 39.

The full text of the Charter is available in English on line at the following address: http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0919_charter_of_values_of_citizenship_and_integration.pdf.

Several Administrative acts explain the functioning of these rules and in particular two acts of 1995 and 2000, respectively. Through an act n. 4/95 of 14 March 1995 by the Minister of Internal Affairs the use of scarfs in photographs used for identity cards of citizens professing religious beliefs that require the use of scarfs has been authorised. With the act of 24 July 2000, the Ministry of Internal Affairs has stated that turbans, chadors and veils carried for religious reasons «are an integral part of regular clothing and contribute, as a whole, to identify the wearer, of course as long as these keep the face uncovered» and therefore allowed these accessories, in accordance with the constitutional principle of religious freedom (Art. 19 Constitution). In both cases the facial features need to be clearly visible. In sum, wearing headscarves in State school and while taking photos for identity cards is possible to the extent that the face is well visible. ⁵⁹

None of various legislative proposal to ban the wearing of *burqa* and *niqab* in public places has been passed by the Italian Parliament, ⁶⁰ even though public authorities have a wide margin of appreciation as regards to the legitimacy of wearing the full female veil.

For this and other reasons, an opinion on the opportunity to introduce a specific ban of full female veil in the context a reform of the aforementioned legal rules (art. 85 del R.d. 18 June 1931 n. 773 and art. 5 of Law 22 May 1975, n. 152) has been asked to the «Committee for Italian Islam», a body created by the Italian government, whose components are experts of Islamic law, in part Muslim and in part not. 61

The Committee «recommends caution in drafting any law prohibiting garments as *burqas* and *niqabs*». It explains the non-religious origin of these garments and «casts doubt on the existence of a link between burqa and niqab, on the one hand, and «Islam» and «religious affiliation» on the other». ⁶²

⁵⁹ Cf. art. 289 of the Royal Decree 635/1940 and the *circolare* of the Ministry of the Interior n. 4/1995.

⁶⁰ See the proposals n. 2422 May 6th 2009, and n. 2769 of 2 October 2009, respectively at http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?Pdl=2422 and at http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?Pdl=2769 (03.05.2017).

⁶¹ http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/Comitato_Islam_italiano/0776_2010_02_11_Islam.

⁶² http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/00036_Comitato_Islam_-_relazione_Burqa_07_10.pdf, p. 4.

The Committee then concludes: «Referring to 'Islam' in a text of the law may carry the risk of feeding the ongoing polemics, or to spark off new ones. We therefore recommend to omit in the text of law any reference to religion or Islam, limiting the reform to the assessment that, in the prohibition in Article 5, «clothing called burga and nigab» must be considered included, regardless therefore of the reasons – religious and «Islamic» or possibly not religious or non-Muslim – that push some people to wear them. In parallel, Article 85 T.U.P.S. could be amended in the first paragraph with a reference to an unconditional prohibition for use in public places or open to the public «of any means or garment designed to make difficult to recognize the person», except of course the justified reasons arising from health needs or personal security or workplace needs. In the third paragraph, an explicit rule may be introduced, according to which: «The local public security authorities may by provide for exceptions to the ban set in the first paragraph in the context of places open to the public by informing people with specific posters', in order to authorize the use of the burga or the nigab in mosques. In any event, purging the law from any reference to religion seems to be the best means not to feed controversy and polemics»⁶³.

According to Section 26 of the Charter «In Italy there are no restrictions on people's attire, as long as it is chosen freely and it is not detrimental to his/her dignity. It is not accepted to cover the face because this impedes the person's recognition and hinders establishing relations with the others». ⁶⁴

4.1.1. Italian Practice on the Female Veil: The Limits of the «Free Choice», Human Dignity and Equality of Men and Women

The wearing of the veil cannot be imposed by a man to a woman, be it her husband or her father. 65

In a case where the veil was not at stake but a man had asked the Court to respect his religious and cultural beliefs that allowed physical punishment to women, the *Corte di Cassazione* stressed that these beliefs could

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ihidem

⁶⁵ P. Morozzo della Rocca, Responsabilità genitoriale e libertà religiosa, in Dir. famiglia, fasc. 4, 2012, p. 1707 ff.

not lead to any reduction of the legal sanction prescribed by Italian law. ⁶⁶ A religious behaviour deserves legal protection only insofar it does not contrast with basic principle of the Italian legal order, such as the equality of men and women. ⁶⁷

The *Corte di Cassazione* sanctioned through the application of aggravated circumstances a man who had insulted a Muslim woman and had tore her veil off. ⁶⁸ According to an author, «in this case, the court interpreted the dominantly Catholic environment as an element leading to the definition of the act as a racist act against a different religious culture». ⁶⁹

The Court of *Cremona*, in a case of 2008, ⁷⁰ decided that the conduct of a Tunisian woman, a witness in a criminal proceeding, that went to court wearing a *burqa* but immediately uncovered her face upon demand of identification by a police officer simultaneously exhibiting its identity card was not in contrast with art. 5 of l.152/75. The judge stated that the use of burqa in public places or space open to the public is not forbidden by that law; even though the ban is possible in case of objective problems of public order and difficulties of recognition that can't be overcome with a simply request for an identification document.

⁶⁶ Cassazione 12 August 2009, n. 32824 in (2010) Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiasticaœ, p. 1033.

⁶⁷ Cassazione penale, 26 aprile 2011, n. 26153, sez. VI, in Cass. pen., fasc.9, 2012, p. 2962 and the comment by F. Piqué, "La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo". The personal dignity of women is seen by a part of the Italian public opinion offended by a garment that erases - socially - her figure and the representation of her individuality. It is also often stressed that the human dignity of women is very negatively affected by burqas and nigabs since these garments decrease the autonomy of women. It has been said that the burga reduces women's vision and their sideways glance as well as their ability to move. However, the argument remains weak in a society where garments reducing women's ability to move - such as high heels and other so called «fashion victims» garments - are accepted and diffused. As pointed out by the Yemenite photographer Boushra Almutawakel in relation to her conscience-awakening photo shooting (on line at http://www.theguardian.com/artanddesign/gallery/2013/may/17/pictures-of-week-mother-daughter-doll, niqab and burgas are, in the first place, an instrument to protect women from men's disrespectful comments that are frequent in certain societies. In such circumstances, it is preferable to avoid judging women wearing a veil and instead promote initiatives for respecting the role of women as human beings and in particular as social human beings.

⁶⁸ Cassazione 4 April 2006, n 11919 in (2006) Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica 1052, Cass. 8 January 2010, n. 286 in (2010) Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica 1033.

⁶⁹ M. VENTURA, Religion and Discrimination Law in Italy, cit. p. 12.

⁷⁰ Decision of November 27th, 2008, *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2010, 2, 957 with a comment by Provera.

Several administrative bodies have issued municipal bans concerning the full female veil.

In one case, a ban was issued for all kinds of veil in a school, probably under the influence of French legislation. Most of these orders were local and have been struck down by the judiciary or by superior administrative bodies.

In another case, the mayor of a Piedmonts village had spread in his town posters containing the ban of wearing burga and nigab in public places. The Court of Turin ordered to remove all of them, and ordered the mayor (together with his successor that had kept the posters where they had been put) to indemnify two citizens offended by the panel (for an amount of 11.500 Euro), to publish the decision in the local media («Corriere Valsesiano») and in the Facebook page of the mayor who had issued the municipal order, a space regularly used by him for provocative statements as regards to the integration of immigrants. 71 In a third case, the Director of a public school in Friuli Venezia Giulia had adopted "Restrictive measures affecting the use in schools of expressive signs of religious affiliation, in particularly the Islamic veil". These measures banned the use of any kind of Islamic veil, "also in the form of the hijab, i.e. that of more common use, which covers only the hair and neck, leaving the face free". With a note of February 17th, 2015 72, the Garante regionale dei diritti della persona expressed the view that the measures were «inconsistent with the objectives therein proclaimed: to counter racism, bullying or religious discrimination. In a democratic society objectives of a high level of coexistence and social inclusion should be pursued in such a way that they do not impair the civil rights of minorities and that they erase the diversity of which are these are carriers, and therefore social pluralism, but shall rather have the objective of teaching diversity, dialogue and equal chances»73.

The Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca Ufficio Scolas-

http://www.olir.it/ricerca/getdocumentopdf.php?lang=ita&Form_object_id=6361.
 http://www.olir.it/ricerca/getdocumentopdf.php?lang=ita&Form_object_id=6487.

⁷³ "Il Garante regionale dei diritti della persona ritiene innanzitutto che la misura del divieto di indossare il velo islamico in classe, anche nelle forme del *hijab*, appare incoerente con gli obiettivi proclamati di contrastare forme di razzismo, bullismo o di discriminazione religiosa. In una società democratica, obiettivi di un più elevato livello di convivenza ed inclusione sociale dovrebbero essere perseguiti non comprimendo i diritti civili delle minoranze ed eliminando la diversità di cui sono queste sono portatrici, e dunque il pluralismo sociale, bensì educando alla diversità, al dialogo e alle pari opportunità".

tico Regionale per il Friuli Venezia Giulia – Direzione Generale, immediately struck down the measures with a subsequent note.⁷⁴

The *Consiglio di Stato*, by judgment VI, June 19th, 2008, n. 3076, stated that Art. 5 of Law n. 152 of 1975 does not provide any legal ground for the legitimacy of an order of a mayor of the Friuli-Venezia Giulia which had banned to walking in public wearing the veil that covers the face, because unrelated to the powers of a mayor.⁷⁵

More recently, Lombardy has enacted regional legislation banning the use of helmets or any other garment obstructing recognition of persons in public places without justification. ⁷⁶ A petition asking to declare these norms of discriminatory character – filed by four associations of citizens involved with the protection of immigrants – has been rejected by the *Tribunale di Milano* on April 20th, 2017. The ban is in force since January 1st, 2016.

4.1.2. A Brief Anthology of the European Court of Human Rights' Decisions on the Female Veil

The practice of the ECHR on headscarves is conspicuous.

Most of these cases were brought against France, Switzerland and Turkey.⁷⁷ The French ban concerning the full female veil has been declared compatible with art. 8, 9 and 14 of the ECHR in the case *S.A.S. v. France*.⁷⁸

Previously, in many cases, applications by female applicants having refused to remove their headscarves on grounds of religious beliefs had been

⁷⁴ http://www.olir.it/ricerca/getdocumentopdf.php?lang=ita&Form_object_id=6480.

⁷⁵ See the *Ordinanza* 2009 n. 3 Comune di Azzano Decimo in materia di uso di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona.

⁷⁶ Based on art. 5 of law 153/1975, the *delibera* bans any: "uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in luogo pubblico o aperto al pubblico senza giustificato motivo".

⁷⁷ See e multis E. Relaño Pastor, Towards Substantive Equality for Religious Believers in the Workplace? Two Supranational European Courts, Two Different Approaches, in Oxford Journal of Law and Religion, 2016, vol. 5, pp. 255-279; J. Ringelheim, State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach, ivi, 2017, vol. 6, pp. 24-47; K. Altiparmak, O. Karahanogullari, European Court of Human Rights: After Sahin: The Debate on Headscarves Is Not Over, in European Constitutional Law Review, vol. 2, pp. 268–92.

⁷⁸ See ECHR, June 26th, 2014, Application n. 43835/11.

declared inadmissible. In *El Morsli v. France*, ⁷⁹ the Court held that the denial of a visa to France, as a consequence of the refuse by a Moroccan woman to remove her headscarf for the limited time necessary for an identity check, could not ground a complaint for the violation of her right to religious freedom, since it served legitimate aims of public safety.

In *Dahlab v. Switzerland* ⁸⁰ and *Kurtulmuş v. Turkey* ⁸¹ the Court declared inadmissible the complaints of, respectively, a primary-school teacher and a university professor, that were prevented from wearing a headscarf during the exercise of their functions. The Courts insists that, in democratic societies, the State is free to prescribe «dress codes» inspired by the principles of secularism and neutrality of the civil service, especially – but not only ⁸² – in the framework of education. ⁸³

Inadmissible were declared also applications by students that were prohibited to enter schools and universities with a headscarf. 84

In other cases, declared admissible, the Court decided for a non-violation of art. 9.85

In the case of Leyla Şahin v. Turkey 86 the court notes

«the emphasis placed in the Turkish constitutional system on the protection of the rights of women. Gender equality – recognised by the European Court as one of the key principles underlying the Convention and a goal to be achieved by member States of the Council of Europe – had also been found by the Turkish Constitutional Court to be a principle implicit in the values underlying the Constitution. In ad-

⁷⁹ See ECHR, March 4th, 2008, Application n. 15585/06.

⁸⁰ See ECHR, February 15th, 2011, Application n. 42393/98.

⁸¹ See ECHR, January 1st, 2006, Application n. 65500/01.

⁸² See *Ebrahimian v. France*, November 26th, 2015, Application n. 64846/11 concerning a hospital employee.

According to the German Constitutional Court, it is part of the individuals' freedom of faith, protected by the German Constitution, the right of teachers to where headscarves during their work. See *Bundesverfassungsgericht*, September 24th, 2003, Case No. 2BvR 1436/02 available in English at http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2003/09/rs20030924_2bvr143602en.html (03.05.2017).

⁸⁴ See ECHR, January 1st, 2006, *Köse and Others* v. Turkey, Application n. 26625/02, and ECHR, June 30th, 2009, *Aktas v. France*, Application n. 43563/08, *Bayrak v. France*, n. 14308/08, *Gamaleddyn v. France*, n. 18527/08, *Ghazal v. France*, n.29134/08, *J. Singh v. France* n. 25463/08 and *R. Singh v. France*, n. 27561/08.

⁸⁵ See ECHR, December 4th, 2008, *Dogru v. France*, Application n. 27058/05, and *Kervanci v. France* Application n. 31645/04.

⁸⁶ See ECHR, November 10th, 2005, Application n. 44774/98.

dition, like the Constitutional Court, the Court considered that, when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, there had to be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which was presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who chose not to wear it. As had already been noted, the issues at stake included the protection of the «rights and freedoms of others» and the «maintenance of public order» in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhered to the Islamic faith. Imposing limitations on the freedom to wear the headscarf could, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims, especially since that religious symbol had taken on political significance in Turkey in recent years. The Court did not lose sight of the fact that there were extremist political movements in Turkev which sought to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts. Against that background, it was the principle of secularism which was the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious symbols in universities. In such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women were being taught and applied in practice, it was understandable that the relevant authorities should consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the case before the Court, the Islamic headscarf, to be worn on university premises».

Instead, violations of art. 9 related to religious clothing, grounded on specific discriminations, have been recognized in cases that did not concern the female veil. In a case against Turkey and involving over a hundred persons affiliated to a religious group known as *Aczimendi tarikat*ÿ, their punishment for the wearing of their particular clothes in public areas, during a public gathering involving proselytism was held contrary to art. 9 by the ECHR. ⁸⁷ In a case against the UK ⁸⁸, a State where no legislation prohibiting religious clothing is in force, the Court found a violation of art. 9 in the

⁸⁷ See ECHR, *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, February 25th, 2010, Application n. 41135/98).

⁸⁸ See ECHR, *Eweida and Chaplin v. the United Kingdom*, January 15th, 2013, application nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

balancing operated by UK courts between the right to religious freedom of an employee – that wished to wear a cross at work – and the right of her employer to ask her to remove it on grounds of corporate image. According to the court, the right of an employer to preserve its corporate image could not prevail over the right of the employee to wear a religious symbol. Differently, the right of a hospital to prohibit the wearing of a cross for safety reasons was held to be legitimate in the same case and the ECHR found that the right to wear a religious symbol did not prevail over a prohibition to wear it for public health and safety reasons.

4.2. The Kirpan

It's forbidden to bear weapons in Italy. However sometimes there is tolerance towards the other disputed symbol: the kirpan of Indian Sikhs. It has been observed that such tolerance is explained by the good integration of the Sikhs into the Italian society ⁸⁹.

Nonetheless, judges have discretion in evaluating the danger of bearing the kirpan in specific cases ⁹⁰.

The address that the Court has taken so far on the possibility, based on religious reasons, for the member of the Sikh community to bring the ritual dagger kirpan outdoor, seems no longer to find full support.

⁸⁹ See the Court of Vicenza, 28 January 2009, in http://www.olir.it/documenti/ index. php? Title = 4950 and of Cremona Court 19/02/2009 n. 15, Riv. en. dir. and proc. pen. 2010, 2, 957 (sm) commented by A. Provera, *The "just cause": the religious faith as intrinsic limit of typicality.* According to the judge of Cremona: "Bring shoulder a ritual knife, the kirpan, a symbol of belonging to the Sikh religion, has an inherently communicative religious identity value, given that the conduct is not only optional, but imposed by Sikhism and not it can have only an aim clothing ornament. If these are the characteristics, even motivational, the agent's conduct, it must be recognized as they are a considerable justification, based on a sound legal support, as place within the protection of freedom of religion, the right to profess their faith freely in any form, individually or in association and to disseminate it. Considering this, ban the ostentatious by the follower of the Sikh religion of that box cutter would violate the constitutional right of the person to practice their faith outside of his place". See also S. Ferrari, cit. (Note 3) at 448 observe That the decisions are motivated by the fact that "the Sikh community is well integrated in north Italy where Sikh specialised work as farmers."

 $^{^{90}}$ Court of Latina 29 January 2010, in QDPE, 1/201, that convicted for carrying the Sikh $\it kirpan.$

The recent judgment of the Supreme Court, the 1st March 2016 91, pointed out that the need for the right to religious freedom finds "always an impassable limit in peaceful coexistence and in accordance with the rules of public safety". The judges argue that the ritual dagger has to be considered an improper weapon 92 and its religious nature does not constitute a valid reason to bring the object outdoor. The assembly based its judgment on two opinions issued by the State Council in June 2010 93 and in April 2013 94, in which, according to the recognition of "Association Sikhism Religion Italy", it has been showed that the religious purpose (use of the dagger) is literally in conflict with a state law that has primacy since the law considers only the intended use of the instrument, deriving from its physical characteristics of improper weapon, and doesn't take account of the significance that the holder ascribes to the object nor the religious purposes that the knife assumes even in public places 95.

The position taken by the judges of the Court constitutes a literal application of the law on carry permit ⁹⁶, apparently justified by the climate of the current historical context. In fact, the formally illegal public behaviors that find a justification for religious reasons, may make the job of the law enforcement agencies working in the field in the prevention of terrorism acts more difficult. By doing so it is conferred priority to the dimension of public safety based on preventive reasons, rather than ensure the exercise of the right that allows to carry a religious symbol that could be an instrument of aggression. One wonders if the attitude shown by the judges is the result of an effective safeguarding of social reality or it is rather a quick way to give signals of efficiency to the public at the expense of religious freedom of a group numerically insignificant in Italian religious landscape.

In this regard it should be noted that other legal systems legitimate to the members of the community of Sikhs the exemption to wear a safety

⁹¹ Supreme Court, First Criminal Section, n. 303/2016.

⁹² The classification lies in the lack of sharpness of the blade.

⁹³ Council of State, Section One, Gathering of Section of 23 June 2010, n. 02387/2010.

⁹⁴ State Council, Section One, Gathering of Section 10 April 2013, n. 00135/2013.

⁹⁵ The Court of Cassazione – Sezione Penale, by judgment of 15 May 2017, no. 24084, confirms this new address, claiming that "la decisione di stabilirsi in una società con valori di riferimento differenti dai propri, ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppur leciti, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante".

⁹⁶ Law 18 April 1975, n. 110, Additional regulations of the current guidelines for the control of weapons, ammunition and explosives, G.U. April 21, 1975, n. 105.

helmet when riding a motorcycle to allow the use of the traditional headdress ⁹⁷, as well as it is authorized to police officers to wear the same hat instead of the ordinance cap provided that it's color is navy blue and has the symbol of the department on it ⁹⁸.

5. Conclusions

The principle of religious freedom, universally recognized ⁹⁹, finds in Italy a place of openness and realization also through its own guarantees of the principle of secularism, as its clear from Articles 2, 3, 7, 8, 19 and 20 of the Italian Constitution ¹⁰⁰. This principle of promoting a separation of orders and ideologies between the State and religious faiths promotes at the same time the permanence and development of the religious spirituality as an aspect to be safeguarded through the instrument of the agreements between the Italian State and the reference religious representatives. The recognized contribution of religion to the spiritual progress of society (art. 4 paragraph II Const.) requires constant attention and a daily verification of the model adopted by the Constitution to the religious phenomenon, which allows a full exercise of the right to religious freedom not only with reference to the traditional confessions ¹⁰¹.

Bringing evidence to the situation and the character of the symbols and religious signs in Italy in the light of the positions taken by the jurisprudence, some aspects arise which show that the Italian legal system is going through a transition phase.

In fact, we can see on one hand the reaffirmation of the Christianity that identifies the historical and cultural Italian heritage and, on the other hand,

 97 As the case in Britain and Canada. www.hse.gov.uk/foi/internalops/og/og-00003. $\label{eq:main} $$ $$ htmps/og/og-00003.htm$

⁹⁸ It happens in the Police Department of New York, https://www.nytimes.com/2016/12/28/nyregion/new-york-police-department-sikh-beard-turban-policy.html?rref=collection% 2Ftimestopic 2FNew%%% 20York 20City% 20Police% 20Department & action = click & contentCollection = timestopics & region = stream & module = stream_unit & version = days & contentPlacement = 10 = & pgtype collection.

⁹⁹ Denote the Universal Declaration of Human Rights of 1948, art. 18, as a starting point the new course taking human rights in international law, http://bib26.pusc.it/can/p_martinagar/Docs/LRinternazi.pdf.

As stated in the judgment of the Constitutional Court n. 206 of 1989.

¹⁰¹ Using this terminology in reference to confessions belonging to the historical heritage of the Italian people, in an objective assessment.

the slow but inexorable rise of new religious movements that are the result of the globalization and immigration process.

The actual process of opening to other faiths and forms of religiousness is accompanied by the constant secularist drift that animates the Italian civil reality, also made up of citizens who not only don't consider religion a value to be defended, but are also hostile to any form of religion ¹⁰². As a result, there is a part of civil society, for a minority today, which considers totally unnecessary a constant dialectic stage not only with institutions, but also with other confessions acting on the same territory for the affirmation of their religious or atheist values. In this context, religion is becoming "indifferent", not relevant as a constituent element of each individual's personality, but rather as insignificant aspect, therefore not to favor, but not even to limit the space in which it finds its own expression.

In this climate, the Italian legal system has however undertaken and implemented different paths, designed to ensure religious freedom in the different environments in which it may find exercise.

The first path is the one that encourages the adoption of agreements with the confessions that present a certain degree of institutional stability in the area ¹⁰³, so as to still held in Parliament the draft laws ¹⁰⁴ intending to promote a law on religious freedom leading to a greater "balance"

¹⁰² We can mention the National Social promotion association called "Union of Rationalist Atheists and Agnostics", with the abbreviation "UAAR", which in its statute art. 3 is proposed as a general purpose "demand the abolition of all privileges granted, in law or in fact, to any religion, in virtue of equality before the law of religions and philosophical nonconfessional organizations." The same association was the protagonist in 2014 of an attempt to conclude an agreement with the former State art. 8 II paragraph Cost.

The speech obviously has wider, as to understand the situation in which Jehovah's Witnesses with an agreement in 2007 without the approval of the law, or the Islamic reality that as the second religion in Italy, still lacks an understanding.

¹⁰⁴ Bill S.2064, Provisions on religious preachings of Cults not the subject of Agreements pursuant to art. 8, third paragraph, of the Constitution and according to constitutional principles, by Raffaele Volpi (League) on 29/07/2015; C.2939, Regulations on religious freedom and repeal of the legislation allowed cults, by Fabio Lavagno (PD) and the other 06/03/2015; C.36, Religious Freedom and repeal of the admitted cults legislation, presented by Marco Boato (Mixed-Green Group) on 28/04/2006; C. 134, Religious Freedom and repeal of the admitted cults legislation by Valdo Spini (Group Democratic Party of the Left-L'Ulivo) on 28/04/2006. Cfr. Proposal for reflection for the issuing of a general law on religious freedom: acts of the Study Seminar organized jointly by the Faculty of Political Science of the University of Salerno and the Department of theory and history of institutions: Naples and Fisciano, 15, 16 and 17 October 2009, V. Tozzi, G. Macri, M. Parisi (eds), Giappichelli, 2010.

between faiths operating in Italy through the elimination of the law on churches allowed in 1929 and significant expansion of a common religious right.

The other is trying to promote tools that ensure and encourage the integration of many different religious groups in the territory. In this regard, committees of participation have been established ¹⁰⁵ and approved a Charter ¹⁰⁶ that highlights the particular nature of the Italian law, not only as a duty owed to those who are on the Italian territory, but also rights that can be exercised and collectable.

In the end, most recently, a cultural training tool has been established for those who are called to play a position of contact between the faithful and the Italian institutions, such as imams, ministers of religion and cultural mediators ¹⁰⁷.

The undertaken process should create the condition in which the rights related to religious freedom are well considered in the social context, allowing their exercise in full knowledge of the Italian historical, social and political context in which they operate.

We have to point out that this path is set in a context characterized by a strong Catholic origin, which constitutes the social substrate on which Italy has been developed.

Therefore it shouldn't be striking if the model of understanding with religions other than Catholic is the conventional one of 1984, and if the teaching of religion, as well as the assistance, must always face the spaces

We can show the Council for Italian Islam established by decree in 2005 by the then Minister of the Interior Giuseppe Pisanu, and confirmed in 2006 by the new interior minister Giuliano Amato. In 2010, the Interior Minister Roberto Maroni, forms a Committee for Italian Islam, with 19 members, half of Italians, chosen from among experts of Islamic law, both Muslim and non.

In 2012 the Ministry of Andrea Riccardi has given rise to *Conference national permanent "Religion, Culture and Integration"*.

In February 2015, the Ministry of the Interior Angelino Alfano has chaired a meeting with representatives of various communities and Muslim associations, the first episode of the one in the Interior Ministry's intentions would become «a permanent consultation». Basically it would be a new edition of initiatives already seen with his predecessors.

¹⁰⁶ Charter of citizenship and integration values, Decree 23 April 2007 published in the G. U. n. 137, 15.6.2007.

¹⁰⁷ From February 2017 Training course for Imams of rights and duties of the Italian Constitution promoted by the Home Office, Department for Civil Liberties and Immigration, within the National Program FAMI 2014 coordinated by the Interuniversity Consortium Sites (Cois): in addition to that of Bologna, those of Calabria, Salerno, Bari, Pisa and Florence, and the Flaminia Foundation of Ravenna.

and possibilities in Catholic life, without forgetting the building of worship, or the reference we mean when we speak of religious ministers ¹⁰⁸.

Religious symbols fall within this line of thinking. As pointed out, they constitute and express the Christian history of the Italian people, and don't acquire a sense of ideological affiliation with the State. The process of secularism, which began with the Constitution of '48, requires for its success not only uniformity of the regulatory apparatuses to a substantial equality and impartiality, but also the preservation of social religiosity, which finds its bases and expression in the heritage and tradition.

This must lead to a constant dialectical relationship between the individual and the collective, so that the regulatory apparatus can always find full realization. However the principle of secularism seems to be increasingly exploited to obtain neutral public spaces, also following the French example, that warrants the removal and resizing of all the elements that the mere sight may disturb individual consciences or that can lead to the presumption an ideologically oriented expression by the civil institutions.

The current events, such as the recent attacks of fundamentalist origin, accompanied by reasoning by dyads of society in which we tend to proceed with opposite and contrary cataloging ¹⁰⁹, lead to limit if not to suppress, all forms of religious expression that can't be classified with Italian/occidental parameters, not only as aspects of an advanced secularism, but also as religious elements which go beyond our spiritual ground, making the religious integration more difficult and conflicting.

 $^{^{108}}$ It's easy to recall the imams who can not be cataloged with the same parameters and establishing their function of Catholic priests.

¹⁰⁹ In particular T. RIMOLDI, Religious freedom in Italy. The critical issues, in Coscienza e Libertà, no. 51, 2015, p. 68.

GABRIELE MARRA*

«Diritto penale moderno» v. «Diritto penale ultraliberale». Note su immagini francofortesi nella giuspenalistica spagnola

ABSTRACT

- L'eccesso di presenza sociale del diritto penale è un dato di comune esperienza. Unitamente alla constatata erosione della sua razionalità sistematica, tale esperienza polarizza un vasto movimento critico. La condivisione dell'obbiettivo non è tuttavia motivo sufficiente per occultare le significative divergenze che, nell'ambito del fronte comune, caratterizzano sia l'identificazione dei rimedi, sia gli auspicati punti di approdo dell'auspicata riforma. In particolare, non può essere taciuta la specificità che, nello spazio europeo, segna la posizione di quanti sono oggi al lavoro per demistificare l'hybris della moderna legislazione penale e, al contempo, per dimostrare l'impraticabilità di soluzioni ispirate ad un ritorno all'ortodossia del classico diritto penale liberale: denunciate come vicolo cieco dal quale, si dice, è possibile uscire solo imboccando con decisione la strada di una più estesa attuazione dei principi della democrazia penale. Un confronto approfondito, e talvolta aspro, le cui scansioni argomentative sono sembrate meritevoli di attenzione nelle pagine che seguono, dove emerge, come necessario presidio contro l'esondazione punitiva del diritto penale di scopo, l'esigenza di irrobustire il livello di integrazione tra discorso penalistico e autonomia sociale.
- The social presence of criminal law is an element of common experience that raises many critical aspects. A shared objective is not, however, sufficient reason to hide the significant divergences that characterise both the identification of the solutions and the desired outcomes of the desired reform. This essay aims to analyze the different views on this issue, paying special attention to the European context where it is working to demystify the *bybris* of modern criminal law and to explain the impracticability of solutions inspired by a return to the orthodoxy of classical liberal criminal law. It is finally highlighted the need to strengthen the level of integration between criminal discourse and social autonomy.

^{*} Professore associato, docente di Diritto Penale e di Diritto Penale dell'Ambiente (ssd. IUS/17) presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Urbino 'Carlo Bo'.

GABRIELE MARRA

«DIRITTO PENALE MODERNO» V. «DIRITTO PENALE ULTRA-LIBERALE». NOTE SU IMMAGINI FRANCOFORTESI NELLA GIUS-PENALISTICA SPAGNOLA

Sommario: 0. Premessa. – 1. La realtà della legislazione. – 1.1. Le idealità della scienza. – 1.2. Il diritto euro-unitario. Le garanzie penalistiche tra democrazia ideale e prassi delle istituzioni democratiche. – 1.2.1. Critiche – 2. La geografia delle opinioni. – 2.1. Caveat. – 3. Il diritto penale moderno nel pensiero della Scuola di Francoforte. – 4. Anche la mancata modernizzazione del diritto penale è colpa del neo-liberismo?. – 4.1. Un inciso. – 4.2. Le vie della riforma. – 4.3. Realtà al di là dei valori. – 5. La (vera) posta in gioco. – 6. La dialettica interna alla dottrina spagnola sulla modernizzazione del diritto penale. L'extrema ratio come banco di prova. – 6.1. La sintassi del «discorso di modernizzazione». – 6.2. Quali garanzie?. – 7. Beni giuridici meta-individuali, «spazio libero dal diritto» e società del rischio. – 8. L'extrema ratio tra beni giuridici collettivi e teorie individualistiche. – 8.1. Precisazioni. – 8.2. Ancora sull'extrema ratio. – 8.3. Il 'rischio' politico-criminale tra regole e principi. – 9. Conclusioni.

0. Premessa

«Uno spettro si aggira per l'Europa»: è il «buon vecchio diritto penale liberale» ¹.

Nessuno lo ha mai visto nella sua intera forma ideale. Neppure all'apice della sua presenza storica: in Italia, come altrove. La sua prassi, prima ancora della messa in crisi della sua deontologia, ha infatti largamente sperimentato la divergenza tra la proclamata forma liberale delle garanzie e la praticata sostanza autoritaria delle necessità di tutela, scontando il predominio della legislazione politica dettata per scopi di sicurezza sul diritto penale quale custode razionale dei limiti dell'intervento punitivo².

Tuttavia, ancora oggi, il diritto penale liberale continua ad essere evoca-

 $^{^{\}rm 1}$ Per tutti v. K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale,* in L. Eusebi (a cura di), Giuffrè, Milano 2005, spec. p. 101 ss.

² M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 147 ss.; spec. p. 154 s; p. 173 ss. V. anche M. Pifferi, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della*

to come "paradiso perduto", al quale si aspira ad essere riammessi in nome della libertà e della responsabilità individuale, o esorcizzato, quando se ne intendono le tracce nelle evoluzioni della legislazione e nel dibattito de lege ferenda, come pezzo museale che intralcia la tutela degli interessi di una società democratica avanzata. Opzione che raccoglie un ampio consenso di base: variegato, ma comunemente esteso anche al presupposto politico (criminale) che fa da sfondo all'auspicato impegno rimozionale, il cui nucleo può essere fissato nel contributo che anche il diritto penale, una volta liberato dalle sue incrostazioni individualistiche, può offrire alla tenuta di un ordine che si immagina intrecciato di componenti sociali che avanzano nei confronti della potestà punitiva pretese prestazionali supplenti le insufficienze individuali.

Ad essere così prefigurati sono però ammodernamenti e non rivoluzioni, perché giustificabili solo se rispettosi dei criteri di legittimazione dettati dai principi dello stato di diritto (legalità, separazione dei poteri, laicità, ecc.). Limite generalmente riconosciuto, che va qui marcato perché offre lo spunto per interrogarsi sull'esatta consistenza della contesa che i 'modernizzatori' hanno in atto con i fautori di ricette riformistiche ispirate da una «tendenza liberale realistica raccolta attorno ad alcuni principi fondamentali», dalla quale si fa tra l'altro derivare l'opposizione alla proliferazione dei reati di pericolo, dei beni collettivi e funzionali, e delle responsabilità *lato sensu* omissive. Tesi «neo-liberali», si dice, giudicate irricevibili perché ritenute prive di un sostenibile costrutto sociale⁴.

legalità penale tra otto e novecento, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 2007, tomo I, p. 743 ss.

³ M. SBRICCOLI, La penalistica civile, cit., 188.

⁴ A parti invertite, nel pieno del credo nelle virtù collettive del positivismo sociale, critiche analoghe colpivano l'invasività penalistica organizzata a supporto dell'interventismo pubblico negli affari della società. L'«esercito colossale di artificiosi delitti» sospende la libertà «sopra un infido pendio, dove il fardello della vita comincia a divenire più pesante che non quello della vita fisica, e dove della libertà non rimarrà che il nome. Ad ogni passo un regolamento, un divieto, un inceppamento. Portando alle ultime ed esagerate conseguenze il principio del valer meglio prevenire che reprimere, le industrie ed i commerci sono assiduamente ingombrati da meticolose misure cautelari». L. Lucchini, *La giustizia penale della democrazia*, Zanichelli, Bologna, 1883, p. 18. Critica che si comprende, nella prospettiva che qui interessa, se, con Francesco Carrara, la si inquadra nella prospettiva dischiusa dalla 'scoperta' del benefico ed effettivo funzionamento degli ordini spontanei della società – emergenti, evolutivamente, «per concordia di volontà private senza bisogno di interposizione di governo» – e dalla consequenziale critica ad ogni «ordine fanaticamente unitario» che dall'alto irreggimenta secondo i propri piano l'autonomia individuale e collettiva. Cfr., anche per le citazioni, F. Carrara, *Libertà e spontaneità*, *Reminiscenze di cattedra e foro*, Cfr.,

D'altra parte, è però vero che si tratta di opinioni che condividono con i fautori della 'modernizzazione' la fedeltà alle ragioni del diritto penale dello Stato di diritto. Non si prestano, dunque, ad essere rifiutate in ragione di un'auspicio che anche i critici intendono far salvo, in nome del comune riconoscimento del valore apicale della libertà individuale.

I motivi che incrinano il fronte comune degli oppositori alla deriva funzionalistica della potestà punitiva vanno, dunque, cercati altrove: anche con il conforto della comparazione, che aiuta a diradare le nebbie delle sensibilità politiche contingenti, e sulla scia dell'ancora vivo impegno della «penalistica civile»⁵. Erede di una illustre tradizione riformistica le cui fortune. anche sul presupposto delle note di autonomia che caratterizzano la realtà dei legami sociali, sono legate a doppio filo alla consapevole scelta di non isolare l'analisi tecnica della norma penale e del suo sistema dall'ambiente sociale di riferimento⁶: laddove si fissano, seguendo traiettorie diverse dalla mera coercizione, i presupposti di riconosciuta legittimità dell'intervento punitivo e, dunque, anche le condizioni di accettabilità degli effetti prefigurati dalla teoria penalistica e perseguiti dalla sua prassi. Realtà che se ignorata compromette sia la funzione di tutela dei beni giuridici, lasciando spazio alle derive dell'utilitarismo simbolico, sia la libertà individuale, la cui coercizione è sempre una male ma che se messa in opera in assenza di autentica necessità è un male al quadrato perché ingiustificato.

All'esplorazione di questi nessi sono dedicate le pagine che seguono.

1. La realtà della legislazione

Anche ad un osservatore distratto è agevole constatare che, fuori dal rarefatto discorso razionale, contro l'anacronismo' del buon vecchio diritto penale liberale si muove svelto, senza più neppure aspettare l'emergenza di turno, anche il 'mucchio selvaggio' della «società punitiva»⁷, capitanata

Canovetti, Lucca, 1883, p. 504; Id., Scienza criminale e scienza penale, Opuscoli di diritto criminale, vol. IV, Giacchetti, Prato, vol. IV, 1884, p. 19.

⁵ M. SBRICCOLI, Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990), in L. Violante (a cura di), Storia d'Italia, Annali, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998, 494 ss.; 542 ss.

⁶ D. PULITANÓ, Quale scienza del diritto penale?, in Riv.it.dir.proc.pen., 1993, p. 1209 ss.; spec. 1211 ss.
⁷ M. FOUCAULT, La società punitiva, Feltrinelli, Milano, 2016. Questa presenza è attesta-

dal volontarismo della politica-criminale e dalla "volontà di potenza" della razionalità tecnico-strumentale. Forze che sempre più spesso si esercitano nella regolazione di materie quali l'ambiente, l'economia, nella repressione della criminalità organizzata e del terrorismo internazionale, per la salvaguardia del buon andamento dell'amministrazione, della moralità della politica, ecc⁸.

Messa al servizio di sempre nuovi e mutevoli scopi di sicurezza, di prevenzione, di mera rassicurazione o di sguaiato populismo, l'odierna politica della criminalità, che in ragione del mutarsi del quadro criminologico sempre più smarrisce i suoi tratti distintivi rispetto al generale potere di governo dell'ordine sociale, non ha molte remore nello scatenare, come suoi gruppi di fuoco, il diritto penale del rischio, del pericolo, del comportamento, della prevenzione, della sicurezza, fino alla forza *d'élite* del diritto penale del nemico⁹. Quanto di più lontano si possa immaginare rispetto al classico impianto del diritto penale liberale, che, in aderenza all'idea che l'esercizio dell'autorità è legittimo solo entro i suoi limiti ¹⁰, opera invece per garantire al cittadino libere scelte d'azione nel quadro delle norme di condotta sele-

¹⁰ B. Costant, Cours de politique constitutionnelle, Bruxelles, 1873, III ed., 110

ta da recenti iniziative *de lege ferenda* intraprese osservando che con «la legge 23 marzo 2016, n. 41 è stato introdotto nel nostro ordinamento il cosiddetto reato di "omicidio stradale" per quei reati colposi causati da gravi violazioni delle normative sulla circolazione stradale. Ciò è stato accolto con comprensibile soddisfazione da tutti quanti [...] Arrivati a questo punto era logico domandarsi perché voler prevedere un aumento di pena solo per il caso di reato di omicidio stradale e non anche per coloro che cagionano la morte di persone violando negligentemente le norme di prevenzione in materia di infortuni sul lavoro di cui al 589 c.p. Trattasi forse di fattispecie di minor rilevanza o di morti che non meritano di ricevere la medesima giustizia? È forse più grave uccidere violando le norme stradali piuttosto che violando la normativa di prevenzione antinfortunistica? L'articolo 3 della nostra Costituzione non sancisce forse un principio di uguaglianza sostanziale che dovrebbe vedere collocati sullo stesso gradino legislativo situazioni di fatto analoghe? Tutte vittime che il nostro *legislatore ba il DOVERE di vendicare giuridicamente* nel modo più adeguato possibile e soprattutto senza creare di fatto ingiustificate disparità di trattamento». (corsivo aggiunto). Atto Senato n. 2742 del 19 marzo 2017.

⁸ Per un'ormai classica analisi cfr. A. GARAPON, M. SALAS, *La Repubblica penale*, Liberilibri, Macerata, 1996. Per un'introduzione al tema, al centro dell'analisi anche della dottrina spagnola, si veda M.J. JIMÉNEZ DÍAZ, *Sociedad del riesgo e intervencion penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal* y *Criminología*, 16-08, 2014.

⁹ C. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, Klostermann, Frankfurt am M., 1993; J. L. Díez Ripollés, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004; Id., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005 (anche per i necessari riferimenti di letteratura, debitamente discussi). Vedi anche la dura requisitoria di W. Hassemer, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRSS*, 2006, n. 4, p. 130 ss.

zionate e formalizzate dalla legge penale quali argini all'esercizio, altrimenti illimitato, dell'autonomia individuale.

1.1. Le idealità della scienza

La violenza dell'impatto prodotto da questa massa di manovra ha destrutturato gli equilibri del sistema penale dello stato di diritto. Esposto alla pressione dello «Stato sociale» – «legislatore per eccellenza», impegnato a «valersi fin troppo spesso del penale a mo' di avvertimento» dell'importanza «di questo o quel passaggio della sua normazione» ¹¹ – il diritto penale liberale si è visto costretto ad estese concessioni alle ragioni dell'autorità, veicolate da una pletorica legislazione espressione del «governo degli uomini».

Non ne ha però vinto l'ethos.

Serrandosi alla sua tradizione e rivendicando il proprio radicamento razionale, il garantismo individuale è infatti riuscito a difendere il bastione nel quale continua ad essere arroccato quel fondamento personalistico che costituisce il lascito imperituro della cultura umanistica e dello jus europeum che quella tradizione ha coltivato come sua radice assiologica 12. Risultato reso possibile dalla strategica predisposizione nel corso del tempo di plurime linee di difesa (legalità, offensività, colpevolezza, ecc.). Principi la cui forza è stata in prima istanza affidata alle virtù del pensiero razionale, giusnaturalistico, prima, e sistematico, poi. Stagioni alle quali, in Italia, è succeduta, con maggiore efficacia, dopo la parentesi garantisticamente poco virtuosa del tecnicismo giuridico, la 'Santa Alleanza' stretta con i tratti dell'esperienza costituzionale; segnatamente con il modello sociale in vigore, la cui normatività è baluardo dei limiti della potestà punitiva e fondamento delle scelte di politica-criminale 13. Prospettiva arricchitasi, infine, grazie alla valorizzazione delle componenti anti-autoritative proprie dei sistemi di tutela sovranazionale dei diritti

¹¹ M. SBRICCOLI, *Giustizia penale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 202.

¹² P. Prodi, *Una storia della giustizia*, Il Mulino, Bologna, p. 10 ss.; 480 ss.

¹³ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *NNDI*, vol. XIV, 1973, 7 ss. Un'ampia illustrazione della funzione seminale di questa riflessione presso la dottrina italiana si legge in M. DONINI, *L'eredità di Franco Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 2, p. 51 ss.

fondamentali, ai quali si è attinto anche con la 'speranza' di colmare le lacune e superare i fallimenti ascritti dalla teoria del reato costituzionalmente orientata. Con un risultato minimo, ma per nulla trascurabile: di aver così mantenuto intatta la funzione di forza critica della deontologia di quell'antico modello di fronte al (post) modernismo d'ogni progetto di mutazione del dover-essere penalistico in senso dirigistico, tecnologico e meta-personalistico. Derive organizzative la cui corrente continua, dunque, a trovare nel nocciolo liberale della razionalità penalistica un'isola che almeno ne interrompe il flusso, disarticolandone la spinta, in misura sufficiente a rendere quelle istanze presenze discrete e non totalizzanti dell'esperienza politico-criminale.

In sintesi: pur a fronte di un ordinamento fattosi generalmente ipertrofico, «quando si invoca» per il diritto penale «un ruolo di *extrema ratio*, e si
indica la direzione di una 'minimizzazione'» necessaria, conformemente alla
più autentica tradizione individualistica del diritto penale moderno, «non
si fa altro che richiamarlo alla sua storica centralità» di «vaglio e metro del
carattere intimamente liberale della società e delle sue istituzioni» ¹⁴. Realtà
che la formula dell'*extrema ratio* richiama trovando ancora attenta la dottrina: anche di quella sua parte che non vede di buon occhio l'idea che la
modernizzazione del diritto penale dipende dalla liberalizzazione delle scelte di criminalizzazione, dei criteri di imputazione e delle tecniche di tutela.
Tutti spregiano, infatti, le «tante leggi organizzative [...] guarnite con obblighi e divieti corredati da pena, che dovrebbero fare da ostacolo alla loro
inosservanza», sull'«incredibile» presupposto fissato dalla credenza che la
previsione e «l'inasprimento delle pene» siano di per sé mezzi efficaci per la
tutela dei beni giuridici ¹⁵.

1.2. Il diritto euro-unitario. Le garanzie penalistiche tra democrazia ideale e prassi delle istituzioni democratiche

Nel corso dello scontro si è anche assistito al 'doppio gioco' del diritto penale euro-unitario, da tempo divenuto protagonista di peso dell'evoluzione dei sistemi penali nazionali.

¹⁴ M. SBRICCOLI, Caratteri originari, cit., p.551.

¹⁵ M. SBRICCOLI, Giustizia penale, cit., p. 202.

Comparso sulla scena professando la propria fedeltà ai diritti fondamentali e alle ragioni della stretta necessità dell'intervento penalistico, questo protagonista della politica-criminale contemporanea ha però sempre più spesso offerto 'ottime' prove della sua innervatura espansionistica ¹⁶. Una forza strumentale all'effettività di un onnivoro «diritto alla sicurezza europea» e votata all'efficienza del controllo sociale ¹⁷. Obbiettivi che il diritto penale euro-unitario persegue sia attraverso l'arretramento e la tecnicizzazione delle soglie di tutela, sia ricorrendo a più rozze finalità punitive, spesso coltivate in associazione a scopi eticizzanti di interiorizzazione degli incipienti valori della cittadinanza europea ¹⁸. Panoplia che, in ultima istanza, anche per il decisivo contributo messo a disposizione dall'avvenuta comunitarizzazione dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del suo *case-law*, ha finito per alterare l'equilibrio dei rapporti tra necessità di protezione del reo ed istanze di tutela delle vittime faticosamente raggiunto nel corso di una secolare elaborazione dottrinale ¹⁹.

Mutazioni vistose, facilitate, oltre che dalla priorità della competenza governativa nella formazione del diritto dell'Unione, anche da un'altra vistosa incrinatura intervenuta nella garanzia della separazione dei poteri: quella che in un recente passato ha addirittura consentito alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di attribuire alle istituzioni comunita-

¹⁶ M. Donini, Sussidiarietà comunitaria e sussidiarietà penale, in Id., Alla ricerca di un disegno, Cedam, Padova 2003, p. 115 ss. V. anche W. Naucke, Negatives Strafrecht, Lit, Berlin 2015, p. 35 ss. (per un censimento delle 'poche' ma significative prescrizioni di limiti alla 'perversione' anti-individualistica della forza del diritto penale registrabili nello spazio normativo sovranazionale).

¹⁷ M. CHITI / B.G. MATTERELLA, La sicurezza europea, in Riv.trim.dir.pubblico, 2008, p. 305 ss. P.-A. Albrecht - S. Braum, Defiziete europäischer Strafrechtsentwicklung, KritV., 1997, p. 756 ss.

¹⁸ Ogni indicazione bibliografica peccherebbe per difetto. Per un quadro d'insieme si veda, da ultimo, A. Bondi, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Aras, Fano 2012. Con strettissima aderenza alle tematiche evocate cfr. A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2009, p. 1 ss.; C. E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss. Fermo il minimo comune denominatore rappresentato dalla revisione di taluni dei tratti costitutivi del vecchio diritto penale liberale, è comunque opportuno distinguere tra le competenze afferenti ai c.d. reati transnazionali e quelle connesse all'effettività delle ordinarie potestà comunitarie. Caratterizzate, le prime, da una accentuazione di percorsi di criminalizzazione ispirati ad imperativi deontologici-eticizzanti e di ampia tutela delle vittime, mentre le seconde sono segnate dall'amplificazione di componenti funzionalistico-burocratiche.

¹⁹ V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*. Logiche continentali ed ermeneutica europea, Giuffré, Milano, 2012.

rie una competenza penale ignota ai Trattati ma ritenuta implicita nell'ufficiale devoluzione alla sfera euro-unitaria della responsabilità esclusiva in specifici campi di materia (dove maturano i presupposti dei bisogni di pena)²⁰.

Tratti involutivi che trovano la loro migliore sintesi nel significato che taluni controversi interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di tutela penale delle finanze comuni hanno trasmesso alla giurisdizione nazionale: chiamata da quelle decisioni a farsi carico della necessaria rimozione di istituti di garanzia ritenuti dal giudice euro-unitario in contrasto con quella dichiarata necessità di tutela²¹.

La sintesi di questo intervento riporta ad un giudice di scopo autorizzato a perseguire fini di tutela a prescindere dalla tipicità dei mezzi che la legge mette a sua disposizione²². Beneficio collettivo (presunto), azzerato però dal costo individuale (certo) che una politica criminale così orientata finisce per scaricare sulle spalle dell'individuo²³. «In questo modo», conclude infatti il giudice delle leggi, si permette «al potere giudiziario di disfarsi [...] di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo» che sia «ritenuto di ostacolo alla repressione del reato»²⁴. Critica estensibile, si noti per inciso, nonostante il silenzio della Corte, anche ad interventi tarati *ab origine* dal legislatore per soddisfare specifiche contingenze politico-criminali. Casistica nella quale il mezzo smarrisce ogni autonomo significato individuale e collettivo rispetto al fine perseguito. Realtà che nell'economia di queste pagine di «normatività tecnologica» non è solo il parametro di legittimazione del primo, ma anche il criterio

²⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea-Grande Sezione, 13 settembre 2005, in causa C-176/03, Commissione delle Comunità europee contro Consiglio dell'Unione europea. Cfr. C. Paonessa. *Obblighi di tutela penale*, ETS, Pisa, 2009, p. 193 ss.; spec. p. 202 ss.

²¹ Corte di giustizia dell'Unione europea-Grande Sezione, 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco.

²² Corte cost. ord. n. 24/2017.

²³ Il nesso tra funzionalità sociale dell'intervento penale e costi – per la collettività – della affermazione delle garanzie individuali è approfondito con particolare forza critica dall'intera scuola francofortese. Cfr. W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit. spec. p. 118 ss. In particolare, qui si segnala la presa d'atto che il sovra-dimensionamento sociale consuma le risorse del pluralismo sociale e, con essa, le capacità di spontanea coordinazione delle forze che concorrono in modo autonomo a definire e stabilizzare l'ordine della società fuori dal comando dell'ordine gerarchico centralizzato. Cfr. F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolamentazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 357 ss.

²⁴ Corte cost, ord. 24/2017 (in causa Taricco).

che, per sua natura, finisce per giustificare «l'incremento indefinito» delle aspettative circa le capacità prestazionali del diritto penale. Così declassato al rango di mera tecnica di controllo sociale, stimata capace «di soddisfare [tutti i] bisogni» che un decisore identifichi come necessità cogenti per l'affermazione dell'egemonia del funzionalismo tecnico-scientifico quale esclusiva istanza di ordinamento del sociale ²⁵.

Tutela delle vittime della modernità e pratica dell'ideale dei diritti fondamentali; efficienza nell'assolvimento di questi compiti, assicurata dal riconoscimento di un generale dovere di prevenzione giuridico-effettuale in capo ai soggetti pubblico/statuali, gravati anche, e non poteva essere diversamente dato il *milieu* del discorso, da incipienti obblighi di tutela penale ²⁶. In sintesi, sono questi i tratti che, con un certo agio, dovrebbero consentire di ascrivere le evoluzioni del diritto euro-unitario all'invocata opera di riforma, quando non di superamento, del fantasma che si ritiene aggirarsi per l'Europa ²⁷.

Evoluzione sulla quale dovrebbe apporre il suo sigillo la conclusione, *post* Lisbona, del processo di democratizzazione delle istituzioni comunitarie.

²⁵ Per le citazioni si vedano, rispettivamente, N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 59 ss.; spec. p. 63 ss.; E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Rizzoli, Milano, 1998, p. 42 ss. Filosofo che coltiva in modo impareggiabile «il rilievo teoretico e dell'efficacia argomentativa» della «idea dello scopo», come rileva il giurista, che parimenti esalta lo *Zweckgedanke* quale tratto distintivo del giuridico, nel più esteso orizzonte della normatività, quale «*tecnica coercitiva della forza*» che con «estremo ardimento» vuole «riempire con la propria volontà la volontà altrui». Se ne deduce, conclude Irti, che «non c'è antitesi» tra il diritto positivo «e la normatività tecnologica». Cfr. N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., p. 66 s. Se è questo il segno che marca anche il diritto moderno, non sorprende la dura reazione che suscita l'invocazione della "modernizzazione" quale parola d'ordine dell'impegno riformistico e l'altrettanto estesa critica all'idea dello scopo, preventivo o retributivo che sia, quale motore di quell'impegno. Cfr. W. NAUCKE, "*Schulenstreit*"?, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Müller, Heidelberg, 2008, p. 560 ss. L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984, spec. 76 ss.

²⁶ S. Manacorda, "Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, p. 1364 ss.

²⁷ Sulla democrazia-penale eurounitaria cfr. C. Grandi, Riserva di legge e legalità penale europea, Giuffrè, Milano, 2010, spec. p. 48 ss. C. Cupelli, Il parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge, in Criminalia, 2012, p. 595 ss. V. anche S. Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, Klostermann, Frankfurt am M., 2003.

1.2.1. Critiche

Auspicio frustrato dalla presa d'atto delle molte e variegate voci che si sono levate contro la prassi di questo «diritto penale europeizzato» ²⁸. Critiche affatto placatesi di fronte all'ufficiale ingresso del principio democratico nell'empireo dei fondamenti legittimanti la politica-criminale europea: nonostante il valore dell'argomento quando si passa ad osservare il fenomeno della «politica criminale europea» nei suoi riflessi immediati sull'estensione dei sistemi penali nazionali ²⁹.

Anche limitando il campo di osservazione a questo scorcio, non sfugge infatti il numero di quanti, collocati sulla parte 'sinistra' del fronte, tengono la propria posizione rimproverando anche al diritto euro-unitario le troppe concessioni fatte alle ragioni dell'auto-organizzazione del mercato e dei suoi protagonisti: i cui interessi, si dice, inquinano il processo democratico di selezione dell'area della meritevolezza di pena, anche al di là del 'tanto' già concesso dai Trattati al *Marktradikalismus*. Con l'effetto di distorcere in senso elitario l'*out-put* della decisione pubblica. Il tutto con ingiustificabili effetti discriminatori nei confronti dei livelli essenziali di tutela spettanti a chi non è un *market-maker*³⁰.

D'altra parte, è però vero che critiche non meno aspre provengono anche dal lato 'destro' di quel fronte, dove si prendono di mira, tra l'altro, le scarse prestazioni garantistiche della democrazia-penale dell'Unione *post*

²⁸ G. FIANDACA, Legalità penale e democrazia, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 2007, p. 278.

²⁹ C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1148 (per la citazione) e F. Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 657. La garanzia democratica (nazionale) quale (vagheggiato) limite agli eccessi tecnicistici (europei) è la prospettiva in cui si inquadra il discorso sulla sussidiarietà comunitaria quale principio di garanzia della relativa politica-criminale. Cfr. Aa.Vv. *Manifesto per una politica penale europea*. Per il testo, ed un commento, cfr. A. Bondi, *Tredici passi*, cit., 73 ss. Stando alla realtà, si tratta di un autentico 'salto nel vuoto': la definizione delle scelte di criminalizzazione viene infatti così 'rimandata' nel punto più vicino al fuoco vivo della «società punitiva». S. Braum, *Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle*, in *ZIS*, 2009, n. 8, p. 418 ss.; spec. p. 423 s.

³⁰ Cfr. V. VALENTINI, Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona, in Riv.trim.dir.pen.econ., 2012, p. 323 ss. Ivi, pag. 365, la precisazione che siffatte 'distorsioni' sono da ascrivere, ben più che ai Trattati, che pur non negano spazi a «manovre vetero-liberiste», e al diritto primario dell'Unione, che non disconosce esigenze di tutela dei diritti sociali, all'opera della Corte di Giustizia, che a parere dell'autore «dimentica improvvisamente gli "anelli fragili"» quando si tratta di «discorrere di libero mercato e concorrenza».

Lisbona³¹. Vale anche in questo caso la diffusa opinione che ritiene sottesa a questo legame «un'idea sbagliata sul rapporto fra Unione e democrazia. Talché, qualunque intrusione nella vita degli europei diventa lecita, dotata del necessario *pedigree* democratico, se porta il timbro del Parlamento europeo» ³². Intrusione che qui interessa perché destinata a portarsi al seguito il necessario corredo penale/punitivo ³³.

2. La geografia delle opinioni

La realtà di così complessi intrecci sfugge a giudizi netti. Nè interessa qui approfondirne la ricostruzione oltre quanto già osservato: sufficiente

³¹ Sopratutto in relazione all'attuazione del diritto comunitario derivato, l'ordinamento tedesco ha di recente affrontato la questione spingendo l'acceleratore sul vincolo formale-procedurale fissato dalla legalità penale. Cfr. BVerfG, 21 settembre 2016, 2 BvL 1/15. Ne dà notizia, con un commento ed essenziali indicazioni di letteratura, N. RECCHIA, Dal Bundesverfassungsgericht un altolà al legislatore tedesco sulle tecniche legislative da adottare per corredare di sanzione penale precetti fissati dal diritto derivato dell'Unione europea, in www. penalecontemporaneo, 2016.

³² A. Panebianco, *Imballare un uovo in Europa, Corriere della Sera*, 18/2/2017. «Persino oggi, con un'Unione europea a rischio di disgregazione, non si è placata la 'furia regolamentatrice' con cui i preposti organi della Ue (Parlamento europeo incluso) da sempre si occupano di 'perfezionare' – in realtà, di ingabbiare – il mercato unico europeo, continuando ad accumulare, dissennatamente, norme su norme». Il Parlamento europeo resta infatti «un'istituzione assai carente (per usare un eufemismo) sotto il profilo democratico. Forse i parlamentari europei credono sinceramente di avere avuto un "mandato" da parte degli elettori per impicciarsi, insieme al Consiglio e alla Commissione, delle loro vite. Formalmente è così ma nella sostanza no. La schiacciante maggioranza di coloro che li hanno votati lo ha fatto senza neppure sapere che cosa, una volta eletti, sarebbero andati a fare. Le scelte di voto dei pochi elettori che partecipano alle elezioni europee sono sempre motivate dalla volontà di manifestare ostilità oppure appoggio per il governo nazionale in carica nel Paese di ciascuno di loro». Resta però ferma, in quanto iscritta nei Trattati, la presenza di istituti votati alla limitazione e alla messa in discussione, sul piano sostanziale, di tale tendenza. Cfr. C. Sotis, I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, in www.penalecontemporaneo.it., 2011. Garanzie che attendono una congrua attivazione, anche, e forse sopratutto, da parte dei giudici delle leggi nazionali che in quei criteri possono trovare uno 'stimolo' del tutto conforme al credo positivistico (art. 10 e 11 Cost.) per riuscire a superare la loro tendenza deferenziale verso l'autorità della discrezionalità legislativa. Impresa che nel sindacato sulla legittima attuazione del diritto penale comunitario derivato può trovare in quei vincoli legittimi parametri interposti. Oggi pressoché inesistente, anche alla luce di meno sostanziali limiti di garanzia. Cfr. Corte cost. n. 134/2003. Volendo G. MARRA, La riserva di legge in crisi. Un referto della Corte costituzionale, in Diritto e formazione, 2004, n. 4, fasc. 2, p. 192 ss.

³³ W. HASSEMER, «Corpus iuris»: auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?, in KritV., 1998, p. 464 ss.

per censire come endemica la presenza del dissidio tra 'modernizzazione' (neo)democratica e 'tradizionalismo' (vetero)liberale quali programmi in competizione per correggere la rotta esiziale del diritto penale contemporaneo.

Si sottrae altresì ad esercizi previsionali dotati una qualche plausibilità oltre il brevissimo periodo³⁴.

Tuttavia, data la posta in gioco, non è però mancato l'impegno dottrinale finalizzato a semplificare il quadro argomentativo quale primo passo verso la possibile soluzione dell'altrimenti endemica inflazione penalistica.

All'interno di una geografia intellettuale assai ampia, spicca, per profondità e perseveranza, la riflessione polifonica della Scuola di Francoforte. Sostanzialmente ferma, nonostante le sue molte anime, nel denunciare il sovradimensionamento sociale della potestà punitiva e i guasti illiberali prodotti dal diritto penale moderno ³⁵. Ai quali si cerca rimedio sottolineando la necessità di ricomporre la frattura creatasi sotto la spinta della razionalità politico-criminale contemporanea tra il diritto penale moderno e il buon vecchio diritto penale liberale, recuperando, a tal fine, le ottime ragioni di quest'ultimo.

In opposizione a tale diagnosi emerge però anche la qualificata resistenza opposta da altri settori della scienza penalistica, con opinioni meno omogenee, geograficamente più disperse, ma accomunate dalla ritenuta necessità di guardare oltre gli stilemi del buon vecchio diritto penale liberale per aprire finalmente le porte delle sue polverose stanze al vento della modernità.

³⁴ V., però, T. VORMBAUM, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, p. 75 ss.; spec. p. 88 che invece prefigura per il diritto penale una stabilizzazione nel nuovo ruolo di «madre premurosa, disposta ad accompagnare e ad ammonire costantemente il proprio figlio» piuttosto che punire duramente «alcune infrazioni, lasciando per il resto una certa libertà nella scelta dello stile di vita».

³⁵ Il quadro comparatistico è senza dubbio arricchito dall'opinione di chi, egualmente preoccupato dai nefasti effetti che i «sotto-sistemi penali» dell'emergenza e di polizia producono sulla integrità delle ragioni del più debole, sostiene l'idea di un «diritto penale minimo» come «sinonimo» (*id est:* concretizzazione) del «garantismo penale». L'esito della lunga ed articolata riflessione di Luigi Ferrajoli è da ultimo sintetizzata in ID., *Cos'è il garantismo?*, in *Criminalia*, 2014, p. 129 ss. (anche per la successiva citazione). Proposta che ha trovato una vastissima eco all'interno della dottrina di lingua spagnola quale misura profilattica della «pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra» (Francesco Carrara). Tale favore non ha ovviamente sterilizzato il dissenso che, tuttavia, non ha assunto i toni aspri che hanno investito le proposte dei francofortesi.

Posizione che resta tuttavia disunita: distinta, al suo interno, tra quanti propongono di fare *tabula rasa* d'ogni cascame del passato e coloro che invece affermano la necessità di conservare comunque intatto il nucleo garantistico del classico diritto penale delle libertà, in quanto convinti della possibilità di modernizzare il sistema penale senza esser costretti a rinnegare il passato³⁶. Obbiettivo che segna la direzione di marcia dei molti che si sono già messi all'opera per giustificare la legittimità dell'intervento a tutela dei beni giuridici collettivi, dei reati di pericolo astratto, di alcune de-formalizzazioni dei criteri dell'imputazione obbiettiva e della normativizzazione della colpevolezza, per poi definire al meglio, dati quegli obbiettivi, una teoria della pena idonea a cementare tali allontanamenti dall'alveo 'storico' del diritto penale dello Stato di diritto liberale³⁷.

Un disegno al quale sono già state dedicate pregevoli analisi dogmatiche ed un condiviso impegno sistematico per riuscire a dar conto della

³⁶ J.J. Bustos Ramirez, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 18 ss. che ritiene proprio del discorso sulla modernizzazione del diritto penale l'impegno ad elaborare il massimo livello delle garanzie possibili e a costruire «un diritto penale *materialmente garantista*» (corsivo aggiunto).

³⁷ Per un amplissimo ragguaglio dei termini del dibattito, analizzato da una posizione sostanzialmente retributiva, cfr. B.J. Feijo Sánchez, Retribución y Prevención general, Editorial B de F, Madrid, 2007. In senso critico L. Eusebi, La pena in crisi, Morcelliana, Brescia, 1990. Il tema meriterebbe un approfondimento che non è qui possibile. Ci si può limitare ad osservare, nella prospettiva di un'analisi critica della dinamica espansiva dei sistemi penali contemporanei, che se i fautori della modernizzazione sembrano trovarsi d'accordo nell'attribuire alla pena scopi preventivi dell'instabilità associata al mancato contrasto di offese ai valori essenziali di un ordine sociale dato, i critici della modernità penalistica individuano proprio in tale teleologismo funzionale uno dei fattori guida dell'inflazione penalistica e delle distorsioni punitive della politica-criminale. Per tutti A. BARATTA, Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale, in Studi in memoria di Giovanni Tarello, vol II, Giuffrè, Milano 1990, p. 19 ss. È però vero che all'interno di quest'ultima prospettiva convivono opinioni di critica senza quartiere alla finalità preventiva, con sequenziale auspicio per un ritorno all'idea retributiva, e quanti, pur criticando gli eccessi funzionalistici della prevenzione generale positiva, ritengono di non doversi troppo allontanare da quel paradigma, giudicandolo compatibile con istanze liberali di riforma del diritto penale. Cfr., rispettivamente, W. NAUCKE, "Schulenstreit"?, cit., p. 560 ss.; W. HASSEMER, Perché punire è necessario, Il Mulino, Bologna, 2014, 67 ss.; spec. 96. In termini, rispetto alla seconda chiave di lettura, anche G. JAKOBS, Strafrecht. A.T., De Gruyter, Berlin, 1993, II ed., § 3, Rdn. 26 ss. (nel quadro di una discussione dell'extrema ratio molto aperta alla dimensione pre-giuridica). Si resta però convinti del differenziale positivo dell'idea preventiva, apprezzabile anche al fine di un contenimento della invadenza del diritto penale nella sfera dell'autonomia sociale. Il tutto, nonostante le giuste critiche che colpiscono le sue involuzioni idealistiche. Cfr. M. Donini, «Fatto» e «Autore» nel diritto penale contemporaneo, in Scritti in onore di Giorgio Marinucci, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1525 ss.; spec. p. 1532.

razionalità politico-criminale delle proposte di revisione dello schema del diritto penale nucleare ³⁸.

Tutte però insufficienti a fugare il dubbio circa il fatto che la posta in gioco sotto l'etichetta della modernizzazione non sia in realtà l'aggiornamento delle categorie operative del diritto penale classico necessarie per rispondere in modo adeguato a nuove esigenze di tutela. Il sospetto, acuito dal fatto che quegli sforzi 'coprono' una consonante realtà già in atto, legittimandola, è infatti che, muovendosi oltre certi limiti, ciò che si vuole davvero quando si afferma la necessità di modernizzare il sistema penale e la sua politica-criminale è la messa in questione del momento della garanzia individuale incapsulata nel modello penalistico uscito vittorioso dallo scontro con l'assolutismo politico e la *Raison d'Etat* penalistica. Magari per scopi non meno nobili, che tuttavia alimentano idee politiche (criminali) e prassi (punitive) che si sono fino ad oggi dimostrate poco capaci di coniugare la dichiarata primazia dei diritti sociali con un sufficiente livello di riconoscimento dei diritti individuali.

Rapporti sui quali si sofferma con intento critico l'analisi francofortese. Compatta nel contrastare le derive del diritto penale moderno in nome della salvaguardia dei canoni sostanziali di secolarizzazione, razionalizzazione, umanizzazione e liberalizzazione della potestà punitiva statuale. Obbiettivo in vista del quale è anche ridimensionata la fiducia nelle capacità di prestazione garantistica del pensiero categoriale della dogmatica, in genere ritenuto troppo compromesso con istanze di salvaguardia della ragione interna al sistema del diritto positivo³⁹. Il tutto a beneficio di una diversa filosofia

³⁸ Per tutti G. Stratenwerth, *Il diritto penale nella crisi della società industriale, Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, p. 249 ss.; spec. p. 254 ss.; p. 260; R. Hefendhel, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymann's, Köln et a., 2002; W. Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000. Un'analisi critica complessiva si legge in B.J. Feijio Sánchez, *Sobre la «administrativización» del derecho penal en la «sociedad del riesgo»*, in *Derecho Penal Contemporáneo*, 2007, pp. 101-152.

³⁹ W. Naucke, *Î confini del diritto penale. Un abbozzo in sette tesi*, in G. Borrè, G. Palombarini (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Franco Angeli, Milano, 1998, p. 95 s. In fondo, la dogmatica è anche strumento di chiusura del sistema, perché impedisce l'infiltrazione di punti di vista ad esso esterni. Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 25 ss.; p. 53. La scienza penalistica ha fatto registrare importanti passi in avanti al fine di sterilizzare questo rischio d'auto-poiesi conservando però intatto il valore ordinante della dogmatica. Per tutti, valga il rinvio al 'manifesto di un'epoca' redatto da C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Guida, Napoli, 1991. È però vero che di fronte all'amplificazione dei tratti qualificanti la prassi della modernità penalistica e alla costituzionalizzazione dei sistemi penali, anche per

sociale, che affida la precauzione, l'organizzazione del sociale, l'etica pubblica, la virtù repubblicana e la sostanza democratica alla cura di strumenti diversi da quelli del diritto penale. Disegno che fuori da istanze di "pura ragione" è alimentato da significative aperture alla conoscenza empiricosociale, che con la sua 'scoperta' della realtà dell'autonomia dei «sottosistemi sociali» ⁴⁰ giustifica, di fronte all'idea dello scopo, «spontanee e naturali limitazioni dei fini», legittimando, di conseguenza, qualificati programmi di de-criminalizzazione attraverso il richiamo alla necessità di una tutela effettiva dei beni giuridici che proprio la ritrazione della pena è in grado di meglio conseguire ⁴¹.

2.1. Caveat

Nonostante la frammentata articolazione del quadro argomentativo, il dibattito innescato dai processi di mutazione degli scopi e della prassi del diritto penale contemporaneo ha sempre più spesso rappresentato, specie nella dottrina di lingua spagnola, uno scontro 'a due': una specie di 'singolar-tenzone' tra la Scuola di Francoforte, identificata come la più solida propugnatrice del ritorno ad un modello liberale e non politicizzato del diritto penale, e il 'resto del mondo' della riflessione penalistica, che invece coltiva, seppur in diversa misura, idee non affini circa la natura della potestà punitiva e di certo non impermeabili alla ragione politica. 42

lo stile argomentativo/giusnaturalistico che ciò impone, la capacità prestazionale del pensiero critico/sistematico conosce precoci effetti d'obsolescenza/inefficacia.

⁴⁰ P.-A. Albrecht, *Erosione del diritto penale dello Stato di diritto*, in G. Borrè, G. Palombarini (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 105.

⁴¹ W. NAUCKE, I confini del diritto penale, cit., p. 101; p. 104.

⁴² La dottrina spagnola si distingue per l'estensione, la frequenza e l'intensità del confronto con le analisi formulate sulle sponde del Meno. Anche l'esperienza italiana è segnata dalla contrapposizione tra i fautori di un diritto penale minimo e quanti invece criticano aspramente questo 'riflusso' della potestà punitiva entro l'alveo del garantismo classico. Cfr., rispettivamente, L. Ferrajoli, *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene,* 1985, n. 3, p. 493 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1999, p. 802 ss. Si veda anche la sintesi critica delle rispettive ragioni che si legge in M. Pavarini, *Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"?, Dei delitti e delle pene,* 1998, n. 3, p. 125 ss. La dicotomia tra 'vecchio' diritto penale liberale, nella forma aggiornata del diritto penale minimo, e le istanze di legittimazione di un diritto penale 'finalmente' moderno percorre anche la dottrina di lingua spagnola, che nel panora-

In breve. Il «discorso sulla modernizzazione» della seconda opposto al discorso «di resistenza alla modernizzazione» della prima ⁴³.

Si tratta di una lettura senz'altro riduttiva. Non foss'altro che per le differenze, spesso marcate, che sussistono all'interno della Scuola di Francoforte, la cui interna diversificazione sembra sfuggire all'iper-semplificazione imposta da termini dicotomici⁴⁴. Tuttavia, si tratta di una opposizione non priva di utilità sul piano strumentale: quantomeno perché consente di organizzare utilmente l'esposizione di alcuni punti essenziali del vivo confronto in atto sulla realtà e sui destini dei sistemi penali moderni.

3. Il diritto penale moderno nel pensiero della Scuola di Francoforte

La strada che porta al cuore della critica di una larghissima parte della prassi penalistica contemporanea, può dirsi segnata dall'ampia riflessione dedicata a questi temi da Winfried Hassemer⁴⁵. Un maestro del pensiero

⁴³ L. Gracia Martin, La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estato de Derecho, in Revista de derecho penal y Criminologia, 2010, n. 3, p. 27 ss.

ma comparatistico si segnala per prese di posizione che, oltre ad essere particolarmente critiche nei confronti della prima proposta, non si sottraggono all'onere di definire l'architettura di un diritto penale che, si dice, nel pieno rispetto delle garanzie, non esclusa *l'extrema ratio*, sappia farsi carico della complessità sociale del moderno, e delle ritenute necessità del suo progresso. In particolare modo si veda la vivace ed articolata analisi. L. Gracia Matín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la critica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003. Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 139. Opera oggetto di particolare attenzione, a sua volta critica, da parte di autori che vedono con occhio assai meno malevolo l'idea che «gli strumenti penali debbono essere maneggiati con estrema prudenza», favorendo l'impiego di altri idonei strumenti di tutela dei beni giuridici accanto alla giustizia penale». Così W. HASSEMER, *Introduzione*, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 4 s. V., tra gli altri, F. Muñoz Conde, *Ricordo di Winfried Hassemer*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 561 ss.

⁴⁴ «La particolare intensità dei nostri scambi di opinione [...] ha sempre destato sorpresa», portando i nostri colleghi stranieri a chiedersi «come potessimo in realtà andare d'accordo a Francoforte» considerata la così netta distanza tra le nostre opinioni. Cfr. W. HASSEMER, *Introduzione*, cit., p. 4.

⁴⁵ La summa si legge in W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht,* Müller, Heildelberg, 1999. È però vero che molte delle posizioni qui espresse sono state successivamente attenuate. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario,* cit. La mutazione più evidente riguarda l'interpretazione del ruolo dello Stato nella prassi politico-criminale. La sua compiuta transizione democratica giustifica la sua funzione di «partner» ed «alleato» della società nella sua ricerca di sicurezza. Immutata resta però la critica di fondo all'abuso della

critico anti-funzionalistico, che nel panorama comparatistico risalta anche come contraddittore elettivo di quanti contestano la legittimità di una riduzione del diritto penale a quelle dimensioni nucleari che gli sono conferite dalla sua limitazione alla punizione dei pochi delitti naturali che offendono interessi individuali.

Motivo che giustifica il taglio della presente indagine, che dunque segue una personalizzazione che non sorprende ⁴⁶.

Si tratta infatti di un autore che, per ampio riconoscimento, rappresenta un campione del «discorso resistenziale» opposto al trionfo della modernità penalistica e della sua ragione strumentale. Contro la quale si rivendicano il perdurante significato dell''antica' idea del diritto penale liberale dello stato di diritto, i valori personalistici ad essa sottesi e l'empiria come argine all'irrazionalità politico-criminale ⁴⁷. Il tutto allo scopo di assicurare equili-

potestà punitiva. Cfr. W. Hassemer, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. Donini, M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bup, Bologna, 2011, p. 59 ss.; spec. p. 71 s.; p. 78. Diametralmente opposta è l'opinione di W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della prevenzione: illustrazione con intento critico, ivi*, p. 79 ss. a parere del quale fin dai tempi di Hobbes «il diritto penale della sicurezza [...] è uno strumento di potere autoritario, pronto alla violenza». Tale carattere non è mai più venuto meno. «Pertanto è indifferente se esso operi a servizio di una monarchia, di una dittatura o di una democrazia».

⁴⁶ Si consideri infatti che dei tre *Framers* della Scuola, Hassemer è l'autore che coltiva la propria vocazione critica con maggior vicinanza ai metodi e alle sensibilità dominanti nel discorso scientifico sul diritto penale: approfondito dai fautori di un «metodo [ancora] aristocratico» a sfondo positivistico, estraneo al neo-giustaturalismo nauckiano e alla complessa concettualità empirico-sociale di Lüderssen. Cfr. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., p. 121 ss. Per la citazione e per un'articolata ricostruzione dello 'stato spirituale' della scienza penalistica contemporanea cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁴⁷ W. HASSEMER, Introduzione, cit., p. 4. V. anche C.E. Paliero, La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale, ivi, p. 239 ss.; spec. p. 256 ss. Il punto merita una chiosa, dato che all'empiria può essere attribuito un duplice significato. Quello di insieme di conoscenze afferenti ai meccanismi causali che presiedono all'ordine e all'anomia sociale, il cui controllo attraverso la legge è strumentale a garantire la prima sterilizzando la seconda; o, in alternativa, può essere intesa come insieme dei saperi relativi alle modalità, che non sono solo di natura causale, con cui l'ordine emerge dal disordine in modo spontaneo. Conoscenze che, in conformità alla tradizione dello Stato di diritto, veicolano all'interno del discorso penalistico, quale «scienza sociale rappresa», limiti all'azione della legge penale positiva; perlomeno di quella il cui compito non sia fissato al di là della garanzia delle condizioni di pacifica coesistenza delle sfere di libertà dei cittadini. Cfr. W. HASSEMER, Einleitung. Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht, (hrsg) ID., Sozialwissenschaften im Strafrecht, Luchterland, Frankfurt am M., 1984, p. 9 ss. (anche per la citazione). Sui rapporti tra stato di diritto e diritto degli ordini spontanei della società v. invece, F. von HAYEK, Legge, legislazione e libertà, Il Saggiatore, Milano, 1982, p. 48 ss.; p.93 ss.

bri penalistici responsivi all'idea che la libertà può essere preservata solo considerandola come un principio supremo che non può essere sacrificato in nome di vantaggi particolari ⁴⁸.

Opinione non condivisa da quanti invece ritengono quelle proposte, che criticano con accenti non privi di ideologia ⁴⁹, autentiche portabandiera del ritorno ad un non più tollerabile passato: in specie ad un modello penalistico discriminatorio, bollato dai suoi critici come epifania sociale neoliberista; tra le cui tantissime colpe andrebbe quindi aggiunta anche l'ombra di calpestare l'eguaglianza di fronte al diritto penale e di ignorare la fondamentale istanza democratica della politica-criminale ⁵⁰.

La scuola di Francoforte, di cui Hassemer è stato uno degli animatori ⁵¹, viene così accostata all'*Ur-Begriffe* della contemporaneità, che, tuttavia, per curioso paradosso, i fautori della modernizzazione penalistica eleggono a proprio idolo polemico, giudicandola scheggia di una deprecabile esperienza: dura a morire, nonostante i molti guasti già prodotti dal suo corso storico ⁵². Consistenti nell'esaltazione dell'egoismo individuale come forza che muove l'universo se lasciato libero d'agire senza freni, e nella presupposta critica ad ogni forma di intervento attivo dello Stato nel sociale, quando non all'idea statuale *tout court*.

Un regresso al Naturzustand dominato dalla legge del più forte.

Termini marcati, che non si esita però ad utilizzare per esecrare le derive ultra-individualistiche che si ritiene segnino il modello politico e sociale dominante.

⁵⁰ B. Schünemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutsche Strafrechtswissenschaf, in GA, 1995, p. 201 ss.

⁴⁸ Questa eco del pensiero critico della scuola di Francoforte è molto netta nelle pagine di F. Stella, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001. Ampia valorizzazione ha ricevuto anche nella riflessione di Luciano Eusebi. Cfr., ad esempio, l'agile sintesi che si legge in L. Eusebi, *Introduzione*, in K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, in L. Eusebi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005.

⁴⁹ Cfr., M. Donini, *Il volto attuale*, cit., p. 138, nt. 89 e 90.

⁵¹ È impossibile dar qui conto dei termini di un dibattito profondo ed articolato, che conosce evoluzioni interne non banali. Per un primo approccio è sufficiente la lettura complessiva e sinottica di W. NAUCKE, W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, Fortschritte im Strarfrecht durch die Sozialwissenschaften, Müller, Heildelberg, 1983.

⁵² Il quadro delle critiche conosce anche posizioni più ponderate. Ad esempio, in Italia – cfr. M. Romano, *Razionalità, codice, e sanzioni penali,* Amicitae pignus. *Scritti in ricordo di Adriano Cavanna,* vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1885 ss.; spec. p. 1891 s. –; in Germania – C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* Beck, München, 1997, III ed., § 2, Rdn. 25 ss.; spec. 29 ss., come in Francia. Cfr. A. Garapon, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia,* Cortina editore, Milano, 2012, spec. p. 127 ss.

Fatto di per sé stigmatizzabile, viene da osservare, per il suo intrinseco disvalore, che si presenta immutato qualunque sia la prospettiva razionale dal quale si intende denunciarlo⁵³. Anche il pur sobrio ordine liberale non può infatti tollerare che i suoi conflitti siano composti con il peso della forza e soffocati dalla dominanza sull'inerme nella totale assenza della legge⁵⁴, posto che, diversamente opinando, è pesantissimo il sacrificio che s'impone alla prosperità del suo ordine. Il suo diritto penale non può dunque dismettere il compito di tutelare l'individuo contro la frode, la violenza e la sopraffazione delle regole della spontanea organizzazione della prassi sociale.

Una critica 'gius-naturalistica' alla quale si aggiunge, ancora nella specifica prospettiva della politica penale, l'ulteriore e ancora più netto rifiuto a concedere ogni patente di legittimità ad un diritto penale che sotto l'apparente richiamo alla sua assoluta neutralità rispetto al conflitto sociale, esprime, in realtà, un netto giudizio di valore a favore di un ordine asimmetrico, senza legge dello Stato. Premessa cui consegue, fuori da ogni astrazione, non soltanto il tradizionale apprestamento di una robusta tutela a favore di chiunque risulti vincitore, come dimostrano i fatti della vita, nel libero gioco del potere (sociale, politico, economico), dove si selezionano i più adatti ⁵⁵, ma, addirittura, la pretesa di mettere in campo la forza coercitiva della legge

⁵³ Si tratta di una 'accusa' diffusa e particolarmente coltivata anche da W. NAUCKE, *Der Begriffe der politischen Wirtschaftsstrafrecht*, Lit, Berlin, 2012.

Nonostante sia vero che per lungo tempo la legge positiva ha difeso e perpetuato «vergognose diseguaglianze», è però altrettanto vero che al «termine di battaglie durate secoli e aspramente combattute» in nome della persona e delle sue libertà, lo *ius (scriptum) europeum* «ha demolito alcune di quelle mostruose disparità», con la «liberazione dello schiavo, del sotto-casta, del credente, della donna, del fanciullo». Così R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 107; p. 109.

⁵⁵ Il tema del ruolo della teoria naturalistica dell'evoluzione e della sua narrazione nelle dinamiche della politica-criminale fino a tutti gli anni '30 del secolo scorso meriterebbe un'autonoma indagine; di ampio respiro comparatistico ed attenta a non sciogliere i nodi che avviluppano la scienza penalistica con la cultura del suo tempo. Qui è sufficiente sottolineare la malfamata nomea con cui quell'idea, e sopratutto la sua retorica, si presenta nelle pagine della penalistica contemporanea, che la descrive all'opera in alcune delle pagine più oscure del diritto penale contemporaneo. Cfr. T. Vormbaum, Storia moderna del diritto penale tedesco, Cedam, Padova, 2013, p. 161 ss.; p. 258; p. 265 s.; p. 281 s. V. anche F. Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, spec. p. 95 ss. Nell'attesa, si può però evidenziare che questa critica senza sconti colpisce la distorta rappresentazione di uno dei tratti che fin dal tempo dell'illuminismo (Mandeville, Hume, Smith, Beccaria, ecc.) qualifica in senso liberale il funzionamento degli ordini spontanei della convivenza, rappresentando, di conseguenza, un presidio insostituibile contro gli arbitri della potestà punitiva. Per tutti F. von HAYEK, Legge, legislazione e libertà, cit., p. 32 ss. «Orden no es una presion que desde fuera se ejerce sobra

contro chi resiste, per propria scelta o natura, alla normalizzazione prodotta dall'ordinario funzionamento di quel modello d'ordinamento sociale ⁵⁶. Esito che alla critica deontologica aggiunge una nota di irragionevolezza che uno stato costituzionale è tenuto a censurare.

4. Anche la mancata modernizzazione del diritto penale è colpa del neoliberismo?

Quanto detto giustifica la lotta razionale contro ogni forma di riduzionismo penalistico e minimalismo politico-criminale. Esiti che, si sostiene, di quelle idee sono il frutto avvelenato e, al contempo, il volano necessario della loro affermazione pratica⁵⁷.

Impegno in cui si è distinta una parte della dottrina di lingua spagnola, che inseguendo senza quartiere quelle idee ne ha avversato il fondamento e le relative prassi, per il tramite della sua critica alla teoria del diritto penale elaborata nelle aule francofortesi.

Il tutto a partire dalla negazione della sostenibilità dell'opposizione, costitutiva dell'immagine che il mondo ha della Scuola di Francoforte, tra il diritto penale moderno e la sua esperienza classica: tra il garantismo di quest'ultimo e la cruda esperienza efficientistica del primo ⁵⁸.

la sociedad, sin un equilibrio quel se suscita en suo interior». J. Ortega y Gasset, Mirabeau o el politico, (1972), Obras Completas, vol. III, Alianza Editorial, Madrid, 1947, p. 603.

٠

The Illusion of Free Market, Harvard University Press, Cambridge, 2010 che, avendo dalla sua dati fattuali indubbi, argomenta una opposizione a tutto campo alla filosofia sociale contenuta in nuce nella potente elaborazione gius-economica della c.d. Scuola di Chicago (Ronald Coase, Richard Posner, Gary Becker, Milton Friedmann, ecc.).

⁵⁷ Questa diffusa opinione deve però fare i conti con l'osservazione di chi ritiene che il selettivo intervento del diritto penale in materia economica è imposto, in primo luogo, da un argomento empirico, ricavato dall'osservazione dello spontaneo funzionamento del nucleo dell'economia di mercato e dalla complessità delle sue dinamiche. Cfr. W. HASSEMER, *Die Basis der Wirtschaftsstrafrecht, Wistra*, 2009, p. 169 ss. V. anche C.E. Paliero, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezza? Prove libere di psicopolitica criminale*, in M. Donini, M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bup, Bologna, 2011, p. 313 (che ritiene «le regole economiche come tali [...] impermeabili cognitivamente non solo al *quivis de populo*»). Osservazioni alle quali la politica-criminale non sembra poter fare efficacemente fronte limitandosi ad invocare, quale giustificazione di interventi punitivi, valori che obbligano ad ignorare la durezza di questi fatti bruti.

⁵⁸ V. anche S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2013, p. 1093 ss. che ben mette a fuoco i molti guasti prodotti dall'efficientismo penale ritenuto figlio

Vi ostano, come si dice, alcune ragioni storiche.

In primo luogo, sussiste robusta evidenza del fatto che il diritto penale classico non ha affatto disdegnato d'assolvere compiti di estesa prevenzione sociale ed individuale, perseguendo scopi e ricorrendo a tecniche che si ritengono proprie del criticato diritto penale moderno ⁵⁹.

D'altra parte, si osserva ancora, la tenuta di quella distinzione è travolta dal deperimento al quale è andato storicamente incontro lo Stato di diritto liberale. La cui esperienza deve ritenersi ormai esaurita a beneficio di modelli di obbligazione politica e costituzionale che incorporano quali propri elementi costitutivi istanze social-democratiche con forti componenti solidaristiche che superano la concezione atomistica dell'individualismo ottocentesco. Quanto basta a sottrarre l'impegno per la modernizzazione del diritto penale, che risulti incanalata lungo tali direttrici, da ogni sospetto d'arbitrarietà.

4.1. Un inciso

Ad essere così descritta è una mutazione epocale che supera di slancio l'intera esperienza dello Stato guardiano-notturno che vigila sulla società affinchè le forze di quest'ultima restino a riposo. 61

Una visione conservatrice dei rapporti sociali (*id est:* ultra-liberale?) delegittimata dai progressi politici, sociali ed istituzionali conquistati sul campo dall'idea democratica: così divenuta custode d'ultima istanza di un ordine sociale interamente rinnovato, il cui cui dinamismo, se si guarda

anche dell'ideologia del «neo-liberismo». In senso analogo, G. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1654-1694, che fa propria l'idea che a pesare sulla trasformazione del diritto penale nell'*unica ratio* siano anche le «politiche neo-liberiste dominanti il mercato». Conforme è l'opinione di D. Garland, *La cultura del controllo*, Il Saggiatore, Milano 2004 (maturata a partire da osservazioni di quella ideologia *in action*).

⁵⁹ Si vedano L. LACCHE', La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 2007, p. 623 ss.; T. VORMBAUM, Storia, cit., p. 90 ss.

⁶⁰ L. Gracia Martin, La modernización, cit., p. 60.

⁶¹ Un'ampia e significativa indagine sulle mutazioni prodotte sulla qualità e quantità della legge penale, e nella sottostante sensibilità politico-criminale, dall'avvento dello Stato sociale di diritto è quella di C.E. Paliero, *Minima curat praetor*, Cedam, Padova, 1985, p. 95 ss.

302 Gabriele Marra

anche la storia, giustifica però sia la reazione contro il formalismo delle garanzie proprio dell'esperienza dello Stato di diritto liberale, giudicato insufficiente a dar conto dei bisogni di protezione sociale contro l'arbitrio, sia l'interdetto pronunciato, sul piano politico-criminale, contro l'esclusività di un modello di tutela penale incentrato sulla statica tecnica di incriminazione del reato di danno con scopi di tutela dei diritti soggettivi. Ben altri, e assai più comprensivi, sono infatti i fini ai quali è chiamato il «diritto penale sociale» 62. Diverse, di conseguenza, devono essere, oltre alla scala delle priorità dell'intervento statuale, anche le tecniche di tutela dell'effettività di questi compiti, che a differenza della tradizione dovranno assicurare tutta la variabilità e la flessibilità necessarie per far fronte ai nuovi compiti proattivi assunti della organizzazione statuale: il cui regno può dirsi inaugurato dall'abolizione del bando politico che lo Stato liberale aveva invece decretato nei confronti di interventi preventivi diversi dalla statuizione di divieti d'azione coercitivamente presidiati. Infatti, se per lo Stato liberale, e per la sua teoria del diritto penale, ogni concessione ulteriore in termini di azione anticipata rispetto al fatto era da ritenersi inammissibile, risolvendosi in un non tollerato aumento della presenza sociale della coazione statuale, per la politica dello Stato sociale tali interventi sono co-estensivi alla sua funzione di garante di un ordine comunitario pacificato nel segno dell'eguaglianza sostanziale e della solidarietà 63.

Ordine che altresì s'erge a primo garante dei diritti individuali, traslando ogni questione afferente la legittimità dell'intervento, anche punitivo, nella sfera politica ove si decide della sua necessità. Convergenza pericolosa, che dello Stato sociale costituisce però elemento costitutivo; poco trattenuto da eventuali vincoli di riserva di legge, come tipicamente avviene in relazione all'esercizio della potestà punitiva, considerato che, una volta venuta meno – per scelta apicale – l'impossibilità di considerare l'individuo come una parte autonoma del tutto sociale, la legge altro non è che il mezzo neutrale di attuazione di quel disegno: priva, dunque, di forza critica rispetto ad eventuali eccessi nella programmazione politica dell'intervento giudicato necessario ⁶⁴.

⁶² M. SBRICCOLI, «Il diritto penale sociale» (1855/1912), Quaderni fiorentini per la storia de pensiero giuridico, 1974/1975, p. 557 ss. V. anche T. TOMBOLINI, Storia, cit., p. 280.

⁶³ F. ANGIONI, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, Giuffrè, Milano, 1983, p. 82 s.; nt. 26; spec. p. 83.

⁶⁴ La questione continua a non passare inosservata. È stata particolarmente approfondita, con accenti molto critici, a proposito dell'introduzione della responsabilità penale delle

Il tutto a differenza di quanto accade nell'esperienza dello Stato di diritto, ove la legge penale è intesa come istituzione che limita lo spazio decisionale della politica a beneficio dell'individuo, segnando l'autonomia del giudizio sulla legittimità rispetto a quello della necessità di pena ⁶⁵. In senso contrario non vale richiamare la sclerotizzata prassi degli Stati liberali che sul finire del XIX secolo hanno inteso e praticato il vincolo legale in termini assai meno garantistici, senza disdegnare di avocare nelle proprie mani il potere esclusivo di giudicare la legittima necessità della legge ⁶⁶. Circostanza che non intacca, però, il genetico individualismo della filosofia sociale dello Stato di diritto, né il dover-essere che si ricava dalla sua idealità quale criterio di contenimento delle sue distorte prassi ⁶⁷.

Il «discorso sulla modernizzazione», che al modello dello Stato-sociale interventista si richiama esplicitamente, condivide anche il nucleo di verità che ne caratterizza la sottesa filosofia della società: il cui merito può essere posto sotto il segno dell'espansione delle competenze sociali dell'ordine gerarchico della legge e dei suoi apparati di amministrazione contro gli abusi del libero agire individuale ⁶⁸, ed interpretato, al di là dei progressi e delle mutazioni imposte dalla storia, come una radiazione fossile ancora viva nel tempo presente, le cui istituzioni, sopratutto europee, si fanno vanto d'essere eredi di quell'alta tradizione ⁶⁹.

persone giuridiche, da L. Gracia Martin, *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penale de la persona juridica*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-05, 2016. Forte sostenitore della necessità di modernizzare il sistema penale, ma critico senza sconti di quella che, anche a livello comparatistico, costituisce un'autentica rivoluzione copernicana nella vita dei sistemi penali europei. Ipotesi alla quale l'autore rimprovera, oltre ad un eccesso di costruttivismo, anche l'incompatibilità con la dimensione eticizzante in cui si colloca la natura del giudizio di responsabilità. Sul primo punto si può registrare l'accordo con W. Hassemer, *Produktverantwortung*, cit., p. 60. In senso critico, contro gli eccessi di de-naturalizzazione delle categorie penalistiche e delle scelte di criminalizzazione, cfr. B. J. Fejio Sánchez, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Universidad Externado, Bogotà, 2007, spec. p. 10 ss.

⁶⁵ W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZStW*, 1982, p. 525 ss. V. anche D. Pulitano, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2015, 6 ed., p. 22.

⁶⁶ A. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà*, Il Mulino, Bologna 2004, spec. p. 119 ss.

⁶⁷ Cfr. W. NAUCKE, Negatives Strafrecht, cit., passim.

⁶⁸ F. Angioni, *Contenuto*, cit., p. 83.

⁶⁹ Appartiene a quella tradizione anche la durezza dell'intervento punitivo. M. SBRIC-COLI, «Il diritto penale sociale», cit., passim; F. Muñoz Conde, Política criminal y dogmática jurídico-penal en la Repùblica de Weimar, in www.cervantesvirtual.es (consultato il 25 agosto 2016).

Concludendo. Nonostante tutte le cautele, nel «discorso sulla modernizzazione» del diritto penale, sviluppato secondo i dettami funzionali ed ideali dello stato sociale di diritto, non può ritenersi affatto neutralizzato il rischio – che appartiene a quell'esperienza, come il pericolo di assetti discriminatori incombe sulla tradizione liberale – di eccessi securitari a scopi sociali nella fondazione della potestà penale legittima, discapito delle libere scelte d'azione ⁷⁰.

Circostanza che qui interessa perché gravida di implicazioni potenzialmente funeste tanto per le ragioni della libertà individuale, quanto dell'autonomia della società: sopratutto, nei casi in cui il pur possibile funzionamento della coordinazione individuale decentrata venga neutralizzato da interventi di conformazione finalistica da parte dello Stato sociale 71. Con la conseguenza immediata di assistere alla proliferazione di un diritto penale non necessario. Infatti, se al diritto penale è rimesso il compito di agire in campo anticipato, per scopi organizzativi di assetti dall'alto giudicati ottimali, allora deve ritenersi giustificato il suo intervento diretto su ciascuno dei possibili fattori eziologici del danno potenziale, in un orizzonte in cui non è più possibile distinguere tra politica penale e politica sociale. Evenienza che il liberalismo esclude e che invece la democrazia penale guarda con un certo favore.

4.2. Le vie della riforma

Se non si dà troppo peso a questo inciso, si può convenire sul fatto che la dicotomia tra una modernizzazione sociale funesta e una tradizione liberale buona non regge all'impatto della critica, specie se storicizzata⁷².

⁷⁰ Un'ampia analisi critica delle implicazioni espansive dell'affermarsi di una politicacriminale ispirata da estesi doveri pubblici di provvidenza è svolta da F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Decker, Heildelberg, 1991.

⁷¹ L'accentramento delle competenze disciplinari nelle mani dei pubblici poteri come conseguenza della negazione dell'autonomia sociale, divenuta oggetto di necessario indirizzo, amplifica quei rischi per due motivi: in ragione degli *Istitutional Biases* che prosperano nel difetto del pluralismo – cfr. F. von HAYEK, *L'abuso della ragione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, p. 22 s.; e, sopratutto, della monopolizzazione in capo all'apparato statuale «dell'idea giusta» alla quale ispirare la disciplina dei rapporti sociali. Cfr. I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989, p. 245.

Come non regge l'utilizzo della formula liberistica per etichettare, negativamente, letture votate alla messa in discussione dell'ipertrofia penalistica, a favore di un ritorno a modelli nucleari di diritto penale. Cfr., F. Turatti, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Unione autori-editori, Milano, 1883, p. 21, che plaude alla «proposta

I fautori della modernizzazione, ritenendo di poter superare quella strettoia, guadagnano così una posizione di vantaggio strategico nei confronti dei sostenitori delle opposte tesi⁷³.

Hanno quindi buon gioco nel rilanciare le ragioni della modernità penalistica che, a loro dire, si concreta anche nella legittimazione dei reati di pericolo astratto, della moltiplicazione dei beni giuridici super-individuali, della flessione della legalità, connessa ad un sistema penale trasformato in garante dell'effettività dei risultati di programmi di prevenzione. A maggior ragione se le opposte tesi vengono passate al setaccio della griglia teleologica propria dell'impianto costituzionale dettato da quello Stato prestazionale in cui si ritiene evoluto – sostituito ?- l'antico Stato liberale (art. 3/2 Cost. italiana e 9/2 Cost. spagnola)⁷⁴. La cui attività di programmazione interventistica, definita in vista di obbiettivi di costante avanzamento dei legami sociali e della loro qualità, necessita, data la varietà delle circostanze, di frequenti adattamenti nella definizione delle condizioni della sua effettività. Esigenza che si traduce anche nel ricorso a fattispecie incriminatrici sufficientemente ampie per poter far fronte alle frustrazioni sostanziali del programma originario che dovessero emergere nel corso della sua implementazione. Necessità che d'altra parte spinge altri protagonisti del sistema, pur a fronte dell'astratto vincolo tipologico proprio dell'intervento penalistico, a farsi parte attiva nell'attenuarne la capacità di frizione rispetto allo scopo 75.

4.3. Realtà al di là dei valori

Quelle appena descritte sono evenienze fisiologiche nel fuzionamento del modello ordinatorio della sicurezza sociale, il cui impatto sulle ragioni

liberista» dei Sostitutivi penali di Enrico Ferri. Nel senso qui criticato («ultra-liberale» = «perverso e regressivo») si veda, invece, L. Gracia Martin, Concepto categorial teleólogico y sistema dognático del moderno derecho penal económico y empresarial de los poderosos, In Dret, www.indret.com., 2016, p. 23; Id., La modernización, cit., p. 43. In questo senso v. anche G. Marinucci, E. Dolcini, Diritto penale «minimo», cit., p. 802.

⁷³ In termini anche W. NAUCKE, *I confini del diritto penale*, cit., p. 96 s.; p. 101.

⁷⁴ J. TERRADILLOS BASOCO, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, n. 63, p. 123 ss.; spec. p. 125 ss.; S. SOTO NAVARRO, La protección de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada, 2003, p. 244.

⁷⁵ Volendo, si veda quanto osservato in G. MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata nell'era del «disincanto» penalistico*, in *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2013, p. 273 ss.

della libertà non può essere parimenti negato. Né rimediato, per vero, osservando che l'auspicata modernizzazione del diritto penale, patrocinata nel segno dello stato sociale, conserva comunque intatte le tradizionali garanzie penalistiche. Non si può infatti tacere, in senso contrario, l'obsolescenza che incontra il loro valore di garanzia sostanziale se evocati al di fuori dell'individualismo che ne marca la razionalità genetica ⁷⁶.

In un simile scenario, il *virus* dell'incertezza, con il connesso rischio di criminalizzazioni *ex post*, è infatti coessenziale alla legalità originaria dell'intervento penalistico.

Una politica criminale che voglia essere coerente con quelle sue scelte di principio difficilmente potrà infatti anche solo immaginare di presidiare i suoi dinamici programmi di organizzazione sociale con fattispecie il cui tipo è rigidamente selezionato *ex ante*⁷⁷. D'altra parte, l'inerenza di tali scelte di criminalizzazione a visioni pro-attive dei compiti statuali certifica l'appartenenza delle relative fattispecie a quella che recentemente è stata definita come «legalità penale positiva», dove a farla da padrona è la logica

⁷⁶ Da questo punto di vista il principio di *extrema ratio* riveste la funzione di gradiente idoneo a misurare le diverse forze 'sostanziali in campo'. Pur oggetto di comune riconoscimento, dagli uni è inteso in termini assai lati, se è vero che in suo nome si giustifica il 'travaso' di larga parte del diritto amministrativo di polizia in materia economica, ambientale, sociale ecc. nel contenitore del diritto penale modernizzato dato che, si osserva, in fin dei conti, quest'ultimo, indirizzandosi solo ai rei è meno invasivo e più liberale di un capillare sistema di misure gius-amministrative che invece si rivolgono a tutti. Cfr. L. Gracia Martin, La modernización cit., p. 64.; ID., Prolegomenos, cit., p. 155 s. (che oltre a Gimbernat Ordeig e Romeo Casabona include Klaus Tiedemann nell'elenco dei 'modernizzatori'); K. Tiedemann, Strafrecht in der Marktwirtschaft, Festschirft für Walter Stree und Johannes Wessels, Heildelberg, 1993, p. 527 ss (per l'esposizione della tesi da ultimo citata). Sulle sponde del Meno quella tesi viene invece radicalmente contestata proprio sulla base del principio di extrema ratio, che interpretato in senso liberal-individualistico, secondo una radice costituzionale profonda, impedisce di giustificare misure restrittive della libertà in presenza di alternative, sulla base degli effetti deteriori ipoteticamente prodotti da queste ultime su soggetti diversi dai destinatari delle stesse. C. Prittwitz, Garanzie di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale?, in G. Cocco (a cura di), Per un manifesto del neoilluminismo liberale, Cedam, Padova 2016, p. 53; p. 55. Per la costruzione di tale interpretazione costituzionale dell'extrema ratio si veda l'indagine monografica del francofortese C. TRENDELENBURG, Ultima ratio?, Peter Lang, Frankfurt am M., 2011, spec. p. 76 ss.; p. 263 ss. Sullo statuto costituzionale del principio in esame v. anche W. HASSEMER, Perché punire è necessario, cit., p. 153 ss. In senso critico sulla funzionalità dello stesso allo scopo di contenere l'inflazione penalistica, per le eccessive compromissioni con la logica politica che ne caratterizza la teoria e la prassi, si veda, invece, W. NAUCKE, Negatives Strafrecht, cit., 128 ss. ⁷⁷ F. von HAYEK, *La via della schiavitù*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2011.

di strumentalità agli scopi di politica-criminali delle scelte di criminalizzazione formalizzate⁷⁸.

Non solo. A complicare il quadro concorre il fatto della dispersione finalistica che dovrebbe essere propria in termini di nettezza teleologica delle singole fattispecie incriminatrici. La cui specifica projezione di salvaguardia, in teoria garantita dal bene giuridico protetto, risulta diluita nel riferimento a macro-interessi a fronte dei quali riesce impossibile distinguere tra oggetto e *ratio* di tutela ⁷⁹. Con il risultato di svilire un momento significativo per la tenuta della garanzia della legalità in sede applicativa, ove l'evanescenza del bene tutelato, una volta che ne sia stato sradicato il fondamento individualistico, autorizza ogni soluzione ermeneutica: senza che si possa peraltro invocare, con credibili probabilità di successo, il limite empirico dell'adeguatezza allo scopo della soluzione interpretativa prescelta. Lo impedisce, ad esempio, l'ossatura presuntiva dei reati di pericolo astratto, che tanta parte giocano nell'attuazione della politica criminale dello Stato sociale. Una volta inglobata entro questo schema, a patto di vedere assicurata la base di ragionevolezza del così statuito dovere di obbedienza, la verifica di adeguatezza in parola perde, prima, ogni connotato empirico, il cui rilievo si esaurisce nella decisione del legislatore, per poi smarrire ogni autonomia rispetto al risultato dell'operazione di sussunzione del fatto nella norma astratta ricavata dall'interprete dalla disposizione dettata dal legislatore.

Quanto basta a dimostrare la convenienza rispetto allo scopo dell'interpretazione prescelta 80.

5. La (vera) posta in gioco

Quanto sin qui osservato pare sufficiente per confermare l'impressione che, fuori da ogni ideologia, il vero obbiettivo del «discorso sulla modernizzazione» non è tanto quello di garantire la costante capacità del sistema penale di adeguarsi alle necessità del suo tempo, esigenza che nessuno pare mettere seriamente in discussione. I suoi fautori ambiscono infatti a risultati

⁷⁸ W. NAUCKE, Negatives Strafrecht cit., p. 94 ss.

⁷⁹ Per una recente messa a fuoco di questo punto, in relazione alle riforme che hanno interessato l'art. 2621 c.c., tacciate, fino al 2015, di troppo concedere all'immunità dei soggetti di mercato v. L. Monaco, *Diafanie (o distonie) del falso in bilancio,* 2017, 1 ss.; spec. p. 10 ss. (del manoscritto in corso di pubblicazione)

⁸⁰ W. NAUCKE, Negatives Strafrecht, cit., p. 32 s.

308 Gabriele Marra

assai più ambiziosi rispetto alla possibilità di elaborare soluzioni nuove ma rispettose delle tradizioni.

Scontando in premessa il fatto che la logica binaria e la struttura personalistica del sistema penale patiscono l'esistenza di strutturali limiti di adeguamento ai bisogni di una realtà che si fa sempre più complessa e impersonale, ciò che ha di vero è invece la possibilità di costruire un nuovo accordo sui limiti di congruità del costo da pagare per l'auspicata modernizzazione dell'intervento punitivo. Il cui valore non si può certo identificare con lo *slogan* di chi vuole sempre più diritto penale e, al contempo, un diritto penale sempre migliore (in termini di efficienza) ⁸¹.

6. La dialettica interna alla dottrina spagnola sulla modernizzazione del diritto penale. L' extrema ratio come banco di prova

La dottrina spagnola non ha mancato di sottolineare la dinamica espansionistica che caratterizza l'esperienza del diritto penale contemporaneo ⁸², cogliendone l'effetto annichilente per le sorti del principio di *intervención mínima*

Criterio attorno al quale si polarizzano i positivi giudizi di una larga parte della dottrina⁸³, la cui voce attesta anche l'inerenza dell'*extrema ratio* al cuore pulsante della proposta illuministica di riforma del potere punitivo⁸⁴: così riconoscendone il perdurante valore per le sorti delle libertà individuali⁸⁵, dato il rilievo che quella filosofia politico-sociale – sebbene formulata nel lontano XVIII secolo – ancor oggi riveste nel fondare l'*ethos*

⁸¹ La tesi deve fare i conti con un altro dato, fissato dall'osservazione dell'aumento degli spazi sociali di competenza della regolazione pubblica, la cui diffusione si riverbera negativamente sulla tenuta di istanze minimalistiche in ragione degli *input* di criminalizzazione che quella saturazione produce anche nell'economia di una potestà punitiva che si autorappresenta come sussidiaria rispetto all'universo extrapenale. T. Vormbaum, «*Politisches*» Strafrecht, zstw, 1995, p. 734 ss.

 ⁸² J.M. SILVA SANCHEZ, L'espansione del diritto penale, Giuffrè, Milano 2004, p. 5 ss.
 ⁸³ F. Muñoz Conde, M. Garcia Aran, Derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, V ed., Valencia 2002, p. 72.

⁸⁴ P. MILANESE, El derecho penale y la quiebra del principio de intervención mínima, 2008, p. 2 ss., www.unifr.ch (consultato il 2 agosto 2016).

⁸⁵ J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale* cit., p. 3 («mai come in quest'ultimo decennio [...] si era sentito parlare tanto [...] della necessità di ricondurre l'intervento punitivo dello Stato ad un diritto penale minimo»). Necessità sulla quale l'autore registra la convergenza di parte autorevole della scienza penalistica italiana (Bricola, Ferrajoli, Baratta

garantistico a partire dal quale si coltiva, nel segno del limite, il percorso di legittimazione razionale dell'intera esperienza del diritto penale positivo ⁸⁶.

Discusso resta però l'esatto significato del principio in esame. Diffuso è infatti lo scetticismo in merito ai risultati sul punto conseguiti dalla scienza giuridico-penale⁸⁷; che a tutt'oggi non sembra essere riuscita ad approntare soddisfacenti definizioni dei contenuti analitici propri dei principi di *intervención mínima*, di *subsidiariedad* e di *ultima ratio:* tanto sul piano pragmatico, quanto su quello assiologico⁸⁸.

Discussa è altresì la capacità dell'extrema ratio di offrire, rebus sic stantibus, un contributo critico efficace nel contrastare le derive e/o i progressi del diritto penale contemporaneo. Si tratta infatti di un argomento spesso indicato come «debole»: perchè privo di specifico peso teoretico ⁸⁹, oltre che di capacità di vincolo normativo ⁹⁰, in quanto inidoneo, in ragione della sua astrattezza e della sua natura di mero vincolo razionale, ad opporsi efficacemente alla realtà dei bisogni di tutela che si originano a partire da questa base. La cui affermazione reclama innovazioni significative nell'impianto delle scelte di criminalizzazione e dei relativi criteri di imputazione ⁹¹.

ecc.) di cui discute le proposte elaborate per de-legittimare politiche penali ad ampio spettro di intervento.

⁸⁶ J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal Espagñol. Parte general*, Tecnos, VI ed., Madrid, VI ed., 2004, p. 124. Lettura non estranea nel suo nucleo, all'elaborazione francofortese, che tuttavia non manca di segnalare la criticità di quella esperienza. Cfr., W. Maucke, *Negatives Strafrecht*, cit., 21 s.; W. Hassemer, *Produktverantwortung*, cit., 4 ss.; spec. 6; K. Lüderssen, *Il declino*, cit., 150.

⁸⁷ J.L. DIEZ RIPOLLES, La racionalidad de las leys penales, Trotta, Madrid, II ed., 2013, p. 138 ss. Ivi la messa a fuoco di alcuni rimedi alla pochezza contenutistica del tradizionale riferimento al principio de intervención mínima compendiati dall'autore nella diversa formula del «principio de esencialidad».

⁸⁸ J.M.V. Fernandez, ¿ Qué es el principio de intervención mínima?, in Rivista internauta de Práctica Juridica, 2009, n. 23, p. 1 ss.

⁸⁹ L. Gracia Martin, Concepto categorial teleológico y sistema dogmático, cit., p. 21.

⁹⁰ «Il principio di stretta necessità non può essere invocato come motivo di violazione di legge nel giudizio di legittimità». Si tratta infatti «di un criterio di politica criminale» che riguarda solo la sfera legislativa. Così Tribunal Supremo 13/6/2000. Principio ribadito osservando che *l'extrema ratio* è canone «estraneo alla legalità, neppure deducibile da essa». È infatti un postulato razionale di politica criminale che "invita" il legislatore – e solo lui – a «ridurre l'intervento del diritto penale [..] al minimo indispensabile per il controllo sociale». Tribunal Supremo 13/2/2003. Per un'analisi critica, anche di alcuni spunti offerti dagli sviluppi della prassi applicativa, cfr. J.M. VILLEGAS FERNÁNDEZ, ¿Qué es el principio de intervención mínima?, cit., p. 1 ss.; p. 5 ss.

⁹¹ Ad onta del consenso teorico di cui beneficia, il principio di *ultima ratio* ha pochissima presa nella prassi del controllo di costituzionalità delle leggi penali, ove rileva, in modo pressoché esclusivo, il solo principio di proporzione. G. P. LOPERA MESA, *Principio de*

Il punto qui meritevole di attenzione è di natura metodologica, riguardando il criterio che può consentire di organizzare l'analisi della varietà delle opinioni dipanatesi a partire dagli interrogativi circa l'esatta definizione dello statuto di garanzia del sistema penale contemporaneo: il cui pluralismo 'sistematico' necessita, per essere reso fruibile alla comparazione, di un criterio ordinativo, idoneo a ridurre l'altrimenti poco gestibile dispersione delle opinioni in campo.

6.1. La sintassi del «discorso di modernizzazione»

L'analisi dell'adeguatezza sociale del sistema penale è il tema a partire dal quale si dipana la fondamentale dicotomia che separa, non solo narrativamente, i fautori di un ritorno all'ortodossia individualistica, sintetizzata dai canoni propri del diritto penale liberale, e quanti invece auspicano rapidi progressi in senso democratico/sociale nella definizione dei criteri di legittimazione dell'intervento punitivo contemporaneo. Ferma la comune condivisione, se si escludono opinioni più appartate ⁹², dell'irrinunciabile valore dell'impianto classico delle garanzie penalistiche, come riconosciuto dai fautori della modernizzazione del sistema penale ⁹³. Anche se, a ben

proporcionalidad y control costitucional de las leyes penales, Jueces para la Democracia, 2005, n. 53, p. 39 ss.; spec. p. 50 ss.

⁹² P. LAURENZO COPELLO, «Recension» a Silva Sanchez, La expancion del derecho penal, 2 edic., RDPC, 2003, n. 12, p. 453 ss (a favore di una ricerca a tutto campo di un nuovo statuto giustificativo dell'intervento penale per far fronte alle necessità di tutela che sarebbero proprie delle più moderne forme di delinquenza).

bipartizione riportata nel testo. Non mancano infatti opinioni che individuano nella creazione di un "doppio binario" di limiti all'intervento punitivo la soluzione dei problemi posti dall'accelerata espansione del diritto penale contemporaneo. Accanto ai reati del diritto penale nucleare, per i quali deve continuare a valere il più classico statuto garantistico, si ritiene legittimo, in relazione ai delitti di creazione legislativa – ad offensività strutturalmente affievolita – ammettere la possibilità di flessibilizzare alcuni di quei presidi. A condizione, però, di prevedere, in conseguenza della trasgressione del precetto, sanzioni non privative della libertà personale. Cfr. J.M. Silva Sanchez, L'espansione, cit., p. 109 ss. V. anche C. Martínez - Buján Pérez, Derecho penale ecónomico y de la empresa. Parte General, Tirant Lo Blanc, Valencia, IV ed., 2014, p. 96. Prende così forma razionale un moderno diritto penale a più velocità, che lungi dal costituire una comoda scorciatoia indicata alle ragioni efficientistiche del moderno diritto penale della prevenzione, appare più come una "astuzia della ragione" dell'extrema ratio che legittimando in questi termini talune esigenze politico-criminali sul piano del precetto beneficia della riduzione del carico e della qualità delle sanzioni associate

vedere, l'accordo sembra potersi dire effettivo, pur nei ristretti termini che verrano di seguito esposti, solo in relazione a taluni cardini di quell'impianto – ad esempio: *extrema ratio* – mentre in relazione ai restanti principi – legalità, offensività e colpevolezza – l'accordo è solo formale, perché difforme è la sottostante semantica. Prova ne sia l'ardimento dei molti partecipi all'articolato dibattito avente ad oggetto necessità e limiti della modernizzazione del sistema penale.

Concetto che accomuna l'analisi dei problemi di legittimazione evidenziati dall'affermasi della prassi del diritto penale del rischio, del pericolo, del diritto penale della sicurezza e della prevenzione. Temi che difficilmente susciterebbero un così esteso impegno se la posta in gioco dello scontro dialettico non fosse quella dell'eventuale revisione del genoma garantistico del sistema penale, la cui qualità è anche figlia della costruzione dogmatica dei principi – assiologici e formali – che ne definiscono la funzione ⁹⁴. Principi che, per proprio statuto normo-teoretico, possono conoscere una sostanziale mutazione del relativo costrutto semantico pur nella salvezza della relativa della forma che li consacra quali norme dell'ordinamento positivo. Evenienza non infrequente e, dunque, ordinaria nell'esperienza ermeneutica; che diviene però "rivoluzionaria" quando i mutamenti evolutivi investono, come in questo caso, una pluralità di principi sovraordinati di rilievo politico-criminale, tutti qualificanti il paradigma penalistico liberale.

Si pensi, per limitarsi ad un esempio, alla definizione "classica" del *nullum crimine sine lege* e alle sue più moderne declinazioni⁹⁵. Esemplificate, come meglio non si potrebbe, dalla previsione del *Codigo pénal* preposta alla tutela contro i *Risgos Laborales* (art. 316): la cui fattispecie, incentrata su un rinvio omnicomprensivo all'intera regolazione gius-lavoristica di settore, supera, di gran lena, i limiti fissati dalla riserva di legge e dalla determinatezza (in ragione dell'ampiezza propria della regolazione amministrativa del settore "alla cieca" richiamata dal legislatore penale)⁹⁶.

Si pensi, altresì, per guardare ai canoni fondanti le scelte di criminalizza-

ad accertate trasgressioni degli stessi. Con il risultato di riuscire così a contenere il tasso sociale di coazione complessivamente esercitato dal monopolista del potere punitivo.

⁹⁴ Si veda la realistica analisi di J.M. Silva Sanchez, *Sfide scientifiche e sfide politiche della scienza del diritto penale*, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), *Crisi e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 23 ss.; spec. p. 36 ss.

⁹⁵ Per una lettura pessimistica di queste affermazioni, intese come probabili canti del Cigno della garanzia in esame, si veda T. VORMBAUM, *Dove va il diritto penale?*, cit., p. 87.

⁹⁶ M. García - Arán, Depenalizzazione o privatizzazione: tendenze opposte?, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), Critica e giustificazione del diritto penale, cit., p. 291. Ivi anche

312

zione, al principio di eguaglianza. Inteso dai fautori della modernizzazione nei termini dinamici e sostanziali fatti propri dalla Costituzione del 1978 all'art. 9/2 e in questa foggia valorizzato quale criterio giustificativo di un interventismo penale esteso, che agisce in profondità nella sfera dell'autonomia sociale⁹⁷. Lettura che vede contrapposta l'opinione di quanti, pur consci delle indispensabili istanze di aggiornamento del sistema penale, guardano con sospetto alle ricette pro-attive sostenute dai fautori della modernizzazione penalistica, opponendogli, tra l'altro, una nozione di eguaglianza più "formale", allineata al senso in cui la stessa è intesa dall'art, 3/1 della legge fondamentale italiana. Nozione non reazionaria, che, tuttavia, frappone un ostacolo di rilievo all'affermazione di disegni politico-criminali votati ad arricchire, senza soluzione di continuità, la sfera del controllo sociale con sempre nuove soluzioni penalistiche. Il cui merito, nella prospettiva dello «Stato sociale come Stato materiale di diritto» 8, tende ad essere declinato, sia a livello legislativo sia nel contesto della prassi giudiziaria, attraverso paradigmi e concetti non sempre adeguati alla ratio essendi del diritto penale del fatto. Come dimostra, tra l'altro, il riferimento alla necessità di non sottrarre alla coercizione penalistica il «sistema di azioni socialmente riprovevoli delle classi dominanti» 99.

la sottolineatura dei nefasti effetti di tale tecnica di incriminazione sulla tenuta del principio di extrema ratio.

⁹⁷ L. Gracia Martin, *Prolegómenos*, cit., p. 212. Il riferimento ad un così pregnante ruolo della Costituzione nella definizione dei fondamenti del diritto di punire, se da un lato accomuna la riflessione a stili argomentativi ben conosciuti nell'esperienza italiana dopo la pubblicazione di F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss., dall'altro segna un ulteriore tratto differenziale rispetto alla riflessione francofortese, i cui interpreti mostrano una sostanziale 'indifferenza' nei confronti di questa funzione del *Grundgesetz*, ritenendo il testo privo di sufficienti indicazioni operative di merito; quando non esprimono un dichiarato sospetto per la sostanziale politicità che intride quella fonte normativa, resa palese, si dice, sopratutto dagli obblighi di criminalizzazione che dalla stessa possono ricavarsi. Cfr. W. Naucke, *I limiti del diritto penale*, cit., p. 100; W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., p. 147 s.

L. Gracia Martin, *Concepto*, cit., p. 44 s. Mette conto d'osservare, ad ulteriore riprova della discrasia sostanziale che intercorre tra le diverse opinioni in tema di legalità, sebbene tutte votate al riconoscimento del suo irrinunciabile valore, l'opinione di E.R. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, *Derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, II ed., 2002, p. 9. Citato in senso adesivo da L. Gracia Martin, *Concepto*, cit., p. 37.

⁹º L. Gracia Martin, Prolegomenós, cit., p. 190 s.; 195 s. V. anche R. Scarpinato, Compito delle toghe è vigilare sui politici: noi fedeli alla Carta più che alla legge, La Repubblica, 11/5/2016, che con evidenti concessioni 'neo-costituzionalistiche', ribadisce la vitalità politico-normativa di quello «straordinario programma di [fattiva] lotta alle ingiustizia» statuito dall'art. 3/2 Cost., con il suo invito ad «innamorarsi del destino degli altri». Programma che

Riportando il discorso al piano di specifico interesse, ricordando che per definizione consolidata nella dottrina di lingua spagnola il principio di *intervención mínima* legittima l'intervento penalistico solo nei «nei casi di più grave lesione dei più importanti beni giuridici» ¹⁰⁰, è evidente lo scuotimento subito dall'*extrema ratio* sotto il peso di questi argomenti di «giustizia sociale» ¹⁰¹: prodromici al consolidamento di una visione del diritto penale quale «unico strumento di efficace pedagogia sociale, come meccanismo di socializzazione e civilizzazione» della collettività ¹⁰².

Prospettiva che di certo non spiace ai modernizzatori, quand'anche si converta in una effettiva «espansione *ad absurdum* di quella che in altri tempi costituiva l'*ultima ratio* di tutela» ¹⁰³. Il tutto per la semplice ragione che quelle radici assiologiche, al netto delle singole preferenze ideologiche, solidificano un ampio basamento razionale sul quale si poggia l'espansione della coercizione penale; così liberata dalla delegittimazione di ciò che è assurdo. Se il diritto penale deve difendere i beni giuridici necessari al funzionamento dell'organizzazione statuale, allora, una volta che il loro numero venga definito in proporzione all'espansione delle competenze di governo dell'autonomia sociale, guidata dalla matrice politico-ideale in precedenza descritta, non c'è più alcuna ragione per affermare la lesione del principio d'*ultima ratio* di fronte a fattispecie che si moltiplicano per soddisfare l'interesse ad una organizzazione, anche capillare, di una società che si vuole sempre più avanzata ¹⁰⁴.

affida ai giudici, oltre allo strategico ruolo «di vigilare sulla lealtà costituzionale delle contingenti maggioranze politiche di governo», anche il compito di tradurre quella «promessa-scommessa» nel riconoscimento cogente dei necessari diritti, anche contro il diritto legale, come prescritto dall'ethos di uno Stato costituzionale "diffuso". Tesi i cui echi si leggono nitidi in G. Portilla Contreras, L'influenza delle scienze sociali nel diritto penale: la difesa del modello ideologico neoliberale nelle teorie funzionali e nel discorso etico di Habermas sulla selezione degli interessi penali, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), Critica e giustificazione del diritto penale, cit., p. 228 s. V. anche J.M. Silva Sanchez, L'espansione, cit., p. 37, nt. 68 (con riferimento ad alcuni passaggi della riflessione dedicata da Antoine Garapon ai rapporti tra Juez y Democracia). In senso critico L. Ferrajoli, Dei diritti e delle garanzie, cit., p. 23 ss.; N. Zanon, L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali, in Criminalia, 2015, p. 359 ss.

¹⁰⁰ F. Muñoz Conde, M. Garcia Aran, *Derecho penal*, cit., p. 72; C. Blanco Lozano, *Derecho penal*. *Parte General*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 122.

¹⁰¹ L. Gracia Martin, *Prolegomenós*, cit., p. 212.

¹⁰² J.M. SILVA SANCHEZ, L'espansione, cit., p. 33; p. 36 ss.

¹⁰³ J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 33.

¹⁰⁴ J. A. MARTOS NUNEZ, El principio de intervención minima, s.d., www.boe.es >abrir_pdf (consultato il 1 agosto 2016), spec. p. 100 ss. V. anche L. Gracia Martin, Concepto,

6.2. Quali garanzie?

Al netto delle componenti ideologiche caratterizzanti la precompressione del discorso 105, non può però dirsi che la puntigliosa difesa assunta dai fautori della modernizzazione anche dell'impianto di garanzie qualificanti l'esperienza penalistica dello Stato liberale sia priva di "buona fede" e di acume argomentativo 106; né che il frequente richiamo alla necessità del rispetto dovuto al principio di *extrema ratio* altro non sia che un espediente retorico evocato per non scoprire troppo il fianco alla critica 107. È vero infatti che nella prospettiva dello Stato sociale di diritto non vige alcuna prerogativa a favore del diritto penale. Che dunque non beneficia di alcuna preferenza gerarchica rispetto all'insieme degli altri mezzi del controllo sociale. Anche in questo contesto politico-costituzionale la sua natura assiologica è intesa come strumentale ai bisogni della persona alla cui salvaguardia è votato il finalismo della pena. Solo oltrepassata la soglia della necessità, la minaccia e la pena sono chiamate a svolgere un ruolo di regolazione attiva della vita socia-

cit., p. 18. Connessione illustrata anche da B. Schünemann, Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik. Von den unverbrückbaren Grenzen des Strafrechtsin einem liberalen Rechtsstaat, (eds) A. von Hirsch, K. Seelman, W. Wohlers, Mediating Principles, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 31 ss.; spec. p. 34. Autore che qui si richiama per l'influenza esercitata nel dibattito di lingua spagnola sulla modernizzazione del sistema penale. L. Gracia Martin, Concepto, cit., p. 16 ss.

¹⁰⁵ G. PORTILLA CONTRERAS, L'influenza delle scienze sociali, cit., p. 234 ss. Dietro l'osservazione a tenore della quale «sono proprio i criteri penali quelli che nel seno della politica sociale» dello Stato assistenziale «incrementano il processo di legittimazione politica in chiave democratica [dell'eguaglianza propria] dello Stato redistributivo», è acquattata una critica senza sconti al sistema liberale, ritenuto espressione di un modello statuale giudicato teoricamente ormai fallito. Cfr. L. Gracia Martin, Concepto, cit., p. 33. Non solo. L'argomento veicola anche l'idea dell'intransigenza politica contro ogni totalitarismo - corda alla quale la dottrina spagnola è sensibile, data la sua storia – tale essendo ritenuto il modello neo-liberale. Identificato da parte significativa della scienza penalistica di Spagna quale forza ispiratrice delle sacche resistenziali che ancora sviluppano un fitto fuoco di sbarramento contro l'auspicato progresso democratico-equalitario del sistema penale. Si ripete, anche qui, sebbene a parti invertite, quanto già osservato nell'ambito della critica al diritto penale interventista dello Stato sociale di diritto. Con una differenza non trascurabile: la scarsa persuasività razionale dello stigma una volta che sia richiamato alla mente il fatto che l'imperialismo preteso dall'idea dell'homo oeconomicus risulta privo, almeno in via di principio, di ogni vocazione a legittimare espropriazioni politiche dell'autonomia sociale.

¹⁰⁶ L. Gracia Martin, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, in Aa.Vv. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 879 se

¹⁰⁷ L. Gracia Martin, Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin, in G.A., 2010, p. 337 ss.; spec. p. 347 ss.

le al fine di garantirne il funzionamento collettivamente satisfattorio ¹⁰⁸. Non v'è quindi alcun ostacolo di principio nell'includere, in termini generali, il principio di *intervención minima* nel *Pantheon* dei canoni di garanzia propri del diritto penale di uno Stato sociale e democratico di diritto ¹⁰⁹.

Non v'è però neppure alcuno scandalo da evocare se, abbassando lo sguardo verso la prassi, si constata il sacrifico imposto all'extrema ratio da una politica-criminale preordinata alla soddisfazione di istanze d'ordine lato sensu solidaristiche imposte, anche attraverso la coercizione penale. all'altrimenti spontanea evoluzione sociale 110. Nè, d'altra parte, si giustificano reazioni scomposte se, cogliendo alcuni passaggi della riflessione in merito a questo essenziale snodo dell'attuale esperienza politico-criminale 111, si mette in evidenza che l'aumento qualitativo della presenza sociale della coercizione, con il correlativo peggioramento dei suoi profili – qualitativi – di garanzia per l'individuo, non è un "fulmine a ciel sereno" o una sterzata imposta dagli improvvisati ardori di una politica governativa attratta dalle sirene del populismo penale. Al contrario. Quello che viene descritto come "espansione del diritto penale" appare il risultato coerente della razionalità democratica che sorregge l'impianto politico-criminale dello Stato sociale, con il suo imprinting maggioritario ed egualitario, e le sue sue strumentalizzazioni politiche per motivi di consenso. DNA che con facilità si annida nella retorica del "99%" 112; che, a sua volta, finisce col rappresentare una

¹⁰⁸ S. Mir Puig, *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democrati*co de derecho, Bosch, II ed., Barcelona, 1982, p. 19 ss.; spec. p. 40 ss (ove si evidenzia il fondamento costituzionale dell'*extrema ratio* quale criterio che limita e fonda le scelte di criminalizzazione).

¹⁰⁹ S. MIR Puig, Sobre el principio de intervención minima del Derecho penal en la Reforma penal, in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. Josè Antonio Sainz Carnero, 1989, n. 12, p. 243. Per una messa a fuoco del rilievo sistemico del principio di ultima ratio – quale criterio costitutivo dello statuto formale e teleologico anche dell'illecito amministrativo – v. anche G. Quintero Olivares, La Autotutela, los limites al poder sancionador de la Administración publica y los principios inspiradores del derecho penal, in Revista de Administración Publica, 1991, p. 253 ss.; ma spec. p. 259 ss.; p. 273 s.

¹¹⁰ B. Mendoza Burgo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 149 ss.

V. però F. Muñoz Conde, *Conclusioni*, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 428 (che attesta l'effettività del fenomeno espansivo già negli anni '60 e '70 dello scorso secolo).

¹¹² Cfr. J.L. Diez Ripolles, *La racionalidad de las leys penales*, cit., p. 92 ss.; p. 165 ss. In senso critico J.M. Silva Sanchez, *Diéz Rìpolles Josè Louis, La racionalidad de las leys penales*, Trotta, Madrid, 2003, *Revista de Derecho penal y Criminologia*, 2005, p. 379 ss.; spec. p. 385 ss.

leva utilizzabile per svellere ulteriormente la mediazione degli istituti della democrazia rappresentativa e del progetto costituzionale, custodito dalla resistenza del restante "1%" ¹¹³, per affidare anche la politica criminale alle epifanie della democrazia diretta ¹¹⁴: le cui ricette, che oggi si iniziano a sperimentare, sembrano assai poco allineate alla logica minimalista dell'*extrema ratio*, risolte, come sono, nell'invocazione di più diritto penale per tutti, in primo luogo per i *not forgotten men* ¹¹⁵.

Non confonda la vigoria dell'accento posto sulla necessità di criminalizzare ad ampio spettro il "dorato mondo" dei colletti bianchi ¹¹⁶. Quel che conta, nella prospettiva che qui interessa, è il contemporaneo silenzio sulla necessità di almeno moderare, in estensione ed intensità, l'intervento penale nelle restanti regioni della geografia sociale ¹¹⁷.

Ancora una volta la scienza penalistica sembra sperimentare la pervasività degli effetti non intenzionali dell'azione sociale – quale tipicamente è l'impegno analitico di dare fondamento razionale e sistematico all'ordinamento normativo – considerando che ciò che si dichiara a gran voce come finalità giustificativa della necessaria modernizzazione del sistema penale è il miglioramento della sua capacità di contrasto «de la delinquenza de los poderoros» ¹¹⁸.

¹¹³ J.M. SILVA SANCHEZ, Diéz Ripolles Josè Louis, La racionalidad de las leys penales, cit., p. 383 ss.

La franchezza con la quale la dottrina di lingua spagnola fa emergere le implicazioni politiche delle premesse e delle conclusioni delle sue analisi, nonostante la tendenza ad una troppo schematica rappresentazione, è un tratto che emerge qui più che altrove. V. MILITELLO, *Prefazione all'edizione italiana*, J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. XXI.

M. CORCOY BIDASOLO, Limites objectivos y subjectivos a la intervención penal en el control de riesgos, in S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo (a cura di), La politica criminal en Europa, Atelier, Barcelona, 2004, p. 30 s.; J. Terradillos Basoco, Globalización, administrativización y exspansión del derecho penal economico, in J. Terradillos Basoco, L. Acale Sanchez (a cura di), Temas de derecho penal economico, Trotta, Madrid, 2004, p. 222 s.; p. 239 s.

L. Arroyo Zapatero, *Introduzione*, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 16. La riscontrata convergenza dei diversi modelli di organizzazione sociale politicamente sostenuti nell'unico canale dell'ordine garantito coercitivamente dal diritto penale, modificandosi solo i destinatari delle prassi punitive, è in linea con quanto da tempo osservato da W. Naucke, *Negatives Strafrecht*, cit., 3 ss.

J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate de-senfocado,* in *Revista Electrónica de Ciencia Penal Y Criminologia,* 2005, p. 1 ss.; spec. p. 12 s.; p. 22 ss. A questo lavoro si rinvia anche per la necessaria informazione bibliografica. Il quadro a tinte fosche per le ragioni della libertà individuale non è di certo tipico o esclusivo dell'ordinamento spagnolo. Cfr. G. Demuro, *Ultima ratio*, cit., p. 1675.

¹¹⁸ L. Gracia Martin, *Prolegomenos*, cit., p. 195 s.; J.M. Silva Sanchez, *Reflexiones en julio convulso, InDret*, n.3, 2016, p. 2.

7. Beni giuridici meta-individuali, «spazio liberio dal diritto» e società del rischio

È dunque vero che l'infuocato dibattito in corso sulla modernizzazione del diritto penale, che è anche un importante momento di riflessione collettiva sulla necessità e sui limiti del principio di intervención minima, si svolge alla presenza della Scuola di Francoforte come "convitato di pietra" ¹¹⁹: per ciò solo identificabile come presenza culturale unitaria, nonostante i dubbi che in proposito continuano a manifestarsi al suo interno 120. Depositaria dell'impegno necessario ad arginare il funzionalismo della politica-criminale e, più radicalmente, per superare una «concezione sacrificale» del diritto penale 121. Idea difesa contro marosi spinti da venti ostinati e contrari, in un lungo viaggio organizzato all'insegna dell'idea che «gli strumenti penali debbono essere maneggiati sul piano politico con estrema prudenza» nel rispetto essenziale di principi «come quello dell'impegno del diritto penale solo come "ultima ratio" [...] e della necessaria costruzione di altri idonei strumenti di tutela dei beni giuridici accanto alla giustizia penale» 122. Programma che per voce di uno dei suoi più autorevoli protagonisti trova un'essenziale risorsa argomentativa nella «inclusione nel diritto penale [nella sfera] delle scienze contigue» (storia, scienze sociali ed empiriche), secondo una intuizione originaria costantemente praticata nel confronto interno ed esterno alla Scuola 123.

Tesi e metodi che rappresentano la "croce" e la "delizia" di molte pagine della scienza penalistica spagnola (e non solo!) ¹²⁴. In particolare, di quanti sono impegnati ad indagare se la categoria dei c.d. beni giuridici super-individuali quale oggetto di tutela penale possa superare una verifica razionale di legittimità.

¹²⁰ W. HASSEMER, *Introduzione*, in L. ŠTORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 3 ss.

¹²³ W. HASSEMER, *Introduzione*, cit., p. 4. C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali* cit., spec. p. 256 ss.

¹¹⁹ L. Gracia Martin, Concepto, cit., pp. 8-15.

¹²¹ L. Eusebi, Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini, in Criminalia, 2015, p. 467 ss.; spec. p. 482 ss.

W. HASSEMER, Introduzione, cit., p. 4 s.

¹²⁴ «Le dottrine ultraliberali della scuola di Francoforte sono penetrate a fondo nella scienza penalistica spagnola», osserva con evidente intento critico L. Gracia Martin, *Concepto*, cit., p. 25, nt. 113

Questione di rilievo per la messa a fuoco dei contenuti del principio di *ultima ratio* e per i destini della sua effettività ¹²⁵: nonostante l'autonomia dogmatica e politico-criminale di cui gode il canone dell'*intervención mínima* rispetto al principio di tutela dei beni giuridici ¹²⁶. Snodo al quale è qui confinata la ricostruzione di alcuni aspetti dei burrascosi rapporti tra i due "fiumi culturali" che scorrono attorno all'isola di quella «società pluralistica del rischio» i cui "abitanti" sperimentano ogni giorno la necessità di comportarsi rischiosamente (anche in senso morale) per far fronte alla complessità sociale ¹²⁷ e, dunque, la realtà di operare in contesti di rischio non vietato ma neppure specificamente autorizzato ¹²⁸.

Quello appena evocato è un concetto che nella prospettiva dell'ordinamento giuridico – soprattutto agli occhi del legislatore penale – sottende anche la necessità di riconoscere spazi non banali d'immunità a favore dell'autonomia individuale ¹²⁹: intesa quale scaturigine dei diritti di libertà e

¹²⁵ G. Demuro, Ultima ratio, cit., p. 1675.

¹²⁶ G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcanova, Barcelona, IV ed., 1988, p. 48 s. Osservazione in linea con quanto *in auge* anche nella dottrina italiana. Per tutti. A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 229.

¹²⁷ Arth. Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994 p. 232 s. Concetto richiamato, come un Giano bi-fronte, da J.M. Silva Sanchez, *L'espansione* cit., p. 7; p. 102 ed utilizzato per dare ragione dei fattori espansivi dell'intervento penalistico e dei criteri di limitazione degli stessi. Non è dunque per un caso che Winfried Hassemer consegni agli scritti in onore del suo maestro la sua riflessione dedicata a delineare i fondamenti di una teoria personale del bene giuridico. Nucleo a partire dalla quale diviene possibile la critica del moderno diritto penale della prevenzione. W. Hassemer, *Grundlinien einer personale Rechtsgutlehre*, in Aa.Vv. *Jenseit des Funktionalismus*, Müller, Heildelberg, 1989, p. 85 ss.

¹²⁸ M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc.dir.*, *Annali*, vol. III, p. 646. Precisazione che consente il "trattamento" dogmatico della riferita osservazione filosofica attraverso quella categoria tecnica dell'imputazione obbiettiva dell'evento che dà fondamento sistemico-razionale alla necessità di preservare l'autonomia di spazi individuali di libertà. Così J.M. Silva Sanchez, *Informe sobre las discusiones*, in Aa.Vv. *Sobre el estado de la teoría del delitto*, Madrid, 2000, p. 103. Precisazione che consente di azzardare qui un'ipotesi (con riserva di tutti gli ulteriori e certamente necessari approfondimenti): che l'imputazione obbiettiva dell'evento può essere interpretata anche come categoria dogmatica dell'extrema ratio, con un guadagno netto, per entrambe, in termini di legittimazione e funzionalità.

¹²⁹ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 14; p. 25; p. 32 ss. (ove si legge anche il doveroso invito a non relativizzare eccessivamente i termini del discorso: la realtà della società pluralistica del rischio non può infatti occultare l'esistenza di un livello minimo di condizioni di giustizia e sicurezza la cui effettività, non potendo essere attribuita al libero gioco delle forze in campo, necessita dell'intervento del diritto; non escluso il ricorso alla coercizione penalistica). Volendo si veda anche quanto già osservato in G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2009.

scopo della loro tutela, oltre che condizione funzionale a soddisfare esigenze propriamente sociali. È infatti dal libero confronto tra le diverse sfere di autonomia e dall'apprendimento a ciascuno consentito dall'osservazione dei propri ed altrui fallimenti, occorsi nelle sperimentazioni di vita di ognuno, che la società nella sua interezza può fare progressi nel ridurre il livello di complessità – anche assiologica – che la pervade 130. Realtà che verrebbe desertificata se la riduzione dell'incertezza coincidesse con l'effettività di ricette tratte ab mente Dei, con la messa in opera di algide soluzioni dettate da qualche zelante programmatore tecnico-politico del divenire sociale o giustificate con il pathos deontologico e moralistico evocato da qualche altro elitario custode del dover-essere scuola. Ipotesi non di scuola, volendo osservare quanto ad esempio accaduto nel campo bioetico della procreazione medicalmente assistita – all'insegna del macro-bene della naturalezza dell'atto procreativo 131 – o quanto sta ancora avvenendo nel settore della tutela penale del fine vita, dove il super-interesse connesso all'indisponibilità assoluta della vita lascia sussistere intatto l'originario impianto del codice Rocco 132. Per non dire, infine, delle perplessità che suscita il riferimento al paternalistico diritto alla salute "collettiva" quale criterio di giustificazione della repressione connessa all'uso personale di sostanze stupefacenti 133.

Niente a che vedere, però, con una invocazione alla più assoluta ed incondizionata neutralità penalistico-statuale rispetto alle vicende individuali. La controversa formula kaufmaniana dello «spazio libero dal diritto», pensata e discussa in relazione a momenti qualificanti della società del rischio, va infatti intesa come un "invito" rivolto alla scienza giuridica ad elaborare criteri analitici in grado di de-legittimare gli estremi e, al contempo, di validare le coordinate attorno alle quali può essere fissato un ragionevole punto di equilibrio tra la doverosa salvaguardia dell'autonomia individuale e l'altrettanto necessaria garanzia della sicurezza della vita sociale e dei suoi beni giuridici. 134

¹³¹ S. CANESTRARI, *Principi*, cit., p. 41 ss.

¹³² L. CORNACCHIA, Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita, in Teoria del diritto e dello Stato, 2002, p. 391 ss.

¹³³ A. Cavaliere, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Diritto Penale e processo*, 2014, p. 1591 ss.

Nonostante le molte critiche che l'hanno investita, l'idea di Arthur Kaufmann trova

8. L'extrema ratio tra beni giuridici collettivi e teorie individualistiche

La sostanza pluralistica della lettura di Arthur Kaufmann di alcuni nodi problematici della società del rischio¹³⁵, raccolta e messa in prospettiva anche da chi ha inteso affermare una concezione personalistica del bene giuridico¹³⁶, ha contribuito così ad introdurre un importante momento di apertura – privatizzazione ? – nella bardatura statualistica del sistema penale¹³⁷, dato che il suo tradizionale funzionamento, in una prospettiva in cui oggetto di tutela sono tutti i beni giudicati meritevoli dal legislatore, si sviluppa all'interno di una struttura solo bilaterale (Stato v. Autore).

De-statualizzazione che, con superiore fortuna, è realtà già in atto in altri settori dell'esperienza del diritto penale contemporaneo, le cui scelte di criminalizzazione si manifestano ogni giorno più aperte a dichiarati bisogni di tutela della vittima quale titolare 'in carne ed ossa' dell'interesse leso. Può dirsi così esaurito il tempo della cattività in cui la «vittima neutralizzata» era tenuta dalla tradizione del diritto penale pubblico e con esso anhe del riduzionismo politico-criminale che l'intendeva quale etichetta identificativa di un più generale «concetto preventivo» che, una volta evocato, è associato all'attivazione di interventi di «necessaria profilassi» pubblica: affidati, all'interno di gueste antiche coordinate, alla coercizione penale del trasgressore di norme incriminatrici le cui note di offensività prescindono dalla «lesione di una vittima» reale 138. Approdo assiologico che, al di là degli eccessi ai quali si presta, è reso ancora più solido se il punto di vista da cui si intende affrontare il problema coincide con una preliminare critica senza sconti alla nozione di bene giuridico 139: la cui irriducibile capacità espansiva della punibilità si intende contrastare vincolando lo ius puniendi alla

•

echi e sviluppi importanti sia nella riflessione di Winfried Hassemer, sia in quella di Klaus Lüderssen. Rispettivamente si vedano C. ROXIN, *Strafrecht* cit., § 14, Rdn. 25 ss. (per una sintesi critica) e W. Hassemer, *Prozedurale Rechtsfertigungen, Festschrift für Mahrenholz*, Nomos, Baden-Baden, 1994, p. 731 ss; ID., *Professionelle Adäquanz*, Wistra 1995, p. 81 ss.; K. LÜDERSSEN, *Rechtsfreie Räume*?, Suhrkamp, Frankfurt am M., 2012.

¹³⁵ V. anche M. Papa, "A chi legge": l^Tincipit visionario dei Delitti e delle pene, in Criminalia, 2014, spec. p. 649 ss.

¹³⁶ W. HASSEMER, Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale, in Dei delitti e delle pene, 1984, p. 104 ss. Cfr. anche J. Ortega Y Gasset, La ribellione delle masse, Guanda, Milano 2001, p. 118.

¹³⁷ M. García Aran, Depenalizzazione, cit., p. 288; p. 298.

¹³⁸ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht,* Beck, München, 1990, p. 72 s.

¹³⁹ W. NAUCKE, Negative Strafrecht, cit.

riscontrata offesa arrecata dalla condotta del reo ad un diritto soggettivo della vittima.

Una ricchezza di argomenti, pregni di implicazioni teoriche e politicocriminali, che va però smarrita impostando l'analisi a partire da argomenti dichiaratamente polemici (*«discurso ultraliberal»*; *«vanguardia de la crusada»* liberale) ¹⁴⁰ o schiettamente politici (quando si stigmatizza il disegno di un diritto penale critico a sfondo individuale come proposta insostenibile *«a partire del nuevo orizzonte político»*) ¹⁴¹. Argomenti che si accompagnano ad osservazioni intese a stigmatizzare l'intollerabile "gusto" *retrò* della proposta, prima ancora di sottolineare la complessiva intollerabilità sociale dei risultati che propone, specie in materia di ambiente, mercato finanziario, sicurezza dei prodotti, ecc.

8.1. Precisazioni

Sarebbe forse più opportuno, al fine di verificare la tenuta razionale della teoria in esame, distinguere, al suo interno, tra dimensione assiologica del personalismo e significato logico-descrittivo proprio dell'aggettivo che la qualifica: tra la dimensione personalistico-individuale alla quale rinvia il contenuto deontologico della proposta e la sua funzione di criterio di selezione logica dei concetti candidabili a divenire beni giuridici. Platea dalla quale vanno esclusi tutti gli interessi non direttamente riconducibili ad una sfera di titolarità tipica, in quanto inidonei a soddisfare i caratteri di esclusività, di non genericità e di proprietà che concorrono a definire la portata lessicale del riferimento al personalismo.

Si tratta di una distinzione che oltre ad ampliare la criteriologia analitica utile a dare corpo ad una nozione altrimenti molto vaga – qual'è quella relativa al bene giuridico – consentirebbe di relativizzare la critica nei confronti della proposta avanzata in seno alla Scuola di Francoforte, caratterizzata, sotto il profilo logico, da un merito ben lontano dal delegittimare tutti i beni giuridici collettivi. Sono infatti fatti salvi, anche all'interno di una prospettiva personalistica, quegli interessi riferibili a classi omogenee di individui (ambiente quale pre-condizione di salvaguardia della salute di gruppi più o meno estesi di persone), a soggetti istituzionali (personalità dello Stato) o

¹⁴⁰ L. Gracia Martin, *Concepto*, cit., p. 9; p. 21; p. 22; p. 25; p. 33.

¹⁴¹ L. Gracia Martin, *Concepto*, cit., p. 67 s.

322 Gabriele Marra

a funzioni pubbliche essenziali (amministrazione della giustizia) posto che, in entrambi i casi, deve ritenersi soddisfatto il requisito della immediatezza della relativa titolarità. Inclusione sostenuta, sia detto incidentalmente, anche da un punto di vista assiologico, considerato il rilievo di entrambi al fine di salvaguardare l'integrità di interessi autenticamente personali. Come riconosciuto, tra gli altri, dai padri fondatori della scienza penalistica moderna, la cui vocazione liberale non ha mai impedito di giustificare, se necessario, l'intervento penale preordinato alla tutela della «pubblica tranquillità», del pubblico erario o dell'integrità della pubblica amministrazione ¹⁴².

È solo oltre questo punto che si dischiude il problema strettamente assiologico immesso nello spazio della discussione dalle letture francofortesi. Tema che merita certo d'essere discusso alla luce dello *Zeitgeist*, ma non con argomenti ideologici: magari attingendo, in loro vece, ad indagini genealogiche in grado di illustrare, frugando nella messe di riflessioni piantate nella storia dalla cultura dal riformismo penale illuministico, il nesso inestricabile tra dimensione individualistica e statuto di garanzia del diritto penale ¹⁴³. Baluardo fondamentale per evitare slittamenti verso la spiritualizzazione del bene giuridico e la seguente sua trasformazione in garante dell'obbedienza e della fedeltà dei destinatari delle sue minacce ¹⁴⁴.

Rapporto, quello tra individuo e autorità, che merita d'essere meglio illustrato.

In relazione ad esso si consuma infatti un'ulteriore frattura tra i novatori e la dottrina di lingua spagnola maggioritaria, che non guarda di certo con sospetto quanto si va dicendo sulle rive del Meno: a partire da una sua più dettagliata messa a fuoco, l'osservatore comparante è così messo in grado di cogliere argomenti di rilievo per l'analisi del principio di *extrema ratio* 145.

¹⁴² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., §§ XI; XXXIII. Prova ne sia il rimprovero mosso su questo punto all'opera di Beccaria da parte di W. Naucke, *Die Modernisierung*, cit., p. 13 ss. per dimostrare la radicale insufficienza garantistica di qualsivoglia nozione di bene giuridico. V. anche K. Lüderssen, *Die Krise*, cit., p. 22; p. 24 s. (che vede nella «illimitata disponibilità di beni giuridici da parte del legislatore» la premessa assiologico-concettuale per rendere disponibile la scelta circa i mezzi della relativa tutela).

¹⁴³ J.C. CARBONELL MATEU, *Alternative al diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Crisi e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 317 ss.; p. 324.

¹⁴⁴ G. MARINUCCI, Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta, in Riv. it.

dir. proc. pen., 2008, p. 929 ss.

145 V. anche G. Jakobs, Was der Staat sich versagt, tritt er noch lange nicht an Private ab, Frankfurter Allgemeinen Zeitung, 19 ottobre 2012, che osserva «Umgangssprachlich wird ein sozialer Raum als rechtsfrei bezeichnet, wenn es faktisch nicht gelungen ist und auch nicht mehr ernsthaft versucht wird, das bestehende Recht in ihm durchzusetzen, so etwa bei länger

A dover essere messo in discussione è, in particolare, uno degli assi portanti della tesi sostenuta dai fautori della modernizzazione penalistica. Nessuno dei quali fa mistero di attribuire ad ogni intervento normativo una funzione spiccatamente costruttivistica. «Il diritto è una invenzione umana finalizzata all'ordinamento della realtà di un mondo previamente esistente». Un mezzo funzionale ad assicurare «un effettivo funzionamento [della realtà] come ordine sociale». Realtà altrimenti incapace, se lasciata, alla sua autonomia, di ordinarsi in modo da garantire «la sopravvivenza del genere umano» 146.

Non è certo una sorpresa, date queste premesse, il giudizio di legittimità attribuito all'inclusione dei beni collettivi nella sfera di competenza del diritto, prima, e del diritto penale poi 147. Nè sorprende la critica senza sconti a cui viene sottoposta la teoria personale del bene giuridico. Una diversa conclusione sarebbe infatti entrata in rotta di collisione con la premessa a tenore della quale senza l'intervento del diritto (pubblico) non c'è salvezza alcuna per l'ordine della società. Chi predica l'essenziale funzione legittimante del riduzionismo personalistico del catalogo dei beni giuridici, assume infatti che l'ordine sociale può prendere forma anche a prescindere – entro certi limiti – dall'intervento ordinativo del diritto penale e che, di conseguenza, la tutela dei beni collettivi, se intesi come vaga sintesi di «una argomentazione molto complessa» riguardante l'organizzazione della società 148, non necessariamente richiede un intervento coercitivo della legge penale, ben potendo essere salvaguardata dalle forze spontanee che l'azione individuale è in grado di mettere in moto e coagulare attorno a risultati socialmente significativi 149.

Prova ne sia, tacendo altro, il rilievo che nella grammatica penalistica francofortese riveste il tema del controllo sociale, quale ambiente in cui, in

147 Cfr. J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., p. 94 ss. Nella dottrina italiana non sono mancate opinioni favorevoli ad includere nella nozione di bene giuridico anche l'insieme delle attività giuridicamente regolate che realizzano funzioni socialmente rilevanti. G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso*, cit., p. 406. In senso contrario, evidenziando i perniciosi riflessi sull'*extrema ratio*, C. Longobardo, *Causalità e imputazione oggettiva*, ESI, Napoli, 2011, p. 90, nt. 120.

dauernden Hausbesetzungen. In der Rechtstheorie handelt es sich hingegen um einen Raum, in dem keine rechtliche Regelung gilt, weder eine erlaubende noch eine verbietende».

¹⁴⁶ L. Gracia Martin, *Concepto*, cit., p. 74.

¹⁴⁸ L. Gracia Martin, *Concepto*, cit., p. 16.

La fiducia in questi meccanismi non è affatto incondizionata. Prova ne sia l'impegno profuso per costruire un diritto sanzionatorio di nuovo conio (*Interventionrecht*) destinato ad applicarsi ad offese prive di una sufficiente base personalistica. W. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., p. 22 ss. Modello recepito anche dalla dottrina spagnola. Per tutti J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 33 s.

modo spontaneo ed informale, la società ordina se stessa attraverso norme auto-prodotte, sanzioni endo-amministrate e procedure spontaneamente definite per regolare la «vita di tutti i giorni, lo svolgimento di discussioni conflittuali e i diritti dei partecipanti» ¹⁵⁰. Esperienze con le quali il diritto penale è legato a doppio filo anche nella prospettiva della salvaguardia della sua natura di *ultima ratio* ¹⁵¹. Dalle stesse ricava infatti criteri essenziali per la sua legittimazione collettiva, oltre a direttrici empiriche sufficientemente univoche per indirizzare il suo intervento, quando necessario ¹⁵².

In ultimo, non si può trascurare il fatto che il rifiuto incondizionato opposto alle critiche di cui sono fatti oggetto i beni giuridici sovra-individuali a partire dall'ipotesi personalistica sviluppata dalla scuola di Francoforte, dovrebbe portare a prendere atto che la proclamata fede dei "modernizzatori" nell'intero apparato garantistico proprio del più classico diritto penale liberale – in specie nell'*extrema ratio* – si riduce ad essere l'atto devozionale praticato da un non credente.

8.2. Ancora sull'extrema ratio

Le difficoltà pratiche che oggi incontra il principio di stretta necessità, sono in buona parte figlie del successo teorico che può vantare. La solidità della sua legittimazione deontologica quale irrinunciabile criterio qualitativo del diritto penale liberale ha rassicurato la scienza penalistica portandola a credere che l'ormai acquisita valenza normativa potesse essere sufficiente per controllare – in via deduttiva – l'uso eccessivo del diritto penale. Si è così persa di vista, complici alcune posture metodologiche consolidate, la componente pragmatica di quel principio, tratto qualificante il suo dover essere fin dagli albori della penalistica moderna ¹⁵³.

Per rimediare a questo deficitario stato delle cose sono state suggerite soluzioni diverse, quasi tutte orientate a percorrere il sentiero fino ad oggi largamente trascurato: la strada che porta ad una maggior integrazione della

¹⁵⁰ W. Hassemer, *Perchè punire è necessario*, cit., p. 37 ss.; p. 47 (per la citazione).

¹⁵¹ Volendo G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., *passim* anche D. Pulitano, *Diritto penale*, cit., p. 29 che giudica «la risposta penale al reato [...] una risposta surrogatoria all'insuccesso di altri strumenti di regolazione e controllo sociale, che non sono riusciti a impedire la commissione di reati».

¹⁵² W. Hassemer, *Einführung*, cit., p. 317 ss.

¹⁵³ C. TRENDELENBURG, *Ultima ratio?*, cit., p. 172 ss.

scienza penalistica con le scienze contigue ¹⁵⁴. Passaggio indispensabile, si è detto, per dare un solido fondamento all'analisi funzionale delle premesse e delle conseguenze della legislazione penale proposta e positiva. Verifica che rappresenta un nuovo orizzonte operativo dell'*extrema ratio* ¹⁵⁵.

Non sono però mancati sforzi intesi ad esplorare altre vie. In particolare, si è messa in evidenza la necessità di intendere l'*extrema ratio* come principio bisognoso di letture non scollegate dalla specificità dei contesti – empirici e normativi – oggetto di intervento da parte del legislatore penale. A tal fine è in primo luogo necessaria una lettura del principio in esame, quale vettore normativo anti-utilitaristico e di protezione della libertà, alla luce della specificità del bene giuridico tutelato ¹⁵⁶. Solo così diviene infatti possibile mettere a fuoco, sul piano empirico, le peculiarità dei percorsi offensivi pronosticabili nell'ambito di un determinato contesto storico e sociale. Con il risultato finale di mettere l'*extrema ratio* con i piedi per terra, senza però smarrirne, al contempo, l'irrinunciabile portata garantistica di ostacolo alla subordinazione del singolo alla forza disciplinare della maggioranza e dello Stato ¹⁵⁷.

L'efficacia del modello analitico appena sintetizzato è legata a doppio filo all'esistenza di beni giuridici sufficientemente afferrabili o, comunque, idonei ad indirizzare processi ermeneutici in grado di dotare gli interessi tutelati di significati sufficientemente univoci ¹⁵⁸.

Risultato facilitato dal ricorso a processi di selezione ispirati alla centralità del momento personalistico: qui inteso soprattutto nella sua funzione di selettore logico-semantico di ciò che non possiede riferibilità diretta alla sfera di interessi di un soggetto individuale, collettivo o istituzionale che sia ¹⁵⁹. Un compito reso impossibile, invece, dall'affermarsi di costrutti meta-individuali che per la loro complessità funzionale o per la loro evanescenza assiologica finiscono per essere nulla più di un ricettacolo di istanze

¹⁵⁴ M. Donini, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2015, p. 96 ss., spec. § 7.

Per tutti M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 85 ss.; p. 281 ss.

¹⁵⁶ V. anche C. ROXIN, Él concepto de bien juridíco come instrumento de crítica legislativa sometido a examen, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia, 2013, p. 15.

¹⁵⁷ V. però S. Bacicalupo Saggese, La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto de Derecho Penal, in Cuadernos de Politica Criminal, 1999, p. 67, p. 12 ss.

¹⁵⁸ B. Schünemann, ¡El Derecho penal, cit., p. 732 (edizione Kindle).

¹⁵⁹ In questo senso non pare arbitrario intendere il riferimento alla personalità quale criterio costitutivo dell'afferrabilità. Su questo concetto cfr. F. Angioni, *Contenuti e limiti* cit., p. 75 ss.

funzionali meta-empiriche o di doveri di conformazione dell'agire sociale, che soffocano in partenza ogni possibilità di dare spessore critico-limitativo all'*extrema ratio* ¹⁶⁰.

Se, forti di tali acquisizioni, si guarda alla realtà del diritto penale contemporaneo, il risultato è sconfortante, a fronte della moltiplicazione dei beni programmatori ¹⁶¹, dell'insistenza con la quale la politica-criminale produce dettami deontologici della più varia natura (politica e morale) ¹⁶² e, in ultima analisi, per la diffusione di "rimpiazzi" normativi della stessa categoria del bene giuridico: quali indubbiamente sono gli obblighi di protezione di matrice sovranazionale, articolati dalla relativa giurisprudenza in una duplice forma, quali doveri: i) di evitare la commissione prevedibile di gravi delitti contro la persona; ii) di protezione della società. Obblighi performativi di cui anche l'ordinamento spagnolo sperimenta il capillare impatto: osservato dalla scienza penalistica senza riuscire a fugare i molti dubbi che questa novità sistematica suscita – in modo quasi paradossale – in punto di allineamento con alcune delle direttive garantistiche preordinate al divenire della politica criminale per scopi di tutela della libertà ¹⁶³.

In particolare, merita d'essere segnalato un passaggio della discussione in corso circa il significato e la portata politico-criminale del «deber de protección de la sociedad», in relazione al quale si è ritenuto di osservare, sul presupposto della tradizionale interpretazione del diritto penale come garanzia del reato contro gli abusi della maggioranza, che identificare la vittima in modo del tutto generale con la società nel suo complesso per poi attribuire ad essa «diritti di protezione contro la minoranza di individui pericolosi» significa sconfessare la lunga tradizione garantistica implicita nel riferimento al diritto penale come Magna Charta del delinquente ¹⁶⁴. Significa, ai più limitati fini di questa indagine, polarizzare il

Sul punto il consenso può dirsi trasversale. Cfr. B. Schünemann, ¡El Derecho penal, cit., p. 732 (edizione Kindle); W. Hassemer, Perché punire è necessario, cit., p. 152.

164 C. Tomás-Valiente Lanusa, Deberes positivos, cit., p. 44.

¹⁶¹ B. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 81, a parere della quale gli oggetti di tutela del diritto penale del rischio non sono altro che la cristallizzazione concettuale di «mere perturbazioni e condotte indesiderate o 'moleste' per il modello di funzionamento di un determinato subsistema» sociale. V. anche J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., p. 78 ss. (per la critica ai cc.dd. delitti di accumulazione). Una critica fulminante della consistenza – teoria ed empirica – del *topos* sicurezza è svolta da C.E. Paliero, *Sicurezza dei mercato o mercato delle (in)sicurezze*?, cit., p. 306 ss.

¹⁶² C.E. Paliero, *Il diritto liquido* cit., p. 1120 ss.

¹⁶³ C. Tomás-Valiente Lanusa, Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH, InDret, 2016, n. 3, spec. p. 42 ss.

discorso politico-criminale su nozioni che la riflessione sull'extrema ratio ha già individuato come fattori esiziali per il destino del principio in esame: qual'è l'eclissi del riferimento al bene giuridico, nonostante la sua autonomia teorica rispetto al principio di intervención minima; al pari della perpetuazione di una nozione di vittima a tal punto astratta, coincidendo con l'intera società, da essere di fatto trasfigurata in una figura giustificativa della razionalità preventiva del sistema nel suo complesso e della sua attivazione a tutto campo.

Fattori espansivi che, a maggior ragione se politicamente amplificati 165, caratterizzano la polemica dei fautori della modernizzazione del diritto penale contro l'eterodosso «discorso di resistenza» liberale. Opposto, attraverso il richiamo all'impianto garantistico che si assume proprio del diritto penale classico, alle derive tecnocratiche e simboliche che segnano la prassi del diritto penale moderno 166. Esperienza contrastata in nome della insopprimibile necessità di rispetto della libertà individuale contro ogni abuso della potestà punitiva per finalità con essa incompatibili 167, la cui affermazione è destinata a produrre risultati socialmente insostenibili, nel breve e nel lungo periodo, ulteriori alla mera negazione dell'autonomia come ratio essendi dell'idea di Persona, ma anch'essi meritevoli di impegno critico da parte della scienza penalistica 168. Un impegno doveroso sopratutto agli occhi di chi ammette che *l'extrema ratio* veicoli all'interno del discorso sulle garanzie, una proiezione sociale che pur facendo salva la radice individualistica del principio, delegittima l'impiego della coercizione penalistica a fronte della sua constatata disfunzionalità per la tutela di esigenze collettive (che sono di tutti e di ciascuno).

La proclamazione del suo valore da parte di chi però ritiene che sia scoccata l'ora di superare l'ipoteca personalistica di cui è ancora oggi gravato il sistema penale – sebbene nei soli limiti necessari per rimediare alle disfunzioni sociali che si assumono connesse alla sua vigenza 169 – significa

L. Gracia Martin, Prolegomenos, cit., p. 54 s.

¹⁶⁶ J.M. PAREDES CASTAÑON, Recension a GRACIA MARTIN Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la critica del discurso de resistencia, Pol. crim., n.2, R /, 1-27, RDPC, 2006, n.17, spec. p. 6; p. 8; p. 9 ss.

¹⁶⁷ W. Hassemer, Perchè punire è necessario, cit., 152.

¹⁶⁸ J.M. SILVA SANCHEZ, *Sfide scientifiche e sfide politiche*, cit., p. 43. La «legislazione che si sta sviluppando al di fuori del nucleo tipico ed essenziale del diritto penale [...] è un campo buono per procedere [...] ad articolare osservazioni sulla base di criteri di efficacia relativa dello strumento penale prescelto e di altri alternativi ad esso».

¹⁶⁹ L. Gracia Martin, *Prolegomenos*, cit., 73 ss.; 113; 128 ss.; 166 s.; 181 ss. e 207.

inquinare il dibattito con un argomento anfibio e spurio ¹⁷⁰: del tutto inidoneo a cauterizzare il rischio che sotto la spinta di teleologismi organizzativi di stampo pubblicistico confacenti al "nuovo" *mainstream* politicoideologico, l'*extrema ratio* si trasformi nel suo opposto: in quella *sola ratio* di regolazione dei conflitti sociali che pur si continua a ritenere doveroso contrastare ¹⁷¹.

8.3. Il 'rischio' politico-criminale tra regole e principi

Non si fa torto all'intelligenza dei protagonisti di questa 'storia' riducendo il merito del dibattito ad una questione circa l'identificazione dei limiti che il fondamento individualistico del diritto penale – Magna Charta del reo – può continuare a rivendicare come essenziale nota di legittimazione della potestà punitiva a fronte dell'emersione di istanze collettive d'ordine: qualunque sia il razionale che ne definisce il merito, se in discontinuità rispetto al nucleo intangibile dell'autonomia individuale, che per sua natura empirica/assiologica non ammette sacrifici, quant'anche bene intenzionati, di fronte ad istanze che la trascendono. Tema diversamente declinabile, riprendendo antiche suggestioni 172, a partire dall'interrogativo in merito all'estensione della competenza politico-criminale, in prima istanza e con i suoi consueti modi non dialogici, quando si tratti di soddisfare taluni bisogni della società quale entità olistica. Questione di certo non elusa né dagli 'individualisti' francofortesi, né dai teorici del diritto penale minimo, le cui pagine mettono sufficientemente in guardia contro i rischi di soluzioni che negano la competenza elettiva della politica sociale ad affrontare il tema della difesa della società da ogni forma di insicurezza e, quindi, anche dal rischio criminale 173. Ricetta che trova ulteriore consenso nell'idea che

¹⁷⁰ J. M. PAREDES CASTAÑON, Recension, cit., p. 24 s.

¹⁷¹ J. M. PAREDES CASTAÑON, Recension, cit., p. 22.

¹⁷² M. SBRICCOLI, «Il diritto penale sociale» (1855/1912), cit., p. 557 ss. (con riferimento al pensiero del liberale Luigi Lucchini a proposito delle proposte del positivista Enrico Ferri quale fautore di un sistema di «sostitutivi penali»).

¹⁷³ L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65. V. anche L. Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1668 ss.; spec. p. 1680 ss.; p. 1682. In precedenza, F. Bricola, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 177 ss. V. anche W. Naucke, *Negatives Strafrecht*, cit., p. 130.

il garantismo, quale legge del più debole, impone alla politica penale di esercitarsi entro i limiti della stretta necessità (*nulla poena sine necessitate*) e alla politica sociale, invece, di massimizzare i contenuti dei diritti sociali ¹⁷⁴.

Con un rischio, però, al quale non sfugge alcuna proposta intesa a conservare intatto lo spazio di generale competenza – salvo eccezioni – della mediazione politica e dei suoi apparati in termini co-estensivi alle (ritenute) esigenze dell'ordine collettivo, altrimenti, come si presume, in balia dell'insicurezza e del *caos*.

Il sospetto è, infatti, che quella persistenza, lungi dall'esaurirsi nella salvaguardia non coercitiva delle condizioni che rendono possibile la sicurezza dei diritti ed il loro progresso, realizzi un effetto moltiplicatore di ciò che è meritevole di pena, risolvendosi, di conseguenza, nel volano di un diritto penale intrusivo; specie se quel progetto fa valere le sue indubbie prerogative costituzionali di 'sfondo' (art. 3/2 Cost.) ¹⁷⁵: idonee, in termini normativi, e dunque giustiziabili ¹⁷⁶, a qualificare espansivamente tanto l'idea della necessità, quanto il predicato restrittivo che la qualifica come presidio essen-

¹⁷⁴ L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64.

¹⁷⁵ L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

¹⁷⁶ La questione non è pacifica. Non v'è consenso, infatti, sull'esatto perimetro della giustiziabilità degli obbiettivi collettivi che godono di formale rango costituzionale. V., per tutti, L. FERRAJOLI, Dei diritti e delle garanzie cit., p. 78 ss. (che esclude, ad esempio, da tale novero l'art. 3/2 Cost, trattandosi di norma costituzionale che non è regola, «non essendone configurabile una specifica violazione», ma solo principio direttivo; che dunque formula un obbiettivo perseguibile «da politiche pubbliche, cioè da insiemi eterogenei ed indeterminati di possibili attività, nessuna delle quali è configurabile come [sua] attuazione oppure, se omessa, come [sua] violazione»). Questione di particolare rilievo. Fornisce, infatti, un'ulteriore conferma della (potenziale) correlazione tra l'ampia competenza politica garantita da siffatte norme e l'espansione dell'intervento penalistico: tanto sul piano legislativo, una volta che quella competenza sia esercitata a fondo, quanto su quello applicativo, quando a venire in rilievo sia il momento della c.d. interpretazione costituzionalmente conforme. Ipotesi nella quale è possibile censire, oltre alla pretermissione del momento individuale, anche una profonda incrinatura della separazione dei poteri. Su quest'ultimo punto si consenta il rinvio a G. MARRA, La «politica penale giudiziaria» rivisitata, cit., p. 273 ss. Da un più ampio angolo visuale, il tema evoca il rapporto tra le istituzioni democratiche e la legittimazione del diritto penale. Cfr. G. FIANDACA, Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica, in M. Donini, G. Insolera (a cura di), Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 41 ss. Riflessione che mette in guardia contro le tentazioni di supplenza nei confronti della lex parlamentaria da parte di auto-proclamati custodi dell'unico diritto penale legittimo: qui meritevole di attenzione perchè, da un lato, 'ambienta' la crisi in cui versa l'extrema ratio, mentre dall'altro dimostra, una volta di più, che le fortune di quella formula non possono prescindere dalla messa in discussione della discrezionalità politica e, più radicalmente, della sovranità statuale sulla società. Se questa rimane intatta,

ziale di un diritto penale liberale che si accontenta di «amministrare il male minore, di curare le piaghe e di correggere» i più vistosi difetti dell'ordine sociale, lasciando ad 'altri', e in primo luogo all'autonomia dei consociati, il compito di traghettare il legame sociale dal «regno del male minore e della necessità, a quello dell'utilità e della libertà» 177. In breve: se la punizione, quale atto di autorità, è illegittima qualora esercitata fuori dai casi di stringente necessità, allora la coercizione penale risulta priva di giustificazione se, come le altre «cattive leggi e le viziose operazioni politiche», interviene laddove le «arti si mettono da sé medesime al necessario equilibrio» 178. Presupposto fattuale che, se sfiduciato in termini non puntiformi e in base ad argomenti meta-empirici, modifica in radice la logica limitativa della stretta necessità, dato che «l'intervento legislativo», e quello penalistico in specie, non possono essere più «confus[i] con l'intrusione, disastrosa ed iniqua, di un interesse particolare sostenuto dal potere pubblico» nella sfera dell'autonomia individuale, trattandosi, al contrario, del rimedio esclusivo all'anomia sociale propria di quest'ultima ¹⁷⁹.

L'ambientazione costituzional-democratica del discorso sulla modernizzazione del diritto penale consente di mettere a fuoco un ulteriore focolaio di crisi per ogni sforzo inteso a recuperare l'idea dell'*extrema ratio* quale criterio di delegittimazione dell'esperienza del diritto penale intrusivo.

Un fattore all'apparenza paradossale, considerando che la sua radice risale al rango costituzionale che si intende assegnare a quella formula, quale principio selettivo dell'intervento penale legittimo ¹⁸⁰. La sorpresa è però destinata ad attenuarsi se, stando a quanto affermano i neo-costituzionalisti e i gius-realisti ¹⁸¹, si riflette sul fatto che l'*extrema ratio* viene così inclusa all'interno di un contesto sistematico privo di gerarchie, la cui normatività vive di de-formalizzate operazioni di bilanciamento, alle quali è affidato il compito di dare ordine alla pluralità, destinate ad operare su materiali normativi – i principi – vaghi, dipendenti dal contesto e, dunque, quando il contesto è impregnato di sfiducia nei confronti dell'autonomia individuale, aperti a

alimentata da istinti benevolenti, la speranza di recuperare ad ruolo fisiologico la potestà punitiva è davvero flebile.

P. Audegean, Cesare Beccaria, filosofo europeo, Carrocci, Roma, 2014, p. 189 s.

¹⁷⁸ Cfr., rispettivamente, C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* cit., § II; Id., *Elementi di economia pubblica,* Tipografia Economia, Torino, 1852, § 27.

¹⁷⁹ P. Audegean, Cesare Beccaria, cit., p. 177.

¹⁸⁰ F. Bricola, Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela, Id., Politica criminale, cit., p. 189 ss.

¹⁸¹ L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 80; p. 120 ss.

processi di ridimensionamento degli spazi di garanzia delle libertà negative. Osservazione che suggerisce di interpretare la crisi dell'*extrema ratio* anche come conseguenza della sua natura di principio privo di fattispecie ¹⁸².

Lacuna sulla quale, in vario modo, e non sempre in termini espliciti, si sono concentrati i critici dell'espansione del diritto penale e del ruolo sociale dell'idea punitiva, la cui riflessione, o parti significative di essa, può essere intesa come un robusto tentativo di ricondurre il principio di *extrema ratio* alla regola della «assoluta necessità», quale «prescrizione generale e/o astratta di cui siano configurabili l'osservanza e l'inosservanza» ¹⁸³.

Direzione verso la quale sembrano muoversi quanti radicano quel principio su schegge gius-naturalistiche e su rigorose inferenze logiche sviluppate a partire da quei nuclei primitivi – *id est:* postulati – «non ulteriormente dimostrabili» ¹⁸⁴: a maggior ragione se, come illustrano i progressi della comparazione, è vero che «nell'area del diritto muto», ove è ambientata l'antica idea giusnaturalistica, «il diritto consta di regole» che «esauriscono l'area del diritto» ¹⁸⁵.

Esercizio che oltre a riportare il discorso nel punto ove Cesare Beccaria l'aveva avviato calando l'idea della necessità di pena nella realtà degli ordini spontanei, la cui autonomia circoscrive la portata della prima in termini di assolutezza, consente anche, riannodando antichi fili, di rinvigorire l'idea della «Costituzione come forza scettica» nei confronti della coercizione quale mezzo d'ordinamento collettivo («Machtskeptischen Verfassung») 186. Sensibilità che appartiene a pieno titolo alla primigenia filosofia garantistica del costituzionalismo che, nonostante l'evoluzione rappresentata dall'avvento della Costituzione sociale, continua a rappresentare un persistente nucleo di valore consegnato intatto da quella tradizione alla modernità 187.

¹⁸² W. NAUCKE, Negatives Strafrecht, cit., 37.

¹⁸³ L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 79.

W. Naucke, *Der Begriffe* cit., p. 2. Nella riflessione di quest'autore il quadro risulta ulteriormente semplificato in ragione del fatto che il criterio fondamentale di una "nuova determinazione dei rapporti tra diritto penale e legge penale" è fissato dalla regola della necessaria "tutela dell'individuo contro la forza". Regola derivata dall'illustre autore dall'autonomia originaria della persona, che costituisce, quindi, il postulato dal quale la prima si ricava per via di deduzione logica. W. Naucke, *Negatives Strafrecht*, cit., p. 132.

¹⁸⁵ R. Sacco, *Il diritto muto*, cit., p. 77. V. anche p. 48; p. 108 ss.

¹⁸⁶ W. NAUCKE, Negatives Strafrecht, cit., p. 129.

¹⁸⁷ N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2016, spec. p. 310 ss.

9. Conclusioni

Il problema dell'eccessiva invadenza della potestà punitiva nella vita individuale e collettiva non ammette soluzioni che assegnano un merito esclusivo ad una delle parti in causa 188.

Richiede di praticare l'arte della differenziazione per conservare il buono ed eliminare il vano che le due letture mettono in campo. Perlomeno se il fine reale è quello dichiarato di salvaguardare lo Stato di diritto e l'odine delle libertà del quale è guardiano. Perché se è vero che «il discorso di modernizzazione» puntualizza l'imprescindibile necessità che la politica-criminale non esasperi la propria anima nera (securitaria), castigando la marginalità ed amplificando le diseguaglianza di censo e di ceto, anche come conseguenza di selettivi decreti di immunità di fatto o di diritto ¹⁸⁹, è altrettanto indubbio che anche il «discorso di resistenza» presenta lati oscuri: non escludendo, ad esempio, il reflusso delle istanze punitive in contesti operativi opachi (*Interventionrecht*) ¹⁹⁰, le cui stanze oscure celano densissimi rischi per la libertà individuale.

Potenziale che, peraltro, non è escluso possa funzionalmente saldarsi con le ricette auspicate dai modernizzatori, condividendo con questi l'idea dell'avvenuto superamento dello Stato-Leviatano: la direttrice politica che consente di intendere questa nuova fisionomia come espressiva di tratti benevolenti idea che con facilità evolve nell'indisponibilità a met-

¹⁸⁸ C.J. LASCANO, La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes', www.defensesocial.org (consultato il 15 genpaio 2017)

L'osservazione deve fare i conti, almeno in Italia, con il fenomeno della c.d. supplenza giudiziaria quale forza dotata di autonomia funzionale e valoriale impiegata allo scopo di superare tali lacune. Da ultimo, si veda il quadro tracciato da D. Brunelli, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in www.penalecontemporaneo.it., 2016, spec. p. 8 ss. (anche per aggiornate indicazioni bibliografiche). Non si tratta però di un tema solo italiano. Cfr., almeno, A. Garapon, D. Salas, *La Repubblica penale*, cit., *passim*

¹⁹⁰ W. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., p. 22 s. Per una analisi critica si veda C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici? Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220 ss. Sulla realtà di tale proposta nella politica penale spagnola cfr. P. R. Casemeiro, *The law and order approach to criminal law in the administrative sanctioning system*, in *www.penal.org*. (consultato il 22 gennaio 2017). Approccio, per vero, neppure nuovo, Id., *La evolución de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en el España del siglo XIX y principios del siglo XX*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2003, p. 141 ss.

tere radicalmente in questione sul piano teoretico la prerogativa punitiva della sovranità politica ¹⁹¹.

Un problema tutto sommato marginale nell'immagine della Scuola di Francoforte riflessa dallo specchio della dottrina penalistica spagnola.

Non è arbitrario ritenere che proprio il silenzio serbato sul punto valga però ad identificare il tratto conservativo che consente alla legge penale di prosperare quale strumento d'effettività d'ordini sociali politicamente garantiti, la cui messa in questione, in primo luogo sul piano empirico, schiude spazi di ri-legittimazione degli ordini spontanei emergenti dalla radice della volontaria coordinazione tra pari e, di conseguenza, ad una ragionevole tenuta programmatica del merito garantistico del diritto penale dello Stato di diritto – che, al di là della conservazione del nome, dà il peggio di sé quando la legittimità dell'azione pubblica si identifica nel rispetto della sola legge positiva valida – e del principio di *extrema ratio*, che dopo i decenni trascorsi vagando ramingo nel quadro della teoria del reato, si candida a far salva l'effettività di questo punto di equilibrio tra modernizzazione del diritto penale e salvaguardia del suo *ethos* liberale ¹⁹².

Ciò non significa, come si è sempre osservato sulle rive del Meno, che la politica non possa farsi carico di esigenze di promozione, perequazione e tutela di una più coesa integrazione sociale, rispetto a quella granulare propria di modelli più individualistici, ma solo che quegli scopi non possono essere perseguiti politicamente attraverso il diritto penale e gli altri mille congegni inventati dalla politica-criminale della società punitiva per estendere l'area della "materia penale" 193.

Lettura che non può certo lasciare insensibile il penalista italiano 194.

¹⁹² Si veda anche quanto più in generale osservato dal francofortese J. HABERMAS, *I fondamenti morali pre-politici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER, J. HABERMAS, *Etica religione e stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2004, p. 21 ss., spec. p. 26 s.; p. 34 s.

¹⁹¹ C. PRITTWITZ, Garanzie di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale cit., p. 12 ss. Si veda anche F. SGUBBI, Il reato come rischio sociale, Il Mulino, Bologna, 1990, spec. p. 11 ss.; A. BONDI, Philosphieverbot. L'agonia del diritto penale moderno, in Scritti in onore di Giorgio Marinucci, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 99 ss.

¹⁹³ Cfr. W. Naucke, I limiti del diritto penale cit., p. 110. Neppure, per vero, attraverso un diritto sociale integrale. Cfr. K. Lüderssen, Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht, (hrsg) E. Kempf, K. Volk, K. Lüderssen, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers, De Gruyter, Berlin, 2009, p. 241 ss.; spec. p. 316. V. anche L. Ferrajoli, Dei diritti e delle garanzie, cit., spec. p. 65.

¹⁹⁴ Una prima sperimentazione del positivo significato politico-criminale del funzionamento degli ordini spontanei, il cui modello elettivo è il mercato, è oggi condotta con riferimento all'analisi critica di alcuni aspetti della legislazione di contrasto alla proliferazio-

Non foss'altro che per la copertura costituzionale che è in grado di esibire; dato, altresì, il peculiare rilievo che l'esperienza costituzionale riveste agli occhi della dottrina italiana impegnata a discutere dei limiti del legittimo fondamento della potestà punitiva ¹⁹⁵.

Il tutto a partire dal riconoscimento dell'*extrema ratio* quale principio apicale dell'ordinamento penale ¹⁹⁶.

Principio che nella prospettiva anti-positivistica particolarmente coltivata dalla scuola di Francoforte, assistita da ampio riscontro nelle guarentigie del pluralismo costituzionale (*in primis:* art. 2, comma 1 Cost.), si accredita quale fondamentale canone di garanzia contro gli eccessi della potestà punitiva, a tutela della realtà empirica del pre-positivo ordine delle autonomie, emergente dalla pratica delle libertà che si esercitano attraverso il coordinamento volontario delle diverse pretese individuali ¹⁹⁷.

Ipotesi che sfugge sia alle reprimende che i modernizzatori indirizzano al minimalismo penale perché, in fondo, attraverso quella apertura si esprime una vena democratica qual'è quella che percorre la bürgerliche Gesell-schaft 198, sia alle critiche indirizzategli in molte pagine della scuola di Francoforte, in ragione della caratura riformistica che questa lettura dell'extrema ratio sembra fin da ora rivestire 199.

ne delle sostanze stupefacenti. In particolare, da quegli autori che ritengono opportuna la selettiva rimozione delle norme punitive in quanto, si osserva, il meccanismo della domanda e dell'offerta potrebbe allontanare la criminalità organizzata, dato il crollo dei profitti attesi, mentre il mercato legale avrebbe di per sé l'effetto di diminuire la pericolosità delle sostanze. Da ultimo si veda A. Cadoppi, B. Scarcella, *California Dreaming. Per una legalizzazione della cannabis e dei suoi derivati,* in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2016, spec. p. 7 ss. Chiave di lettura non estranea alla giurisprudenza di merito. Tribunale di Urbino - GUP, 12.3.2015, n. 39.

¹⁹⁵ In senso difforme, con specifico riferimento all'attualità di un sistema penale che ha perso il suo baricentro legale a favore del ruolo centrale del momento applicativo, si veda M. ROMANO, *Dogmatica e politica criminale, oggi,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2014, p. 783 ss.

¹⁹⁶ G. FORTI, La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 69 s.

La chiave di lettura dell'extrema ratio qui coltivata deve fare i conti con l'ostilità che incontra l'idea del diritto degli ordini spontanei in Spagna, in Italia e in Germania. Paesi dove quell'idea vive relegata in aree ereticali, per la riluttanza della riflessione sul diritto ad abbandonare "lo sfondo problematico della dottrina dello Stato" e della sovranità. G. LICCI, Immagini di conoscenza giuridica, Cedam, Padova, 2011, p. 126. Ma di ciò non può darsi qui ulteriore conto.

¹⁹⁸ S. CASSESE, La democrazia e i suoi limiti, Mondadori, Milano, 2017, p. 43. V. anche N. MATTEUCCI, La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale, Il Mulino, Bologna, 1987.

¹⁹⁹ W. NAUCKE, Negatives Strafrecht cit., p. 82.

Prolegomena alla riforma del diritto penale dell'informatica nell'ordinamento giuridico della repubblica di San Marino

Abstract

- Il presente lavoro mira ad approfondire lo studio delle fattispecie di reato in campo informatico vigenti nell'ordinamento italiano e in quello sammarinese, nonché le fonti sovranazionali di riferimento, allo scopo di individuare il contesto politico-criminale e comparatistico in cui l'aggiornamento del diritto penale dell'informatica nel codice penale sammarinese può utilmente svolgersi. Hanno collaborato al presente lavoro Cecilia Ascani, Chiara Bigotti, Giulio Vanacore.
- This work aims to deepen the study of the criminal offenses against computer crimes both in Italian and in the San Marino legal system. An analysis of the international sources will be also given in order to identify the policy and comparative context, in which the updating of the computer crimes legislation in the San Marino penal code can usefully take place.

 Cecilia Ascani, Chiara Bigotti and Giulio Vanacore contributed to this work.

^{*} Professore ordinario di Diritto penale (ssd. IUS/17) presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Urbino 'Carlo Bo'.

LUCIO MONACO

PROLEGOMENA ALLA RIFORMA DEL DIRITTO PENALE DELL'INFORMATICA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO

SOMMARIO: 1. Premessa. La criminalità informatica: un fenomeno in espansione – 2. La Convenzione di Budapest e la legislazione penale sammarinese – 3. La risposta italiana alla criminalità informatica e la ratifica della Convenzione di Budapest – 4. Discipline penalistiche a confronto: individuazione delle opportune modalità d'intervento nell'ordinamento sammarinese – 5. Riflessioni conclusive sulla necessità di riforma del codice penale sammarinese in relazione ai beni informatici meritevoli di tutela.

1. Premessa. La criminalità informatica: un fenomeno in espansione

Le economie mondiali e la società globalmente intesa hanno subìto radicali trasformazioni per effetto dell'espansione della rete, soprattutto a partire dalla c.d. bolla di internet esplosa nel 2000. La rete riveste ormai importanza strategica in ogni settore: l'e-commerce è in costante crescita e sottrae fette sempre più importanti al mercato reale; il massiccio utilizzo da parte di imprese e pubbliche amministrazioni delle comunicazioni elettroniche è favorita dall'abbattimento dei costi relativi alle barriere spaziotemporali di trasmissione dei dati.

Da Internet dipende la funzionalità delle infrastrutture critiche degli Stati, come la rete idrica, elettrica, le telecomunicazioni e i mezzi di *intelligence* a difesa della sovranità nazionale. La tecnologia informatica è divenuta essenziale anche sotto il profilo sociologico, per quanto attiene alle interazioni tra persone, attraverso i *social network*, forum, *blog*. Ciò ha comportato la moltiplicazione delle identità digitali, quali proiezioni delle molteplici sfaccettature della personalità degli utenti in carne ed ossa.

Il web è stato concepito come strumento tecnologico per la circolazione di dati e informazioni. Ha altresì assunto il ruolo di volano della conoscenza e catalizzatore dei principi di democraticità e uguaglianza nella misura in cui concede l'accesso indiscriminato al sapere. La sua vitalità è destinata ad accrescersi in forza del c.d. **effetto di rete**: quanto più una rete è estesa

ed altamente utilizzata, tanto più acquista valore, perché cresce l'utilità che ciascuno può ricavarne e incentiva al suo utilizzo coloro che ancora non lo fanno. Altro fattore di crescita di internet è la sua configurazione come bene non rivale: l'utilizzo contestuale da parte di più utenti non diminuisce l'utilità che gli uni e gli altri possono trarne.

Alla luce di queste considerazioni, è evidente come la sicurezza delle reti e delle informazioni si elevi a interesse giuridico di primaria importanza per la stessa preservazione e il progresso dell'umanità. La sicurezza informatica può addirittura declinarsi come un "bene comune", ossia come un bene indispensabile per la collettività, al pari delle risorse naturali (fonti idriche, riserve naturali, etc.)¹.

Qualsiasi strategia di contrasto al *cybercrime* è destinata a fallire se non tiene conto della dimensione ultrastatuale del fenomeno. L'armonizzazione più estesa possibile delle discipline penalistiche sostanziali e processuali tra le nazioni costituisce un imprescindibile punto di partenza. Consapevole di ciò, per esempio, l'Unione europea ha incluso la criminalità informatica tra le nove materie tassative che consentono l'adozione di direttive in materia penale (art. 83 TFUE²). È in discussione, inoltre, una proposta di direttiva (2013/48/UE) che ha a oggetto la sicurezza delle reti e delle informazioni, in quanto ritenuta «precondizione per la creazione di un ambiente virtuale affidabile per lo scambio di servizi su scala mondiale»³.

¹ La categoria giuridica dei beni comuni nasce come alternativa a quelle di beni privati e pubblici, per affermare l'idea di appartenenza collettiva di quelle risorse, naturali o artificiali, materiali o immateriali, necessarie per la comunità.

² « Articolo 83. - 1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

^{2. (}omissis)

^{3. (}omissis)».

³ Relazione alla proposta di direttiva 2013/48/UE. Tale proposta prevede l'adozione di un modello di gestione condivisa, secondo un apparato di regole cautelari e precauzionali, nel quale la sanzione penale funge da incentivo alla loro osservanza.

Secondo le statistiche italiane riportate nel rapporto CLUSIT 2013, la frequenza degli incidenti è aumentata nel complesso del 250% in un solo anno; il *cybercrime* è diventato la causa di oltre il 50% degli attacchi nel 2012, con una crescita anno su anno del numero di attacchi di oltre il 270% ⁴. Da questi dati si evince come la traslazione della vita reale su quella virtuale per effetto dell'utilizzo massivo di Internet abbia inevitabilmente comportato l'incremento del suo impiego anche per fini illeciti (c.d. *dual use*).

L'espressione "reati informatici" può essere intesa in due accezioni:

- 1. reati informatici in senso ampio, comprensivi di tutti gli illeciti comuni commessi mediante lo strumento informatico (per esempio, la diffamazione *online*);
- 2. reati informatici in senso stretto, in riferimento a quelle figure di reato nelle quali l'elemento informatico la connessione, l'elaboratore, i sistemi informatici e telematici, il software si presenta come elemento imprescindibile e caratterizzante della fattispecie, sicché non è possibile estendere alcuna fattispecie 'comune' per la profonda diversità strutturale (ad esempio, l'accesso abusivo a sistema informatico o telematico, art. 615-ter, c.p., la frode informatica art. 640-ter c.p.).

Le statistiche dimostrano il fallimento delle politiche di autogoverno della rete, pur vivacemente caldeggiate dai sostenitori della *net neutrality*⁵.

⁴ Si tratta del rapporto annuale sulla sicurezza informatica in Italia dell'associazione italiana per la sicurezza informatica (CLUSIT) che prende in considerazione gli anni 2011, 2012 e i primi sei mesi del 2013. È possibile consultare il rapporto CLUSIT al seguente link: http://www.assintel.it/wp-content/uploads/2012/11/Rapporto_Clusit-2013_Settembre.pdf

⁵ I sostenitori della *net neutrality* (neutralità della rete) basano il loro pensiero su considerazioni legate all'architettura di Internet. Dal punto di vista tecnico, infatti, la si basa su determinati strumenti tecnici (i protocolli) che esprimono una specifica filosofia tecnologica: la riduzione al minimo delle operazioni che la rete deve compiere, attribuendo tutte le attività più importanti ai punti terminali della rete stessa, vale a dire al computer del mittente e a quello del destinatario del messaggio. Al contrario, le apparecchiature che si trovano ad operare tra i due punti terminali e che governano il traffico della rete (router e gateway) si limitano a trasmettere i pacchetti. Proprio l'indifferenza verso i contenuti veicolati rappresenta il nocciolo duro del principio di neutralità della rete. Questo principio costituisce, in primo luogo, una garanzia di "innovazione decentrata", perché in questo modo la rete può essere utilizzata per qualsiasi nuova soluzione tecnologica o nuovo modello economico. In secondo luogo, declinata come assenza di discriminazioni rispetto al contenuto del messaggio veicolato e alla natura del mittente, la neutralità determina importanti risvolti sul piano sociale e politico, favorendo la libera circolazione delle idee, dei principi e delle opinioni. In sostanza, i sostenitori della net neutrality non escludono che la trasmissione di certi contenuti sia vietata dal diritto, né che certi messaggi siano eliminati al punto di arrivo (come

Al contrario, di fronte alla tutela dei beni primari per la pacifica convivenza e sicurezza, è difficile sostenere le tesi a favore l'estromissione dello Stato o di Convenzioni internazionali che regolamentino talune attività o l'utilizzo di determinate tecnologie. L'intervento del legislatore penale a tutela dei beni giuridici che rischiano di essere lesi attraverso i crimini informatici appare necessario in considerazione della maggior carica lesiva delle violazioni commesse *online*. Si pensi al caso della pedopornografia, il cui livello di pericolosità prima dell'avvento di internet era pressoché minimo, mentre ora ha assunto dimensioni elefantiache, tanto da creare un vero e proprio mercato occulto di scambi.

2. La Convenzione di Budapest e la legislazione penale sammarinese

La Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001 costituisce ancor oggi il principale strumento giuridico di contrasto della criminalità informatica. Molteplici sono le motivazioni che hanno indotto il Consiglio d'Europa alla sua adozione: dai profondi cambiamenti provocati dalla digitalizzazione, convergenza e globalizzazione delle reti informatiche, alla preoccupazione per l'utilizzo per fini illeciti della rete, a fronte delle lacune normative riscontrate dalla prassi. La Convenzione mira a istituire, tra gli stati aderenti, una normativa penale e processuale omogenea, in grado di eliminare le zone franche per il crimine online e risolvere i delicati problemi di giurisdizione e perseguibilità da esso posti. Le caratteristiche del web, infatti, costituiscono un terreno fertile per la proliferazione dei reati: deterritorializzazione e ubiquità hanno comportato l'annientamento delle limitazioni temporali e dei confini spaziali sui quali si reggeva il principio di sovranità territoriale; la neutralità si atteggia a peculiarità strutturale di Internet e, declinata come libertà di circolazione dei dati e indifferenza verso i contenuti veicolati in rete, si è tradotta in un ricettacolo per i malintenzionati, a causa dell'assenza di controlli.

accade per i filtri anti-spamming). Negano piuttosto che l'attuazione dei divieti giuridici o di preferenza di determinati utenti sia affidata agli *internet service providers*, in quanto soggetti che filtrano e veicolano i pacchetti di dati.

D'altra parte, avverso questa corrente di pensiero si impongono considerazioni di ordine economico: garantire l'assoluta neutralità della rete può trasformarsi in un fattore di incertezza per gli operatori economici con conseguente riduzione degli investimenti in quel servizio, tecnologia o infrastruttura.

Come è noto, la Convenzione è articolata in quattro capitoli ("Definizioni", "Misure da adottare a livello nazionale in tema di diritto sostanziale e processuale", "Cooperazione internazionale", "Clausole finali"), a loro volta suddivisi in sezioni. Il secondo capitolo concernente le "Misure da adottare a livello nazionale", è strutturato in due sezioni: l'una dedicata al diritto penale sostanziale e l'altra al diritto processuale. La lettura della sezione relativa al diritto penale sostanziale consente di affermare che le condotte tipiche descritte dalla Convenzione sono, nel loro complesso, conformi ai criteri di imputazione cui si ispira il codice penale del 1974, suggerendo una riforma coerente rispetto ai principi generali della responsabilità penale della Repubblica di San Marino e con l'impianto liberale del codice stesso.

La Convenzione si limita a descrivere gli elementi essenziali comuni alle singole fattispecie, rimandando al legislatore nazionale l'adozione di misure legislative e di altra natura essenziali per introdurre norme penali.

La sezione di diritto penale sostanziale raggruppa le singole fattispecie in relazione al bene giuridico minacciato o leso. Il titolo primo si occupa dei "Reati contro la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati e dei sistemi informatici".

L'art. 2 descrive le condotte intenzionali di accesso illecito a tutto o a parte di un sistema informatico senza diritto, rimettendo alla discrezionalità di ciascun ordinamento la possibilità di prevedere: 1) la condizione obiettiva di punibilità relativa alla protezione del sistema oggetto di accesso abusivo mediante misure di sicurezza; 2) il dolo specifico ("con l'intento di ottenere dati informatici, o altri intenti disonesti").

Viene, altresì, richiesta la criminalizzazione dell'*intercettazione illegale* operata con mezzi tecnici, di trasmissioni pubbliche di dati informatici che partono da, o giungono, o si trovano all'interno di un sistema informatico, comprese le emissioni elettromagnetiche (art. 3). Il singolo stato può prevedere che il fatto sia punito solo in presenza di dolo specifico (con intenti disonesti) o soltanto in relazione ad un sistema di computer che è connesso ad un altro computer. Un'altra ipotesi di reato è quella relativa all'*interferenza dei dati*, che consiste nell'intenzionale danneggiamento, cancellazione, deterioramento, alterazione o soppressione di dati informatici senza diritto, con la possibilità, per ciascuno stato, di circoscrivere l'area penalmente rilevante al caso che dal comportamento derivino ingenti danni (art. 4).

È imposta l'incriminazione *dell'interferenza del sistema*, che consiste nel fatto di ostacolare gravemente senza diritto il funzionamento di un sistema informatico mediante l'immissione, la trasmissione, il danneggiamento, la cancellazione, il deterioramento, l'alterazione o la soppressione di dati informatici (art. 5). Il titolo I si conclude con il reato di *uso improprio di*

dispositivi che si sostanzia nella produzione, vendita, approvvigionamento per l'uso, l'importazione, la distribuzione o altra forma di messa a disposizione di: 1) un dispositivo come un programma per computer, destinato o utilizzato principalmente al fine di commettere uno dei reati descritti negli articoli da 2 a 5; 2) una password del computer, un codice di accesso o informazioni simili, con il fine di utilizzo per la commissione di uno dei reati di cui agli articoli da 2 a 5. È incriminato anche il mero possesso di uno dei due oggetti descritti, purché risulti finalizzato a commettere i reati sopra indicati (art. 6). Si specifica che tale condotta costituisce reato solo nel caso in cui si persegua lo scopo di commettere uno dei reati di cui agli articoli da 2 a 5 della Convenzione.

Il titolo II è intitolato "Reati informatici connessi" e prevede due ipotesi di reato. La prima concerne la falsificazione di computer connessi, consistente nella condotta dolosa di ingresso, alterazione, cancellazione o soppressione, senza diritto, di dati informatici, con possibilità di circoscrivere la responsabilità penale alle ipotesi di dolo specifico ("intento di frode o simile intento disonesto"; art. 7). La seconda fattispecie, formulata come reato di evento, attiene alla frode informatica, che si sostanzia nell'arrecare a terzi una perdita di proprietà e nel procurarsi, senza diritto, un beneficio economico per sé o un terzo, attraverso l'ingresso, alterazione, cancellazione o soppressione di dati informatici, oppure mediante qualsiasi interferenza con il funzionamento di un sistema informatico caratterizzata dal fine fraudolento o disonesto (art. 8).

Il titolo III, rubricato "Reati relativi ai contenuti", consta di una sola norma, l'art. 9, dedicato alla criminalizzazione della pornografia infantile. Tale fattispecie è strutturata come reato a base dolosa consistente nel: a) produrre materiale pedopornografico ai fini della distribuzione attraverso un sistema informatico; b) offrire o mettere a disposizione materiale pedopornografico attraverso un sistema informatico; c) distribuire o trasmettere materiale pedopornografico attraverso un sistema informatico per sé o per un'altra persona; e) possedere materiale pedopornografico in un sistema informatico o su supporto di memorizzazione di dati informatici. La norma precisa che per "pornografia infantile" deve intendersi il materiale pornografico che rappresenta visivamente: a) un minore coinvolto in condotte sessualmente esplicite; b) una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti; c) immagini realistiche che rappresentano un minore in atteggiamenti sessuali espliciti. Per "minore" si intendono tutte le persone di età inferiore ai diciotto anni, con possibilità di abbassare il limite di età ai sedici anni. Tuttavia, lo stato può decidere di limitare l'incriminazione alle sole condotte descritte nei punti a) e b) e circoscrivere il termine 'pornografia infantile' al solo materiale che ritrae un minore coinvolto in condotte sessualmente esplicite.

Il titolo IV è dedicato ai "Reati in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi": l'unico articolo di cui consta prevede la piena discrezionalità di ciascuno Stato in ordine all'introduzione di sanzioni penali, a condizione che siano disponibili altri efficaci rimedi e che tale riserva non sia in contrasto con gli obblighi assunti a livello internazionale (art. 10).

Il titolo V conclude la parte relativa al diritto penale sostanziale, con riferimenti alla responsabilità concorsuale, al tentativo di reato, nonché alla responsabilità da reato delle persone giuridiche (artt. 11, 12). L'art. 13 attiene alle sanzioni e misure: la norma si limita a prescrivere l'adozione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, comprensive delle misure privative della libertà personale. Le singole ipotesi sopra considerate non indicano alcuna cornice edittale, ma demandano la scelta relativa al *quantum* di pena esigibile alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

La Repubblica di San Marino non ha ancora ratificato la Convenzione di Budapest. Il codice penale sammarinese non contiene un catalogo di crimini informatici in senso stretto (accesso abusivo, interferenze illecite, interferenza di dati e danneggiamento informatico).

Recentemente è stata varata una dettagliata normativa in materia di frodi e falsificazioni (l. 29 luglio 2013, n. 102) che ha modificato talune fattispecie incriminatrici, come l'art. 204-*bis* (uso indebito di strumenti di pagamento), art. 401-*bis* (frodi e falsificazioni di strumenti di pagamento diversi dai contanti), art. 403 (fabbricazione, detenzione, acquisto, alienazione di strumenti o materiali di contraffazione) ed ha introdotto la frode informatica (art. 204-*ter*)⁶.

Rispetto ai quattro gruppi descritti nella Convenzione di Budapest, allo stato si presenta la seguente situazione normativa: in ordine al titolo I ("Reati contro la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati e dei sistemi informatici") si registra un vuoto di tutela per quanto riguarda l'accesso abusivo, le intercettazioni e le interferenze illecite di dati e del sistema e uso improprio di dispositivi. Sarà pertanto necessario introdurre fattispecie di reato corrispondenti.

Per quanto attiene al titolo II, non si rinviene nel codice penale alcuna disposizione concernente il c.d. falso informatico. Si dovrà quindi proce-

⁶ Sul fronte civilistico, con L. 23 maggio 2013, n. 58 è stata adottata un'apposita normativa sull'uso delle comunicazioni elettroniche e dell'*e-commerce*.

dere ad aggiornare il catalogo delle fattispecie poste a presidio della fede pubblica (artt. 295 – 302 c.p.s.m.). In merito alla frode informatica, la fattispecie enunciata dall'art. 204-*ter* c.p.s.m. risulta conforme alla descrizione operata dal Consiglio d'Europa.

In relazione al titolo III, ossia alla pedopornografia, tale fattispecie è stata inserita in un'apposita disposizione, all'art. 177-*ter* c.p.s.m., ad opera della legge 30 aprile 2002, n. 61. La tipizzazione operata dal legislatore sammarinese ricomprende gli elementi essenziali del reato formulati dall'art. 9 della Convenzione.

Le esigenze di armonizzazione per la tutela del diritto d'autore (art. 10 Conv.) possono, altresì, ritenersi soddisfatte dalla disciplina sammarinese in materia. Quest'ultima si articola in un doppio livello sanzionatorio: penale, per le condotte di cui all'art. 202 c.p.s.m. e amministrativo, ai sensi della legge 29 gennaio 1996, n. 5, art. 118.

Nell'ordinamento sammarinese è stata recentemente emanata la legge 29 luglio 2013, n. 99, istitutiva della responsabilità da reato delle persone giuridiche. La normativa, molto simile alla disciplina italiana che regola la materia, soddisfa le istanze di criminalizzazione poste dall'art. 12 della Convenzione⁷.

⁷ L. 29/07/2013, n. 99: « Art. 2 (casi di responsabilità)

Le persone giuridiche sono responsabili:

a) per i reati dolosi commessi per loro conto o comunque nel loro interesse da persona che aveva il potere di agire per la persona giuridica stessa;

b) per i reati commessi nello svolgimento dell'attività della persona giuridica se il reato è stato reso possibile da una lacuna organizzativa ascrivibile alla persona giuridica, alla carenza di sorveglianza o controllo ovvero quando sia stato commesso su indicazione dei vertici organizzativi o gestionali dello stesso.

⁽omissis)».

Schema riepilogativo

CONVENZIONE DI BUDAPEST	DISCIPLINA PENALE DI SAN MARINO
TITOLO I REATI CONTRO LA RISERVATEZZA, L'INTEGRITÀ E LA DISPONIBILITÀ DEI DATI E DEI SISTEMI INFORMATICI	TUTELA CARENTE
TITOLO II REATI INFORMATICI CONNESSI Art. 7 (falsificazioni computer connessi)	TUTELA PARZIALE: CARENTE artt. 295 - 302 L. 20 luglio 2005, n. 115 (legge sul documento informatico e la firma elettronica)
Art. 8 (frode informatica)	Art. 204- <i>ter</i> c.p. frodi informatiche (inserito nel c.p.s.m. dalla L 29 luglio 2013, n. 102) L. 20 luglio 2005, n. 115, art. 6 (responsabilità) prevede a carico del prestatore di servizi di certificazione la sola responsabilità civile nella forma del risarcimento del danno
TITOLO III REATI RELATIVI AI CONTENUTI	Art. 177-ter c.p. pornografia minorile
TITOLO IV REATI IN MATERIA DI VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE E DEI DIRITTI CONNESSI	Art. 202 c.p. Usurpazione di beni immateriali L. 29/01/1996, n. 5 depenalizzazione diritto d'autore, Art.118
TITOLO V ART. 12 RESPONSABILITÀ AZIENDALE	L. 29/07/2013, n. 99, Responsabilità della persona giuridica

3. La necessità del raffronto con la legislazione italiana: elementi di comparazione ed armonizzazione tra paesi confinanti.

3. 1 La risposta italiana alla criminalità informatica e la ratifica della Convenzione di Budapest.

Il legislatore italiano, su impulso della prassi e delle fonti sovranazionali, ha provveduto progressivamente ad aggiornare il codice penale Rocco. Il primo intervento in materia di criminalità informatica risale al 1993 ed ha introdotto le fattispecie a tutela del domicilio informatico (artt. 615-ter, 615-quater e 615-quinquies), quelle a protezione dell'inviolabilità dei segreti (artt. 617-quater, 617-quinquies e 617-sexies), il danneggiamento di sistemi informatici e telematici (art. 635-bis) e la frode informatica (art. 640-ter). Sicché è possibile affermare che già prima della Convenzione di Budapest e della sua ratifica ad opera della legge 18 marzo 2008 n. 48, l'ordinamento italiano aveva esteso la tutela penale alle ipotesi contemplate nel titolo I della Convenzione ("Reati contro la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati dei sistemi informatici").

L'esperienza italiana costituisce un termine di paragone utile nella prospettiva di costruzione di fattispecie penali, perché l'Italia è stato il secondo paese europeo, dopo la Francia, ad adottare una legge organica per reprimere i crimini informatici (L. 547/1993). Sicché essa può contare sui risultati applicativi evidenziati nel corso degli anni, quale banco di prova per vagliare le criticità delle singole fattispecie: si pensi, alle sezioni unite della Corte di Cassazione del 2012 in merito all'interpretazione della fattispecie di accesso abusivo a sistema informatico, nel caso di soggetto formalmente legittimato all'accesso, ma che si introduca o trattenga nel sistema per fini che esulano le condizioni d'uso stabilite dal titolare.

Le ipotesi relative al domicilio informatico sono descritte negli artt. 615-ter, 615-quater e 615-quinquies. L'accesso abusivo a sistema informatico (art. 615-ter) incrimina la condotta di colui che si introduce abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il

⁸ Cass., Sez. un., 27.10.2011 (dep. 7.2.2012), n. 4694, Pres. Lupo, Rel. Fiale, ric. C.; massima: è penalmente illecita la condotta di un soggetto che, pur legittimato all'accesso a un sistema informatico o telematico, violi condizioni e limiti imposti dal titolare per disciplinarlo, a nulla rilevando scopi e finalità dell'accesso stesso.

diritto di escluderlo. Il bene giuridico tutelato appare, secondo una prima lettura che guarda al bene giuridico di categoria, il c.d. domicilio informatico, declinato come estensione virtuale del soggetto, uno spazio "ideale" oltre che fisico, nel quale sono contenuti i dati informatici di pertinenza dell'utente⁹. Una differente interpretazione assume la riservatezza informatica come bene giuridico protetto: tale qualificazione consente di configurare la fattispecie come reato di danno, indipendentemente dal fine perseguito dal soggetto attivo con l'intrusione 10. Ad un'attenta disamina della norma, accanto alla riservatezza dei dati e dei programmi contenuti in un sistema informatico, è compresente la tutela dell'integrità del sistema (art. 615-ter, co. 2, n. 3 in relazione ad interessi militari, di ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità o, più in generale, di qualsiasi interesse pubblico). In tale accezione, la fattispecie sarebbe inquadrabile tra i reato di pericolo astratto e costituirebbe la tutela anticipata di un interesse patrimoniale: la condotta di accesso abusivo sarebbe causalmente orientata al danneggiamento del sistema. Il legislatore italiano ha inoltre deciso di limitare l'incriminazione alla condizione obiettiva di punibilità che si tratti di sistema protetto da misure di sicurezza (secondo un'opzione di politica criminale che la Convenzione del 2002 rimette alla discrezionalità del legislatore nazionale).

L'art. 615-quater, attiene alla detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici e punisce la condotta di chi al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo. Si tratta di una norma che incrimina una condotta prodromica alla commissione di un accesso abusivo e di conseguenza la fattispecie si declina come reato di pericolo astratto: è incriminata una condotta nella quale è insita la probabilità di commissione di ulteriori azioni illecite contro i sistemi informatici o telematici.

La fattispecie di diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico (art. 615-quinquies) è stata modificata

⁹ Cassazione penale, sezione IV, 4 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, II 133; Cassazione penale, sezione V, 30 settembre 2008, Romano, in *Mass. Ufficiale*, 242938.

¹⁰ G. Pica, Diritto penale delle tecnologie informatiche, Utet, Torino 1997; G. Pica, Internet, in Dig. disc. pen., I Agg., Utet, Torino 2004.

dalla legge di ratifica della Convenzione di Budapest, che ha provveduto: a) ad estendere la protezione alle "apparecchiature" e ai "dispositivi", rispetto ai soli programmi informatici; b) ad ampliare il ventaglio delle condotte sanzionabili: mentre con la precedente formulazione la mera detenzione non era punibile, ora invece incorre in sanzione penale non solo chi diffonda, comunichi, consegni o, comunque, metta a disposizione programmi, apparecchiature o dispositivi, ma anche chi produca, importi, si procuri ovvero riproduca tali software o hardware; c) a restringere l'area penalmente rilevante mediante la previsione del dolo specifico ("allo scopo di danneggiare illecitamente un sistema informatico o telematico"). La norma mira a tutelare il corretto funzionamento delle tecnologie informatiche ed è strutturata come reato di ostacolo, attenendo a condotte prodromiche al danneggiamento. Per questa ragione si è dubitato della corretta collocazione nell'ambito dei reati a tutela del domicilio informatico.

Il limite principale delle fattispecie a tutela del domicilio informatico si riscontra nel modo in cui sono state formulate, ossia mediante la riproposizione della medesima struttura delle fattispecie esistenti misurate sul dato esperienziale del mondo fisico. Questo difetto strutturale è indice di scarsa conoscenza da parte del legislatore della realtà virtuale e dei meccanismi tecnici di funzionamento. D'altra parte, negli anni '90, al legislatore mancava la consapevolezza delle potenzialità lesive di internet, soprattutto per il fatto che la sua utilizzazione di massa e diversificata si colloca agli inizi del nuovo secolo.

I delitti descritti nella sezione del codice penale dedicata alla tutela della inviolabilità dei segreti (artt. 617 ss., c.p.) sono ascrivibili al novero dei reati a tutela della riservatezza delle comunicazioni informatiche (titolo I della Convenzione, artt. 3 e 7). L'articolo 617-quater punisce chiunque fraudolentemente, intercetta comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi, ovvero le impedisce o le interrompe. Inoltre, il comma secondo incrimina, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque riveli, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, in tutto o in parte, il contenuto delle comunicazioni. Il bene giuridico tutelato è la riservatezza delle comunicazioni informatiche rispetto all'indebita captazione o rivelazione. La scelta del verbo "intercettare" al posto della mera "presa di cognizione" di cui all'art. 617 c.p., induce a pensare che la fattispecie sia finalizzata a tutelare soltanto la presa di cognizione derivante dall'intromissione nel corso di una comunicazione, commessa mediante il ricorso a mezzi idonei ad ingannare ("fraudolentemente").

L'articolo 617-quinquies sanziona l'installazione, fuori dai casi consentiti

dalla legge, di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico ovvero intercorrenti tra più sistemi. Il riferimento alla capacità delle apparecchiature di intercettare, impedire o interrompere le comunicazioni, assieme alla sussistenza del dolo specifico, serve a restringere l'area dell'illecito penale. La norma è finalizzata a realizzare una tutela anticipata della riservatezza dei dati o delle informazioni.

La condotta incriminata dall'art. 617-sexies consiste nella falsa formazione o alterazione o soppressione, in tutto o in parte, del contenuto anche occasionalmente intercettato di comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi, al fine di procurare a sé o altri un vantaggio o arrecare un danno ad altri. Si ritiene che la norma sia finalizzata a proteggere l'esistenza e l'autenticità – intesa come formazione veritiera dell'informazione e come conformità della stessa al testo originario – del contenuto delle comunicazioni 11. Le condotte alternative devono essere connotate da dolo specifico.

La legge di ratifica della Convenzione di Budapest interviene ad ampliare il novero delle fattispecie relative al danneggiamento informatico. Il legislatore del 2008 ha adattato la normativa interna secondo l'impianto degli artt. 4 e 5 della Convenzione di Budapest, distinguendo, da un lato, il danneggiamento dei dati, programmi e informazioni e, dall'altro, il danneggiamento dei sistemi informatici. L'art. 635-bis (danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici) viene modificato: la condotta attiva attualmente consiste nella modalità alternative di distruzione, deterioramento, cancellazione, alterazione o soppressione di informazioni, dati o programmi informatici altrui. La vecchia formulazione si limitava a prevedere la distruzione, il deterioramento o l'inservibilità, in tutto o in parte, di sistemi informatici o telematici altrui, o programmi, o dati o informazioni altrui. È mutato il regime di procedibilità: non più d'ufficio, ma a querela di parte.

Sono state aggiunte tre fattispecie ulteriori: l'art. 635-ter (Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità) consistente nel commettere un fatto diretto a distruggere, deteriorare, cancellare, alterare o sopprimere informazioni, dati o programmi informatici utilizzati dallo Sta-

¹¹ Sub Art. 617-quater, in Commentario breve al Codice penale, Crespi, Forti, Zuccalà, CEDAM, 2008, 1738.

to o da altro ente pubblico o ad essi pertinenti, o comunque di pubblica utilità. Il reato è aggravato qualora dal fatto derivi la distruzione, il deterioramento, la cancellazione, l'alterazione o la soppressione delle informazioni, dei dati o dei programmi informatici. Tali condotte erano sanzionate dall'art. 420, comma III c.p., ove il delitto era strutturato come reato a consumazione anticipata, in termini di attentato a impianti di pubblica utilità (ed alle informazioni ivi contenute) 12. Tale comma è stato abrogato, assieme al II comma, dalla legge 48/2008. Anche in questo caso, si anticipa la soglia di punibilità al compimento di atti diretti, ossia caratterizzati dal fine di distruzione o altra modalità vietata. Le condotte devono riguardare: 1) dati, informazioni e programmi utilizzati dagli enti pubblici; 2) dati, informazioni e programmi di pubblica utilità (e dunque sia pubblici che privati, purché siano destinati a soddisfare un interesse di natura pubblica). Si è in presenza di un reato aggravato dall'evento, sicché il fatto sussiste anche in assenza di qualunque effettivo deterioramento o soppressione dei dati, pur dovendosi necessariamente richiedere l'idoneità dell'azione a produrre tale effetto.

L'art. 635-quater (Danneggiamento di sistemi informatici e telematici) punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, mediante le condotte di cui all'articolo 635-bis, ovvero attraverso l'introduzione o la trasmissione di dati, informazioni o programmi, distrugge, danneggia, rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui o ne ostacola gravemente il funzionamento. La fattispecie è strutturata come reato di evento, il cui oggetto materiale del reato consiste non più nei dati o nelle informazioni, ma nei sistemi informatici o telematici.

L'art. 635-quinquies (danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità) corrisponde al "vecchio" reato di attentato a sistema informatico o telematico di pubblica utilità (art. 420, comma II) e si configura quando il fatto descritto nell'art. 635-quater è diretto a distruggere, danneg-

^{12 «} Art. 420. – Attentato ad impianti di pubblica utilità

^{1.} Chiunque commette un fatto diretto a danneggiare o distruggere impianti di pubblica utilità, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a quattro anni

^{[2.} La pena di cui al primo comma si applica anche a chi commette un fatto diretto a danneggiare sistemi informatici o telematici di pubblica utilità, ovvero dati, informazioni o programmi in esso contenuti.]

^{[3.} Se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento dell'impianto o del sistema, dei dati, delle informazioni o dei programmi ovvero l'interruzione anche parziale del funzionamento dell'impianto o del sistema, la pena è della reclusione da tre a otto anni.]».

giare, rendere, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici di pubblica utilità o ad ostacolarne gravemente il funzionamento. Si tratta di un reato a consumazione anticipata, nel quale è previsto un ampliamento delle condotte punibili, come quelle consistenti nel rendere inservibile, ovvero a ostacolarne gravemente il funzionamento.

Nel complesso, il rafforzamento della tutela contro le forme di danneggiamento informatico sembra consolidare quella tesi dottrinaria a sostegno della nascita di una nuova categoria di bene giuridico: il bene informatico.

La legge di ratifica della Convenzione di Budapest ha integrato e modificato incisivamente i reati in tema di falso informatico, inseriti, nel codice penale, dalla l. 23 dicembre 1993, n. 547. Il legislatore italiano ha provveduto a modificare il disposto dell'art. 491-bis, ossia quella norma che estende ai documenti informatici pubblici e privati, mediante la tecnica del rinvio per relationem, le fattispecie di falso in atti pubblici e scritture private. Il bene giuridico tutelato attiene all'affidamento sulla genuinità di determinati documenti e sui fatti in essi rappresentati. Nella formulazione originaria la disposizione al secondo comma, esplicitava la nozione di "documento informatico", soppressa nel 2008, a causa dei problemi interpretativi che recava e per il fatto che non si sarebbe creata alcuna lacuna, poiché, nel 2005, era stato approvato il codice dell'amministrazione pubblica digitale contenente un'esplicita definizione 13. Inoltre, al primo comma la responsabilità penale è stata circoscritta al caso in cui si tratti di documento informatico pubblico o privato avente efficacia probatoria. È stata infine introdotta la nuova fattispecie di "false dichiarazione o attestazioni al certificatore di firma elettronica sulla identità o qualità personali proprie o di altri" (art. 495-bis c.p.). Per il corretto funzionamento della fattispecie occorre fare riferimento al codice

^{13 «} Art. 401-bis. Documenti informatici

^{1. (}omissis)

²⁻ A tal fine per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli ».

Tale nozione contenente il riferimento al "supporto" sembrava attribuire più rilevanza all'elemento materiale sul quale era contenuto, piuttosto che al contenuto; inoltre non precisava cosa dovesse intendersi per "efficacia probatoria" dei dati e delle informazioni la cui falsificazione assumeva rilievo penale.

Ad ogni modo, la definizione di documento informatico si trova nel codice dell'amministrazione digitale, d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 1, lett. p): «ogni rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

dell'amministrazione pubblica digitale, il d. lgs. 82/2005, che attribuisce al CNIPA (centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione) la competenza alla tenuta dell'elenco pubblico dei certificatori accreditati per la firma digitale. Esso identifica, inoltre, quali dichiarazioni o attestazioni devono essere rilasciate al certificatore elettronico per l'ottenimento della firma elettronica qualificata o digitale. In sostanza, la responsabilità del falso informatico va interpretata e coordinata con la legge sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Il legislatore del 1993 ha introdotto nel codice penale la fattispecie di frode informatica (art. 640-ter). Tale novum si è reso necessario a causa della profonda diversità strutturale tra truffa comune e frode informatica. Infatti, gli "artifizi e raggiri", mediante i quali l'agente induce in errore il soggetto passivo e si procura un ingiusto profitto con altrui danno (art. 640, truffa comune), risultano di difficile estensione quando il soggetto passivo è un elaboratore elettronico. Nella frode informatica, questi elementi sono sostituiti dall'alterazione in qualsiasi modo del funzionamento di un sistema informatico e telematico o dall'intervento senza diritto e con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti. In tal modo, la norma si presta a sanzionare anche fattispecie più simili al reato di furto (art. 624 c.p.), come nel caso di furto di informazioni, ossia nel caso di sottrazione di dati e di informazioni telematiche dalle quali è possibile conseguire un profitto. Il fatto tipizzato nell'art. 640-ter risulta pienamente sovrapponibile all'ipotesi convenzionale. La legge di ratifica della Convenzione sul cybercrime ha previsto una nuova ipotesi di reato (art. 640-quinquies): la frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma digitale. Si tratta di un reato proprio, perché soggetto attivo può essere soltanto il prestatore del servizio di certificazione di firma digitale. La condotta tipica si sostanzia nella violazione degli obblighi di legge (art. 32, d. lgs. 82/2005) per il rilascio di un certificato qualificato, purchè sia connotata dal fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o arrecare ad altri un danno.

Risultano altresì soddisfatte le esigenze di armonizzazione in materia di pedopornografia (art. 9 Conv.). Tale disciplina è stata oggetto di più interventi legislativi, da ultimo mediante la l. 38/2006, che ha modificato le fattispecie di cui agli artt. 600-ter, (pornografia minorile), 600-quater (detenzione di materiale pornografico) ed inserito l'art. 600- quater.I (pornografia virtuale). Questa riforma merita di essere segnalata non soltanto per l'aggiornamento degli strumenti di investigazione, ma anche perché tenta di superare la prospettiva analogica nell'elaborazione delle norme

penali che si può evincere, ad esempio, dall'analisi delle fattispecie di danneggiamento.

Per quanto attiene ai reati commessi in materia di violazione del diritto d'autore (art. 10 Conv.), l'Italia ha aggiornato la normativa del 1941, n. 633 con il d. lgs. 6 maggio 1999, n. 1691 e la legge 18 agosto 2000, n. 248, estendendo la tutela penale e amministrativa anche al software e alle banche dati quali opere dell'ingegno.

Infine, in merito alla responsabilità degli enti di cui all'art. 12 della Convenzione, la legge 48 del 2008 ha previsto l'introduzione, tra i reati presupposto della responsabilità delle persone giuridiche di cui al d. lgs. 231/2001 (responsabilità amministrativa degli enti), dei delitti informatici e di trattamento illecito dei dati (art. 24-bis).

Schema riepilogativo

CONVENZIONE DI BUDAPEST

TITOLO I

REATI CONTRO LA RISERVATEZZA, L'INTEGRITÀ E LA DISPONIBILITÀ DEI DATI E DEI SISTEMI INFORMATICI

DISCIPLINA PENALE ITALIANA

Art. 615-ter

accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (intr. L. 547/1993)

Art. 615-quater

detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (intr. L. 547/1993)

Art. 615-quinquies

diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico (intr. L. 547/1993, mod. L. 48/2008)

Art. 617-quater

intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (intr. L. 547/1993)

Art. 617-quinquies

installazione di apparecchiature atte a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (intr. L. 547/1993)

Art. 617-sexies

falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche (intr. L. 547/1993)

Art. 635-bis

danneggiamento di sistemi informatici o telematici (intr. L. 547/1993, mod. L. 48/2008)

Art. 635-ter

danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o di pubblica utilità (intr. L. 48/2008)

Art. 635-quater

danneggiamento di sistemi informatici o telematici (intr. L. 48/2008)

Art. 635-quinquies

danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (intr. L. 48/2008)

TITOLO II REATI INFORMATICI CONNESSI	Art. 491- bis documenti informatici Art. 495-bis false dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità per- sonali proprie o di altri Art. 640-ter, frode informatica (intr. L. 547/1993) Art. 640-quinquies, frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elet- tronica (intr. L. 48/2008)
TITOLO III REATI RELATIVI AI CONTENUTI	Art. 600-ter pornografia minorile (int. d. lgs. n. 269/1998, mod. L. 38/2006) Art. 600-quater detenzione di materiale pornografico (int. d. lgs. n. 269/1998, mod. L. 38/2006)
	Art. 600- <i>quater</i> .1. pornografia virtuale (intr. L. 38/2006)
TITOLO IV REATI IN MATERIA DI VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE E DEI DIRITTI CONNESSI	L. 22 aprile 1941, n. 633 (mod. d. lgs. 6 maggio 1999, n. 1691 e l. 18 agosto 2000, n. 248)
TITOLO V ART. 12 RESPONSABILITÀ AZIENDALE	L. 48 del 2008 ha previsto l'introduzione, all'art. 24-bis, tra i reati presupposto della responsabilità delle persone giuridiche di cui al d. lgs. 231/2001, dei delitti informatici e di trattamento illecito di dati divengono reati.

4. Discipline penalistiche a confronto: individuazione delle possibili modalità d'intervento nell'ordinamento sammarinese.

È opportuno, a questo punto, dar corso alla comparazione tra la disciplina penale italiana e , ove possibile, l'omologa sammarinese. Il passaggio risulta indispensabile al fine di individuare le possibili scelte d'intervento ed evitare così che molteplici beni informatici risultino sforniti della necessaria tutela penale.

La prima fattispecie oggetto d'esame è quella di cui all'art. 615-ter, c.p.

356 Lucio Monaco

italiano "Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico". In considerazione della caratterizzazione plurioffensiva che annovera, tra i beni giuridici tutelati dalla norma, il domicilio informatico e l'integrità del sistema informatico, nonché della condotta richiesta ai fini della realizzazione del reato, si rileva la mancanza, nell'ordinamento sammarinese, di un'omologa fattispecie. Potrebbe ravvisarsi una correlazione con la fattispecie ex art. 204-ter (frode informatica), laddove essa punisce chi, tra le altre cose, interferisce con il funzionamento di un programma o di un sistema informatico; l'interferenza implica, quale condotta prodromica, l'accesso. È tuttavia richiesto il dolo specifico per l'integrazione del reato: il soggetto deve agire al fine di procurare, a sé o ad altri, un ingiusto profitto. Sicché il mero accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico non costituisce di per sé condotta penalmente perseguibile.

La successiva fattispecie italiana di "Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici" (art. 615-quater) non trova alcun corrispettivo nella disciplina sammarinese. Tale previsione potrebbe essere accorpata a quella di cui all'art. 615-ter, in quanto condotta ad essa prodromica. La norma si preoccupa di tutelare il corretto funzionamento delle tecnologie informatiche, al pari del successivo art. 615-quinquies che attiene alla diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico. Quest'ultimo delitto presenta una qualche assonanza con l'art. 403 del codice penale sammarinese, nella misura in cui punisce chiunque «produce, riceve, detiene o in altra maniera ottiene, acquista, vende o cede fraudolentemente ad altri: – strumenti, articoli, programmi informatici o altri mezzi appositamente allestiti per commettere i misfatti di cui agli articoli 204 bis, 204 ter o comunque atti, per la loro natura, alla contraffazione o all'alterazione».

La riservatezza delle comunicazioni informatiche rispetto all'indebita captazione o rivelazione è tutelata mediante la fattispecie di cui all'art. 617-quater, "Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche". Il codice penale di San Marino non conosce attualmente alcuna fattispecie similare. Considerato il bene giuridico che la norma si preoccupa di salvaguardare e la sovrapponibilità delle condotte tipiche, in un'ottica di redazione della fattispecie, si potrebbe pensare all'assorbimento della presente figura di reato nella già affrontata ipotesi di "Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico". Si tratterebbe di una scelta coerente la relazione di stretta interdipendenza cronologica e fattuale dei due reati: l'art. 617-quater può essere configurato come una mera progressione della condotta criminosa, aggravata del precedente accesso abusivo.

Mancano completamente sanzioni per chi installa apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-quinquies) o per chi falsifica, altera o sopprime il contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-sexies).

Il "Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici" di cui all'art. 635-bis non sembra potersi ascrivere entro l'area della vigente disciplina sammarinese di danneggiamento (art. 203 primo periodo), che punisce chiunque distrugga, disperda o danneggi in qualsiasi modo la cosa altrui. Quest'ultima può, infatti, essere rappresentata sia da un bene mobile, sia da un immobile legittimamente posseduto o detenuto. L'estensione allo strumento informatico rappresenta un'operazione ermeneutica sostanzialmente analogica in malam partem e pertanto da evitare.

Il successivo articolo 635-ter punisce chi distrugge, deteriora, cancella, altera o sopprime informazioni, dati o programmi informatici utilizzati dallo Stato, da altro ente pubblico, ad essi pertinenti o comunque di pubblica utilità. Appare chiaro che si è in presenza di un reato aggravato dall'evento che mira a tutelare il corretto funzionamento dei sistemi informatici dell'amministrazione statale. Anche per questa seconda tipologia di reato l'attuale codice penale sammarinese risulta deficitario, nell'impossibilità di forzare il dato letterale fino a ricomprendere i sistemi informatici o telematici, entro l'area semantica "beni pubblici o destinati all'uso pubblico" di cui all'art. 203, comma II, se non con esiti sostanzialmente creativi preclusi all'interprete.

Ulteriore fattispecie di danneggiamento è quella prevista dall'art. 635-quater il cui oggetto materiale non consiste più nei dati o nelle informazioni (come avviene per il 635-bis), bensì nei sistemi informatici o telematici. Si è in questo modo notevolmente ampliato il ventaglio delle condotte astrattamente perseguibili, essendo sufficiente la prova della mera alterazione, seppur grave, del sistema. Anche in questo caso sarà necessaria l'introduzione di una fattispecie ad hoc per l'ordinamento sammarinese, che non prevede alcuna forma di protezione nei confronti di aggressioni di tal genere.

Il rafforzamento delle tutele avverso le forme di danneggiamento informatico si completa con la previsione di cui all'art. 635-quinquies, danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità, introdotto con la legge del 2008. La fattispecie si concretizza qualora si renda inservibile o si ostacoli il funzionamento dei suddetti sistemi: anche in questo caso il codice penale sammarinese dovrà essere aggiornato con un'apposita norma che la contempli.

358 Lucio Monaco

Schema riepilogativo

CONVENZIONE DI BUDAPEST	DISCIPLINA PENALE ITALIANA	DISCIPLINA PENALE SAMMA- RINESE
TITOLO I REATI CONTRO LA RISERVATEZZA, L'INTEGRITA' E LA DISPONIBILITÀ DEI DATI E DEI SISTEMI INFORMATICI	Art. 615-ter Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico	Art. 204-ter Frodi informatiche Nella misura in cui si punisce chi, tra le altre cose, "interferisce con il funzionamento di un programma o di un sistema informatico" poiché l'interferenza implica quale condotta prodromica l'accesso, la quale, tuttavia non rientra nell'area della fattispecie, dato che essa richiede la sussistenza del fine di procurare a se o ad altri un ingiusto profitto. TUTELA INSODDISFACENTE
	Art. 615-quater Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (fattispecie che, nell'ottica di introduzione nel codice penale sammarinese potrebbe essere accorpata a quella di cui all'Art. 615-ter, in quanto condotta ad essa prodromica)	NORMATIVA CARENTE
	Art. 615-quinquies Diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico	Art. 403 Fabbricazione, detenzione, acquisto, alienazione di strumenti o materiali di contraffazione [introdotto con legge n.102 del 23 luglio 2013 "Disposizioni penali contro le frodi e le falsificazioni"], nella misura in cui punisce chiunque «produce, riceve, detiene o in altra maniera ottiene, acquista, vende o cede fraudolentemente ad altri: - strumenti, articoli, programmi informatici o altri mezzi appositamente allestiti per commettere i misfatti di cui agli articoli 204 bis, 204 ter () o comunque atti, per la loro natura, alla contraffazione o all'alterazione».

Art. 617-quater

Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche

(Fattispecie che nell'ottica di riformulazione potrà essere riassorbita nell'art. 615-ter)

Art. 617-quinquies

Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche

Art. 617-sexies

Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche

Art. 635-bis

Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici

Art. 635-ter

Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità

Art. 635-quater

Danneggiamento di sistemi informatici e telematici

Art. 635-quinquies

Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità

NORMATIVA CARENTE

NORMATIVA CARENTE

NORMATIVA CARENTE

Art. 203 Danneggiamento

"Chiunque distrugge, disperde o danneggia in qualsiasi modo la cosa altrui.."

La cosa (oggetto del reato) può essere rappresentata sia da un bene mobile che immobile legittimamente posseduto o detenuto. Tuttavia, l'estensione allo strumento informatico rappresenta un'operazione ermeneutica sostanzialmente analogica in malam partem e pertanto da evitare.

NORMATIVA CARENTE

NORMATIVA CARENTE

NORMATIVA CARENTE

NORMATIVA CARENTE

360 Lucio Monaco

TITOLO II **REATI INFORMATICI CONNESSI**

Art. 491-bis

Documenti informatici

Art. 495-bis

Falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità personali proprie o di altri

[D. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice L. 20 luglio 2005, n. 115 (legge sul dell'amministrazione pubblica digitale)]

Art. 640-bis Frode informatica

"Chiunaue, alterando in aualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a se o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 516 a euro 1032. La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1549 se ricorre una delle circostanze previste dal n.1 del secondo comma dell'Art. 640 ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema []"

Art. 640-quinquies

Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica

NORMATIVA CARENTE (artt. 295 - 302

documento informatico e la firma elettronica)

Art. 204-ter cp Frodi informatiche

- "1. È punito con la prigionia di secondo grado chiunque, senza autorizzazione, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, introduce, altera, sopprime dati elettronici, o comunque interferisce con il funzionamento di un programma o di un sistema informatico.
- 2. Si applica la prigionia di terzo grado qualora la frode informatica abbia cagionato un danno di rilevante gravità.
- 3. Si applica la prigionia di quarto grado qualora la condotta fraudolenta abbia prodotto un trasferimento non autorizzato di denaro o valori in danno al titolare..".

L. 20 luglio 2005, n. 115, art. 6 (responsabilità) prevede a carico del prestatore di servizi di certificazione la sola responsabilità civile nella forma del risarcimento del danno

TITOLO III REATI RELATIVI AI CONTENUTI	Art. 600-ter Pornografia minorile Art. 600-quater Detenzione di materiale pornografico	Art. 177-ter Pornografia minorile Art. 177-ter Pornografia minorile	
	Art. 600 <i>quater</i> .1 Pornografia virtuale	Art. 177- <i>ter</i> co. IV, Pornografia minorile (nella misura in cui prevede l'utilizzo di sistemi telematici per la diffusione di materiale pornografico minorile)	
TITOLO IV REATI IN MATERIA DI VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE E DEI	Art. 171, L. 22 aprile 1941, n. 633 Art. 171- <i>bis</i> , L. 22 aprile 1941, n. 633	Art. 202 Usurpazione di beni immateriali	
DIRITTI CONNESSI	Art. 171- ter, L. 22 aprile 1941, n. 633	Sanzione amministrativa di cui all'art.118 della legge n.5 del 29 gen- naio 1996 (depenalizzazione diritto d'autore)	
TITOLO V ART. 12 RESPONSABILITÀ AZIENDALE	Art. 24-bis, d.lgs. 231 del 2001 Delitti informatici e trattamento illecito di dati	Art. 2, L. 29 luglio 2013, n. 99 Responsabilità della persona giuridica	

5. Riflessioni conclusive sulla necessità di riforma del codice penale sammarinese in relazione ai beni informatici.

A conclusione di questa breve disamina, occorre considerare l'opportunità politico-criminale in ordine ad una riforma del codice penale sammarinese che aggiorni il catalogo dei beni giuridici penalmente tutelati in relazione ai reati informatici.

Si è soliti distinguere all'interno di questa categoria quattro macroaree di tutela:

- 1. i reati che tutelano la riservatezza dei dati informatici e delle comunicazioni elettroniche;
- 2. i reati che tutelano l'integrità dei dati e dei sistemi informatici;
- 3. i reati che proteggono la veridicità dei dati informatici;

362 Lucio Monaco

4. i reati ad alta tecnologia, ossia quei reati che vengono commessi mediante l'utilizzo dello strumento informatico o telematico: si pensi alla frode informatica, al riciclaggio di capitali, al terrorismo via internet.

La ratifica della Convenzione di Budapest focalizza l'attenzione su ciascuno di questi beni giuridici; essa rappresenta un passaggio irrinunciabile nella prospettiva di contrasto del *cybercrime*, quale fenomeno che supera la dimensione statuale e richiede, di conseguenza, il coordinamento dell'azione a livello internazionale. Tale obiettivo può essere conseguito soltanto attraverso l'armonizzazione delle legislazioni statali preesistenti.

L'importanza del *domicilio informatico* quale bene giuridico oggetto di tutela penale emerge dalla lettura dei precedenti paragrafi, in particolare in relazione alle fattispecie di accesso abusivo italiane. Allo stesso modo, il paragrafo introduttivo segnala l'opportunità di sanzionare penalmente i reati ad alta tecnologia.

Qualche parola in più occorre spendere in relazione alla riservatezza e all'integrità dei dati, quali interessi tra loro connessi, come si evince sia dalla normativa europea e italiana di recepimento, sia a livello della giurisprudenza delle Corti sovranazionali. La Repubblica di San Marino ha aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed è quindi tenuta ad attuare i diritti fondamentali, che la Corte europea dei diritto dell'uomo provvede progressivamente ad attualizzare. D'altro canto, sebbene l'Unione europea non annoveri San Marino tra i suoi Stati membri, la sua politica di contrasto della criminalità informatica può essere richiamata per due ordini di ragioni: in primo luogo, per la dimensione transazionale dei reati informatici di cui sopra si è detto. In secondo luogo, dal punto di vista applicativo, gli stessi diritti fondamentali di cui è paladina la Corte europea dei diritti dell'uomo costituiscono gli interessi e le finalità sottese ad una determinata disciplina comunitaria: si pensi alla nozione di riservatezza. Sicché, nelle sue pronunce, la Corte del Lussemburgo è solita mutuare le accezioni di questi diritti-principi, secondo le coordinate individuate dalla Corte di Strasburgo.

La nozione di sicurezza informatica contenuta nella proposta di direttiva n. 48/2013 tenta di fare chiarezza in merito alle implicazioni penalistiche e di politica criminale che si celano dietro questa etichetta scarsamente rappresentativa di contenuto. Nell'ottica del legislatore sovraordinato, la sicurezza assurge ormai a bene giuridico meritevole di tutela, in quanto interesse strategico per gli stati. Essa è intesa come «la capacità di una rete o di un sistema informativo di resistere, a un determinato livello di riservatezza, a eventi imprevisti o dolosi che compromettano la disponibilità, l'autenticità, l'integrità e la riservatezza dei dati conservati o trasmessi e dei relativi servizi

offerti o accessibili tramite tale rete o sistema informativo» (art. 3, n. 2, prop. Dir. 48/2013). In sostanza, il grado di sicurezza si valuta in base alla capacità di resistenza agli attacchi esterni (c.d. resilienza), con il limite del rispetto della riservatezza. La rete non è sicura, quando eventi dolosi o imprevisti compromettono la disponibilità, l'autenticità, l'integrità e la riservatezza dei dati (art. 3, n. 2). Ciò vuol dire che la sicurezza informatica comprende in sé: 1) sia la potenziale compromissione della riservatezza, come esposizione dei dati a rischi di una loro apprensione ad opera di terzi; 2) sia la semplice perdita di disponibilità dei dati da parte del suo titolare, fino alla compromissione della loro autenticità e integrità.

Ouesto passaggio è particolarmente delicato e l'elaborazione della prassi aiuta a comprendere i rapporti tra riservatezza e integrità dei dati. La giurisprudenza sovranazionale ha infatti ampliato le latitudini applicative di questo diritto fondamentale riconducibile agli artt. 7 (vita personale e familiare) e 8 (protezione dei dati personali) della Carta di Nizza e all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU. Il diritto fondamentale alla riservatezza traslato sulla dimensione digitale è stato declinato, in un primo momento, come 'diritto di essere lasciati soli', ossia nella preservazione di una sfera 'intima' del soggetto, inaccessibile alle intrusioni esterne. Con lo sviluppo delle tecnologie informatiche, in particolare con la diffusione degli strumenti di monitoraggio dei dati di navigazione che consentono di creare profili piuttosto definiti per ciascun utente, alla riservatezza della vita privata si sovrappone il profilo relativo alla protezione dell'integrità, autenticità e soprattutto disponibilità dei dati personali. Questi ultimi divengono proiezione, nella realtà virtuale, di porzioni della personalità reale. Basti pensare alla frequenza con la quale sul web vengono richiesti, per l'accesso alla rete, per compiere determinate attività o operazioni, informazioni e dati personali dei quali l'utente è destinato a perdere il controllo non appena li trasmette: egli, pur avvertito dall'informativa sulla privacy, non è in grado di controllare il posizionamento in rete e la sorte effettiva di tali dati presso i terzi. Fin dalla pronuncia della Corte costituzionale tedesca del 2008, sul monitoraggio indiscriminato, sono stati evidenziati i legami tra garanzia di integrità della rete e la c.d. autodeterminazione informativa 14. Essa consiste nel diritto ad essere informati e decidere consapevolmente in merito alla raccolta, gestione ed utilizzo, da parte di terzi, dei propri dati personali: rientra perciò nell'ambito della riservatezza. La Corte, ancorando

¹⁴ Corte costituzionale tedesca, 27 febbraio 2008, BvR 370/07.

364 Lucio Monaco

la propria valutazione al principio di proporzionalità, ha ritenuto che il monitoraggio indiscriminato dell'attività degli utenti sulla rete costituisca una misura eccessiva e troppo invasiva della sfera personale perfino rispetto ai fini di contrasto e prevenzione del crimine e del terrorismo internazionale.

Ancor più drastica è la situazione nel caso in cui le informazioni vengano pubblicate sul *web*: l'utente perde la disponibilità del dato, che, a quel punto, è potenzialmente suscettibile di apprensione da parte di qualsiasi utente abbia accesso alla fonte in cui è pubblicato. A questo proposito, la Corte di Giustizia ha di recente incluso nella tutela della riservatezza informatica, il c.d. diritto all'oblio, ossia la pretesa del cittadino di rimozione dalla rete delle informazioni ritenute dannose per la sua reputazione o comunque pregiudizievoli, in mancanza di un interesse di natura pubblica all'accesso generalizzato ¹⁵. In sostanza, la deindicizzazione dei *link* di ricerca sarebbe necessaria quando i dati relativi alla persona non si presentano più adeguati all'identità virtuale nella propria attualità.

Di queste evoluzioni della prassi occorre ormai tenere conto, da quando la giurisprudenza delle Corti sovranazionali è divenuta, nei fatti, vera e propria fonte di diritto penale: in particolare, le interpretazioni adeguatrici della Corte EDU con la forza propulsiva dei diritti fondamentali sono capaci di penetrare nel tessuto normativo ed innovare il dettato legislativo per via esegetica.

La particolare attenzione alla riservatezza dei dati ed alla loro integrità emersa a livello giurisprudenziale costituisce un indizio ulteriore in ordine all'opzione politico-criminale a favore dell'introduzione nel codice penale sammarinese di un catalogo di reati informatici a tutela di questi diritti fondamentali di nuova generazione.

Poste tali premesse metodologiche e sistematiche, è ora disponibile il contesto politico-criminale e comparatistico in cui l'aggiornamento del diritto penale dell'informatica nel codice penale sammarinese può utilmente svolgersi.

¹⁵ CoGUE, sentenza 13 maggio 2014, Google Spain SL, Google Inc. contro Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD), Marco Costeja Gonzále.

Maria Morello* Humanitas e diritto: la condizione giuridica della donna nella famiglia dell'età pre-moderna

Abstract

- Il presente lavoro si propone di esaminare come l'esperienza giuridica dell'età premoderna sia caratterizzata dal problema della condizione della donna nella società e nella famiglia, relativamente alla quale si denota una limitazione talmente intensa delle sue facoltà sociali, economiche e giuridiche da metterne in discussione la sua stessa qualità di soggetto nell'ordinamento.
- The present study aims to analyze the problems about the women's status in the family and in society in the pre-modern legal experience, with special reference to limitations of the social, economic and legal powers. It brings to light the ambiguous nature of her status as a legal subject.

^{*} Professoressa a contratto per l'insegnamento di Storia del diritto italiano e Storia del diritto del lavoro (IUS/19) nell'Università di Urbino, 'Carlo Bo'.

MARIA MORELLO

HUMANITAS E DIRITTO: LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLA DONNA NELLA FAMIGLIA DELL'ETÀ PRE-MODERNA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La soggezione della donna nel diritto germanico. – 3. La posizione della donna nella società comunale. – 4. La condizione giuridica della donna nella legislazione statutaria. – 5. La repressione dell'adulterio. – 6. La struttura patrimoniale della famiglia: la dote. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La funzione del diritto, come forma di composizione del conflitto d'interesse, non raramente costituisce strumento di quella *humanitas*¹, in base alla quale gli squilibri nelle relazioni personali determinate dalle situazioni che s'inscrivono nella categoria della forza e della supremazia socio-economica, così come si presentano in una dimensione pre-giuridica, riceve il temperamento necessario se non ad evitare, almeno ad attenuare vere e proprie forme di sopraffazione: intendo riferirmi al temperamento che sta alla base di un'equilibrata vita sociale²; non per caso, un grande giurista del Novecento, Santi Romano, ha sintetizzato la giuridicità della vita sociale nella formula *ubi societas, ibi ius*³. Questa massima, sostiene l'Autore, presuppo-

¹ Sulla nozione di humanitas si veda L. Garofalo, L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica, in Id., Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi, Padova 2005, p. 1 ss.; G. Purpura, Brevi riflessioni sull'humanitas, in Annali del Dipartimento di storia del diritto dell'Università di Palermo, 53, 2009, p. 289 ss.

² Si tratta senz'altro di un problema dibattutissimo e sempre di grande attualità; v., da ultimo, un interessante approccio di impianto generale in A. CUNEO MACCHIAVELLO, *Materiales para un estudio del fenómeno jurídico*, Santiago de Chile 1974, pp. 37-46; v. anche, con riferimento al problema delle autonomie, M. ROSBOCH, "Ubi societas, ibi ius". *Considerazioni storico-giuridiche su persona, autonomie e società intermedie*, in *Il Piemonte delle autonomie, Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte*, a. II, n. 2, p. 2105.

³ Cfr. S. Romano, L'ordinamento giuridico, Firenze 1945, p. 25 ss. Sul pensiero di questo

ne un concetto articolato e complesso di società, che non si esaurisce in «un semplice rapporto fra gli individui, come potrebbe essere, per esempio, il rapporto di amicizia, al quale è estraneo ogni elemento di diritto» 4, ma consiste in «un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono» 5. Aggiungendo che «deve trattarsi di un'unità effettivamente costituita», dal momento che «una classe o un ceto di persone, non organizzato come tale, ma determinato da una semplice affinità fra le persone stesse, non è una società vera e propria» 6.

Ma, come sappiamo, ogni società va collocata nella propria dimensione storica; di conseguenza anche l'equilibrio sociale al quale or ora accennavo ha la propria dimensione storica, e la storicità di tale dimensione si rivela nella sua evidenza con riguardo alla giuridicità di determinate strutture per così dire di lungo periodo, qual è quella, per venire al tema della condizione giuridica della donna. Ora, in questo campo, le strutture giuridiche storicamente si rivelano singolarmente resistenti a recepire ciò che da quella humanitas la nostra moderna sensibilità si aspetterebbe, sicché è davvero arduo riconoscerne gli effetti sugli istituti giuridici che alla condizione della donna si riferiscono, anche per il loro profondo radicamento nella tradizione. Il che ci obbliga ad osservare che la sentenza del giurista classico Ermogeniano, secondo la quale hominum causa omne ius constitutum sit⁷ – sentenza che da sola attribuisce sostanza all'humanitas di cui parlo –, non sempre ha trovato riscontro ed effettiva realizzazione nelle vicende storiche che concernono la donna e la sua dimensione giuridica: non sempre, ma, forse, farei meglio a dire raramente vi ha trovato riscontro, almeno fino alle conquiste dell'età contemporanea, e anche in questa con notevole travaglio da parte delle compagini sociali. In altre parole, pur tenendo conto della sua intrinseca dimensione storica, è difficile negare che l'esperienza giuridica dell'età premoderna, ma anche di quella contemporanea alla quale appar-

giurista v., da ultimo, E. RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto* (Enciclopedia italiana), Roma 2012.

⁴ S. Romano, L'ordinamento cit., p. 26.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ D. 1.5.2. Il rapporto tra l'*humanitas* alla quale si fa qui riferimento con riguardo alla sentenza di Ermogeniano e l'esperienza giuridica passa anche attraverso il rapporto tra quest'ultima e la scienza del diritto; cfr. F. Calasso, *Storicità del diritto e scienza del diritto*, in *Raccolta degli scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. IV, Milano 1963, pp. 661-684, ora in *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 173-199; v., in part. p. 176 s.

teniamo, sia caratterizzata dal problema della condizione della donna nella società e nella famiglia, una condizione che, quando non è stata di schietta soggezione, è stata connotata da una limitazione talmente intensa delle sue facoltà sociali, economiche e giuridiche da metterne in discussione la sua stessa qualità di soggetto nell'ordinamento.

Non dovrebbe essere necessario qui ricordare che questo tema è strettamente intersecato con quello della famiglia, che è la prima compagine dell'ordinamento sociale, la configurazione della quale è tale da proiettarsi sull'interezza di tale ordinamento. Non c'è dubbio che la società familiare costituisce la struttura portante dell'assetto politico, economico e sociale non soltanto in antico regime, ma anche nell'età della codificazione. Intendo per famiglia quella "societas" fondata su un matrimonio validamente costituito⁸; com'è noto, questa struttura, sia in età antica, sia nell'età premoderna, sia, per certi versi, ancora con la codificazione napoleonica⁹, si caratterizza per la sua spiccata asimmetria proprio in relazione al genere di coloro che ne fanno parte, con particolare, ma non esclusivo riferimento alle persone dei coniugi. Se, poi, appuntiamo il nostro sguardo alla struttura della famiglia basso-medievale e al sostanziale patriarcato che la connota, la sua dimensione storica assume la configurazione di autentico archetipo del potere: si tratta di un complesso di situazioni che svela la fisionomia patrimoniale della familia e la sua struttura come strumento ordinato alla trasmissione del suo patrimonio da una generazione all'altra in occasione della morte del suo titolare pro tempore 10; per altro verso, quella struttura

⁸ Relativamente alle problematiche concernenti la definizione di famiglia e la sua configurazione giuridica nella struttura che le è impressa, per esempio, nel codice civile vigente si veda da ultimo V. Crescenzi, *Per una semantica della famiglia (ovvero: di cosa si parla, quando si parla di famiglia?)*, in A. Bixio, G. Crifò (a cura di), *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano 2010, pp. 196-224.

⁹ P. Ungari, Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975), Bologna 1974; M.R. Di Simone, La condizione femminile dal codice del 1865 al codice del 1942: spunti per una riflessione, in Atti del Convegno di Milano (4-6 giugno 1992), I cinquant'anni del codice civile, vol. II, Milano 1993, pp. 573-577; v. anche P. Passaniti, Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "Società coniugale" in Italia, Milano 2011.

¹⁰ Sugli aspetti patrimoniali della *familia* in relazione al *paterfamilias* come unico titolare del *patrimonium* si rinvia, una volta per tutte, ai lavori di M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Milano 1961; v. anche ID., *Famiglia (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano 1967, spec. i §§ 4-8; V. Crescenzi, *Per una fenome-nologia della famiglia nell'età medievale; patrimonio, matrimonio,* concubinatus, in Actes del IX Simposi Internacional Barcelona, 4-5 de juny de 1999, *El dret comú i Catalunya*, Barcelona 2000, p. 92; ID., *Scansioni della vita: aspetti della famiglia negli statuti cittadini della Campagna e della Marittima*, in Atti dei convegni: *Le tecniche costruttive storiche a Ferentino: città*

costituisce l'icona più autentica del rapporto fra uomo e donna, che è tale da trascendere l'esperienza giuridica fino a proiettarsi sulla condizione esistenziale dei soggetti di tale rapporto.

La donna, soggetta a perpetua tutela e priva di ogni capacità di diritto pubblico, acquista rilevanza nel suo essere componente di una famiglia. che, per altri aspetti, si rivela corpo politico, munito di una sua specifica autonomia anche sul piano "giurisdizionale" e "normativo"; in questo ambito la donna trova la sua destinazione "naturale" come titolare insostituibile della funzione di moglie e di madre, ma anche come persona gravata dello svolgimento dei lavori socialmente indispensabili, anche di carattere materiale, connessi con la quotidiana gestione della vita domestica, ritenuti, anche a dispetto della loro gravosità, idonei ad un sesso ritenuto per altri versi fragile. Al di fuori le rimane solo il chiostro. Invero, con l'uscita dalla famiglia di origine e con il trasferimento nella casa del marito, si realizza soltanto una forma diversa di soggezione, anche se la donna, comunque, nella nuova domus viene ad assumere un ruolo rilevante, non soltanto, come sopra accennato, per la sua funzione procreatrice, ma anche come punto di riferimento nella gestione della casa e nell'allevamento dei figli, conseguendo, sia pure di riflesso, una dignitas diversa, corrispondente a quella propria del marito 11.

Nell'impossibilità di riflettere sulle numerose problematiche inerenti alla condizione giuridica della donna in età premoderna ¹², mi limiterò a toc-

e territorio (Ferentino 30 novembre – 1 dicembre 1991); La diocesi di Ferentino nella vicenda della Campagna e della Marittima dalla fondazione della Cattedrale alla fine del secolo XV (Ferentino, 29-30 novembre 1996), Per Ferentino Medievale. Un contributo del "Centro Ermini", Ferentino 2003, p. 275. Sul superamento della dimensione prevalentemente patrimoniale della famiglia e del suo diritto v. A. Cicu, Lo spirito del diritto famigliare, discorso letto il 23 novembre 1913 nell'Università di Macerata, Macerata 1914, ora in A. Cicu, Scritti minori, a cura di F. Carresi, L. Ferri, con una introduzione di A. Messineo, L'opera di Antonio Cicu (1879-1962), vol. I, Milano 1965, pp. 123-155; a questo proposito v. le considerazioni di P. Passaniti, Diritto di famiglia cit., pp. 365-372, che rinvia a A. Cicu, Il diritto di famiglia. Teoria generale, Roma 1914 (rist. anast. Bologna 1978, con una lettura di M. Sesta), pp. 8-9.

¹¹ V. P. Mari, Bartolo e la condizione femminile. Brevi appunti dalle lecturae bartoliane, in V. Crescenzi, G. Rossi, Bartolo da Sassoferrato nella cultura europea tra Medioevo e Rinascimento, Sassoferrato 2015, p. 239.

¹² Per l'età moderna mi sia consentito rinviare a M. Morello, Alle origini di una tutela strutturale della maternità nel periodo fascista: l'Opera Nazionale Maternità e Infanzia, in Rivista di storia del diritto italiano, vol. LXXXV, pp. 267-297; Id., Per una ricostruzione giuridica dello stupro e della violenza sulle donne nell'età dello ius commune, in Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche. Nuova Serie A, vol. 64, pp. 101-129; Id., La successione della donna nel feudo: alcuni casi particolari, in P. Donadi, Percorsi biografici e di

care solo alcuni aspetti e precisamente quelli che concernono temi quali l'esercizio di una vera e propria giurisdizione "educativa" da parte del marito sulla moglie; il regime dell'adulterio, che discrimina e penalizza gravemente la donna; ed in ultimo, ma certamente non per importanza, la dote e le sue implicazioni.

Lasciamo da parte, in questa sede, le più antiche esperienze giuridiche e, in particolare, quell'esperienza che possiamo collocare nell'ambito della plurisecolare vicenda del diritto romano: com'è noto in età antica la posizione della donna nell'ambito del diritto pubblico la si può dire, sia pure rapidamente, come connotata, a dispetto di qualche temperamento, da una sostanziale incapacità. Nell'ambito privatistico, peraltro, la situazione femminile era quella di un soggetto che dipendeva dall'auctoritas del padre o dell'avo (dalla sua manus), mentre alla morte dell'ascendente, passava sotto la tutela legitima, che implicava la sostituzione del pater o del tutor per il compimento della generalità degli atti giuridici ¹³. Il matrimonio detto cum manu determinava il trasferimento appunto della manus in capo al marito o al di lui ascendente; in quello sine manu, rimaneva soggetta alla manus del paterfamilias che poteva perfino revocare in ogni momento l'assenso dato per le nozze ¹⁴, richiamando a casa la figlia, e sciogliere così, con un atto unilaterale, il di lei matrimonio ¹⁵.

Infine, la donna succedeva al padre o ai fratelli, ma, se aveva contratto un matrimonio *sine manu*, non al marito. Le attenuazioni di questa disciplina risalenti a partire dal II secolo a. C. non elimineranno le incapacità pubblicistiche e processuali, né tantomeno, la sua soggezione alla *patria potestas* ¹⁶ e la necessità delle autorizzazioni maritali.

ricerca, Urbino 1999, pp. 321-347; ID., Aspetti dell'accusatio iure mariti vel patris in materia di adulterio, in Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche. Nuova Serie A, vol. 55,4, pp. 613-644.

¹³ Cfr. A. Luminoso, La condizione giuridica della donna in Italia, tra passato, presente e avvenire, in Il diritto di famiglia e delle persone, 13 (1984), p. 1184.

¹⁴ Il consenso richiesto al padre per la celebrazione delle nozze dei figli rappresentava il profilo più significativo della patria potestà, e un'autorizzazione che implicava un controllo indiscusso del genitore sui matrimoni, intesi come un mezzo efficace per effettuare alleanze politico-sociali e non come espressione di un'unione basata sull'affetto e sulle aspirazioni dei singoli individui. Cfr. L. GARLATI, *La famiglia tra passato e presente*, in S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Diritto della famiglia*, Milano 2011, p. 14.

¹⁵ Cfr. M. Bellomo, La condizione giuridica della donna in Italia. Vicende antiche e moderne, Roma 1996, p. 16.

¹⁶ La potestas del pater è «perpetua in senso orizzontale – invero, essa si dispiega sopra tutti i componenti della familia –, sia in senso verticale – infatti spetta al pater, ma anche

2. La soggezione della donna nel diritto germanico

Questa rapida e certamente incompleta sintesi della disciplina romanistica serve a sottolineare come perfino peggiorato si presenti lo stato di soggezione della donna con l'ingresso del diritto germanico in Italia, soprattutto per effetto dell'arrivo dei Longobardi. Anche se si deve immediatamente dire che, probabilmente in seguito all'insediamento in Italia e ai contatti con la popolazione romana, nonché per gli influssi con il cristianesimo e ancor più con l'adesione al cattolicesimo a partire dalla fine del secolo VII, si nota un temperamento della durezza che doveva caratterizzare la condizione della donna propria di una popolazione germanica. Nel diritto di questo popolo, invero, la donna era soggetta ad un ampio e propriamente generale potere di supremazia, il *mundium*, il titolare del quale è il *mundoaldo* ¹⁷. In particolare l'Editto di Rotari, cap. 204, sancisce, riassumendo in poche righe l'essenza di questa disciplina ¹⁸:

Nulli mulieri liberae sub regni nostri ditionem legis langobardorum viventem liceat in sui potestatem arbitrium, id est selpmundia vivere, nisi semper sub potestatem virorum aut certe regis debeat permanere; nec aliquid de res mobiles aut immobiles sine voluntate illius, in cuius mundium fuerit, habeat potestate, donandi aut alienandi.

all'avus e perdura per tutta la durata della sua vita»: così V. Crescenzi, *Per una fenomenologia della famiglia* cit., p. 92. Sul tema della patria potestà e della sua evoluzione nel corso dei secoli si veda *ex multis*, M. Cavina, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità ad oggi*, Roma-Bari 2007.

¹⁷ Su questa figura, ovviamente, la letteratura è amplissima; mi limito a rinviare a F. Schupfer, *La famiglia presso i Longobardi*, in *Archivio giuridico*, 1 (1868), pp. 13-50 e pp. 114-183; per quel che qui interessa sulle varie forme di *mundium*, v. pp. 145-183; A. Solmi, *La condizione privata della donna e la giurisprudenza longobarda dell'Italia meridionale*, in Id., *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma 1937, pp. 504-505; E. Cortese, *Per la storia del mundio in Italia*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 8 (1955-1956), pp. 324-474, ora in Id., *Scritti*, a cura di I. BIROCCHI, U. PETRONIO, Spoleto 1999; M. Bellomo, *La condizione giuridica della donna* cit., p. 24. Inoltre, v. Roth. 204 cit. nella nota seguente.

¹⁸ Roth. 204, in Edictus ceteraeque langobardorum leges, cum constitutionibus et pactis principum beneventanorum, ed. F. Bluhme, MGH, Legum t. IV Hannoverae 1868, p. 50. Questo testo, ampiamente studiato dalla storiografia, sancisce una soggezione della donna che, attraverso il mundio, investe tutto il suo *status* giuridico e definisce la sua posizione in seno alla società nella quale vive. Cfr. M.T. Guerra Medici, *I diritti delle donne nella società altomedievale*, Napoli 1986, p. 72.

Il *mundium*, è, comunque, sì una *potestas*, ma propriamente, come vedremo meglio tra poco, anche ciò che si potrebbe qualificare come un onere a protezione della donna, sicché, il titolare o il marito non sono abilitati, in forza di tale *potestas*, a sottoporre la *mulier* a maltrattamenti. È ciò che sancisce, per esempio, Roth. 195 ¹⁹:

De crimen in puellam iniecto. Si quis mundium de puella libera aut muliere potestatem habens, excepto pater aut frater, et in animam ipsius puellae aut mulieris insidiatus fuerit aut alii invitam ad maritum tradere voluerit, aut volentibus ad eius violentiam faciendam consensum praebuerit aut consilium dederit, ut provatur, ammittat mundium ipsius, et illa potestatem habeat de duas vias: vult ad parentis reverti, vult ad curtem regis cum rebus suis propriis, quae ad eam per legem pertenent, se commendare, qui mundium eius in potestatem debeat habere. Et si vir ille ista crimina negaverit, liceat eum se pureficare et mundium, sicut habuit habere, si se pureficaverit.

Non solo, ma la qualità potestativa e tuttavia onerosa ordinata a beneficio della *mulier* e a tutela dell'istituzione familiare interagisce con l'obbligo alla fedeltà; sicché il marito che commette il *crimen* di *adulterium* viene spogliato del *mundium*; inoltre la donna offesa può scegliere di tornare sotto il *mundium* parentale, con tutti i suoi beni, o di affidarsi alla protezione della *curtis regia – ad curtem regis se commendare –* con attribuzione del relativo *mundium* allo stesso re²⁰:

De crimen adulterii. Si quis mundium de puella libera aut muliere habens, excepto patre aut fratre, et crimen ei iniecerit, quod adulterassit, amittat mundium ipsius, et illa potestatem habeat cum rebus suis propriis vult ad parentis reverti, vult ad curtem regis se commendare, qui mundium eius in potestatem debeat habere. Et si vir ille hoc crimen dixissit negaverit, liceat eum se pureficare, si potuerit, et mundium eius, sicut habuit, habere.

Analoga disciplina colpisce il titolare del *mundium* – ma in questo caso *excepto pater aut frater* – che accusi una *libera mulier* di stregoneria – *eamque strigam, quod est mascam clamaverit* –, secondo quanto dispone il cap. 197 dell'Editto²¹.

¹⁹ Roth. 195, p. 47.

²⁰ Roth. 196, p. 47 s.

²¹ Roth. 197, p. 48.

Questi ultimi tre capitoli qui citati, comunque, si chiudono con il precetto, secondo il quale se il marito dimostri la sua innocenza – si se purificaverit – è reintegrato nella sua potestà.

Le norme illustrate non esauriscono certo la disciplina della condizione giuridica della donna secondo il diritto longobardo; per rispettare l'economia di questo contributo lascio da parte sia il capitolo che concerne l'uccisione ingiusta di una mulier da parte del marito (cap. 200, De occisione mulieris²²: Si maritus uxorem suam occiderit inmerentem, quod per legem non sit merita mori [...]) – ipotesi che implica che egli possa legittimamente sopprimerla –, sia quello relativo ai delitti perpetrati a carico di una puella o di una mulier che si trovi sotto il mundium di un soggetto diverso dall'autore del crimine (cap. 198, De crimen in puella iniectum qui in alterius mundium est)²³.

I capitoli dell'Editto di Rotari rapidamente esaminati (capp. 195, 196, 197, 198 e 200 e 204), ad un attento esame non viziato da pregiudizi, si rivelano però dotati di una duplice faccia. Come abbiamo visto, il cap. 204, sancisce in forma generale e assoluta il principio, secondo il quale ogni donna libera di stirpe longobarda appartenente alla giurisdizione del regno non può non essere soggetta permanentemente alla tutela virile o dello stesso re che si risolve, evidentemente, in una potestas, che essendo ordinata alla protezione della donna (o anche del minore), è, come ho già accennato, un onere²⁴; sicché ad una donna longobarda non è consentito essere selpmundia, ossia, letteralmente, soggetta al mundium di sé stessa, ovvero, per così dire, autoprotetta (quindi anche haamund ossia amundia, secondo Roth, 224 e Liutp. 55)²⁵ – Nulli mulieri liberae sub regni nostri ditionem legis langobardorum viventem liceat in sui potestatem arbitrium, id est selpmundia, vivere, nisi semper sub potestatem virorum aut certe regis debeat permanere -26; questo assoggettamento personale si riflette sulle facoltà muliebri di disporre del proprio patrimonio senza il consenso – voluntas – del titolare del

²² Roth. 200, p. 49.

²³ Roth. 198, p. 48.

²⁴ V. DU CANGE, Glossarium mediae et infimae latinitatis, Niort 1883-1887, t. 5, col. 546b; v. anche J.F. NIERMEYER, Mediae latinitatis lexicon, Leida 1976, pp. 709-710, ad voc. *mundium*: «1. *tutelle* d'une femme [...]. 2. *tutelle* sur un mineur [...]».

²⁵ F. Schupfer, *La famiglia* cit., p. 140.

²⁶ V., a questo proposito, K. Modzelewski, *La stirpe e la legge*, in L. Gatto, P. Supino Martini (a cura di), *Studi sulle società e le culture del Medioevo per Girolamo Arnaldi*, vol. I, Sesto Fiorentino 2002, pp. 423-438; v. in part. pp. 423-426. In generale v. anche F. Schupfer, *La famiglia* cit., p. 145 s.

mundium: è ragionevole ritenere che il cap. 204 altro non sia che, per così dire, la conferma, tramite la scrittura nell'Editto, d'un principio di origine consuetudinaria. Non è altrettanto certo che le altre norme contenute nei capitoli dell'Editto di Rotari sopra richiamate, vale a dire quelle contenute nei capp. 195, 196, 197, 198 e 200 abbiano scaturigine consuetudinaria; è, invece, più probabile che siano precetti deliberati da Rotari (e confermati dall'assemblea) proprio per mitigare gli effetti perversi che l'assoggettamento di cui al cap. 204 implicava a carico della donna. In altre parole, si tratta di precetti di origine legislativa. La loro funzione, dunque, ad un attento esame si rivela proprio come indirizzata verso una tutela della donna più articolata e tale da evitare che l'assoggettamento personale implicato dal mundium si risolvesse a suo danno.

In apertura di questo contributo ho parlato dell'*humanitas* che costituisce o dovrebbe costituire un tratto caratterizzante del diritto, ossia la funzione di proteggere ed equilibrare le situazioni di coloro che si trovino in situazioni di svantaggio nell'ambito di una compagine sociale; questo qui messo in evidenza si può ritenere un valido esempio in tal senso; se, come nota il Modzelewski²⁷, «nella cultura tradizionale delle tribù germaniche una donna *selbmundia* era un fenomeno inconcepibile e in ogni caso intollerabile», alle coscienze di una società in trasformazione, quale quella longobarda del settimo secolo, si presentava il problema di evitare che questo strumento di tutela, che generava una situazione di soggezione personale, si risolvesse in mezzo in virtù del quale opprimere fino alla sua uccisione (v. cap. 200) la donna che vi è assoggettata. Anche perché, accanto alle donne longobarde vivevano donne di stirpe romana, libere, alle quali, per il loro diritto era lecito vivere *in sui potestatem arbitrium*²⁸.

La tendenza a quella che potremmo denominare umanizzazione di un diritto consuetudinario germanico che, leggendo in controluce le norme che sto per richiamare, era improntato ad una notevole durezza, soprattutto nei confronti della condizione muliebre, è ancor più evidente nella legislazione di quell'autentico riformatore che fu Liutprando; a scopo esemplificativo cito il cap. 12, *De puella quae intra etatem est* della legislazione del quinto anno di regno (717) di questo re, che reprime i matrimoni di una *puella* di età inferiore ai dodici anni²⁹, comminando la pena prevista per il

²⁷ K. Modzelewski, *La stirpe* cit., p. 424.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Liutp. 12, p. 111.

reato di rapimento a carico di chi la prende in moglie – hoc est solidi nongenti, medietatem regi et medietatem eidem infantole –, mentre il mundoald che acconsente alle nozze perde il mundium a favore del re ed è tenuto ad una severa pena pecuniaria – conponat in sagro palatio solidos trecentos, et mundium eius amittat, et sit ipsa cum rebus suis in mundio palatii –; ovviamente il matrimonio o gli sponsali sono nulli e la fanciulla, quando avrà compiuto l'età legittima, potrà unirsi liberamente in matrimonio con piena libertà: et ipsa revertatur in casa et in pecuniam suam et sit quieta usque ad suprascriptum tempus; postea autem elegat ipsa sibi, et nubat, cui voluerit; solo il padre o il fratello possono dare in moglie la propria figlia o la propria sorella indipendentemente dalla sua età, ma a ciò consente il re in quanto egli confida che né l'uno, né l'altro agiranno in modo fraudolento o irrazionale: quoniam ista licentia ideo dedimus, eo quod credimus, quod pater filiam aut frater sororem suam doloso animo aut contra rationem cuiquam homini dare non debeant.

Il cap. 120 dell'editto di Litprando (*leges de anno XVIII*, 731)³⁰, infine, integrando il cap. Roth. 182, che reprime i maltrattamenti del mundoaldo a carico di una donna che si trova nel suo *mundium*³¹, enumera quelle che potremmo definire le fattispecie di tali maltrattamenti – *Proinde providimus dicere, qualis a ipsa sit mala tractatio* – che ha per conseguenza la perdita del *mundium*: se le fa patire la fame; se le nega le vesti e le calzature adeguate alle di lei condizioni economiche; se la dà in moglie ad un servo o un semilibero; se la percuote in modo umiliante, a meno che, se infante, le percosse non siano necessarie per una *honesta disciplina*,

³⁰ Liutp. 120, p. 157 s.: Contenit autem anterior edictus de fream suam, qui eam male tractaverit, ut amittat mundium ipsius; et non dicit, qualis sit ipsa mala tractatio. Proinde providimus dicere, qualis a ipsa sit mala tractatio, id est si eam fame negaverit, aut vestimentum vel calciamentum secundum qualitatem pecuniae non dederit, aut ad servum vel haldionem alterius eam oxorem dare presumpserit, aut eam battederit turpiter, excepto si infans fuerit, pro honesta disciplina ostendendum muliebre opera aut ad vicium malum emendandum, sicut de propriam filiam suam. Et si eam in indicebilem operam quoacta minaverit, aut si ipsa adulteraverit: omnia haec, qui facere presumpserit, male tractata esse dicimus. Insuper et addimus, ut nec ad liberûs homenis eam ad maritum absque eius volontatem dare presumat, quia peius tractata esse non potest, si illum verum tollit, quem ipsa non vult. Ideo statuimus, ut propter plagas et feritas, si fecerit, vel de adulterium, conponat eidem feminae, sicut edictus contenit, et mundium eius amittat.

³¹ Roth. 182, p. 43, De vidua, qualem habeat licentiam, in fine: Et si tales fuerit mulier, quae maritum non vellit aut non possit habere, sit in potestatem illius, ad quem mundius de ea pertenit. Et si ipse eam male habuerit aut tractaverit, et probatur, tunc liceat eam ad parentes suos reverti; et si parentes non habuerit, tunc ad curtem regis habeat refugium, et mundium eius sit in potestatem regis.

come per l'educazione di una propria figlia; se la costringe a lavori turpi o commette con lei adulterio; se la costringe ad unirsi in matrimonio contro la sua volontà ecc., concludendo che propter plagas et feritas, si fecerit, vel de adulterium, conponat eidem feminae, sicut edictus contenit, et mundium eius amittat.

Senza sopravvalutare queste disposizioni, ne va sottolineato l'effetto di modificare in meglio, grazie anche, come ho già notato, al contatto con la civiltà romana e all'influenza del cristianesimo, la posizione della donna, anche se nei secoli successivi, fino al IX e X secolo, non assistiamo certamente a stravolgimenti di tale posizione. Né poteva accadere diversamente. Lo stesso Rotari, che nel prologo all'Editto aveva manifestato alcuni intenti innovatori, si mantenne all'interno di una tradizione senza sovvertirla, limitandosi a introdurre solo alcune attenuazioni, come abbiamo visto. Probabilmente, maggiormente incisiva in questo senso deve essere stata l'opera di Liutprando, che andrebbe indagata analiticamente per identificarne le linee evolutive di politica legislativa. D'altra parte non è possibile attribuire ai legislatori longobardi l'intenzione di sovvertire il campo del diritto familiare, modificando la struttura e l'organizzazione interna della famiglia. Ouesta continuava a rimanere l'elemento cardine dell'intera societas: l'istituto familiare contribuiva al mantenimento della pace e assicurava protezione per tutti i suoi membri accomunati dal vincolo di sangue, dalle proprietà comuni e da una solidarietà che si manifestava sia nell'offesa che nella difesa; in tale istituto familiare il controllo della figura femminile voleva dire il controllo della procreazione nell'ambito del matrimonio monogamico e dunque la proiezione nelle generazioni future della struttura familiare e della sua fisionomia, famiglia per famiglia, con gli inevitabili riflessi di carattere patrimoniale, sui quali è necessario continuare a riflettere 32.

D'altra parte, nelle popolazioni germaniche la piena capacità viene riconosciuta solo alle persone in grado di difendere la comunità stessa, in quanto abili alle armi. Ecco allora che in questo modo si spiega come in questi ordinamenti il sesso femminile, quando addirittura non incideva sulla stessa soggettività giuridica, determinava la configurazione di *status* differenziati per l'uomo e per la donna in base ai quali quest'ultima appariva come soggetto giuridicamente diminuito³³.

³² Cfr. M.T. Guerra Medici, *I diritti delle donne* cit., p. 73.

³³ A. Luminoso, *La condizione giuridica* cit., p. 1185.

3. La posizione della donna nella società comunale

Non è necessario che ricordi qui quanto la società comunale si sia retta e si sia sviluppata avendo come fulcro la struttura familiare patriarcale, basata sul matrimonio monogamico e sulla figura della filiazione legittima, configurata dalla ben nota sentenza di natura strutturale contenuta in D. 2.3.5: pater vero is est quem nuptiae demonstrant³⁴. Tanto più dunque, in linea con quanto ho accennato poco più sopra, era necessaria una forma di controllo sulla persona della donna ai fini della riconoscibilità formale della discendenza³⁵, avuto riguardo agli aspetti patrimoniali che sono così intrinsecamente connessi con quelli personali. Insomma, in quell'ambiente la posizione della donna continuava a permanere subordinata, anche per l'affermarsi di quella che è stata denominata "ragion di famiglia" ³⁶.

Finché la donna restava nella casa del padre con lo status di filiafamilias era sicuramente assoggettata ad un'ampia potestà, che genericamente implicava facoltà e poteri in capo al pater e relativi doveri: di educarla, di alimentarla, di acconsentire alle sue nozze, di esigere da lei la debita reverentia, e dunque anche, se necessario, di correggerla; e in ciò, tra l'altro che si estrinseca il contenuto di quella patria potestas, di esclusiva pertinenza del padre (o dell'avo, se ancora in vita), con i conseguenti riflessi patrimoniali³⁷. Interesse preminente era quello determinato dall'esigenza di conservare integro e compatto il patrimonio familiare, di generazione in generazione, a salvaguardia del quale si crearono istituti, quali maggioraschi e primogeniture, che assicuravano un'attribuzione preferenziale dei beni ereditari in favore dei figli maschi. Di conseguenza, il padre decideva del destino della figlia, se darla in sposa o destinarla al convento. Alla donna-figlia era riservata una porzione di tale patrimonio destinata alla dote che ne permetteva il matrimonio: una porzione per lo più commisurata alla quota ereditaria legittima.

Sposandosi, la donna passava dalla potestà del padre a quella del marito, il quale non soltanto aveva l'amministrazione e la disponibilità, ovviamente

³⁴ Ecco l'intero segmento testuale, distribuito tra D. 2.3.4.3 e, di seguito, D. 2.3.5: «[...] sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit. [D. 2.3.5] quia sempre certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est quem nuptiae demonstrant».

³⁵ V. Crescenzi, Per una fenomenologia della famiglia cit., p. 95.

³⁶ A. Luminoso, *La condizione giuridica* cit., p. 1185.

³⁷ Cfr. M. Bellomo, *Profili della famiglia italiana nell'età dei comuni*, I, Catania 1966, pp. 31-46; Id., *La condizione giuridica della donna* cit., p. 38.

nei limiti stabiliti dall'ordinamento, della dote, ma aveva anche il potere di autorizzare o meno la moglie per gli atti di disposizione del proprio suo extradotale³⁸.

Accanto a questa potestà sull'attività giuridica della moglie l'ordinamento investiva il marito di uno *ius corrigendi*, esercitabile anche mediante l'impiego di mezzi violenti. Lo *ius corrigendi*, ovvero la potestà correzionale che il *paterfamilias* era autorizzato ad esercitare nei confronti della moglie è un potere d'origine remota, e ha il suo modello nell'articolazione aristotelica dei compiti del titolare dell'autorità domestica, incaricato di mantenere l'ordine all'interno della famiglia intesa come cellula di un ordine sociale più complesso. Né l'affermazione del cristianesimo in Europa incide su questo aspetto del rapporto tra coniugi, che rimane caratterizzato dalla subordinazione femminile: l'uomo è soltanto tenuto ad evitare maltrattamenti gratuiti o eccessivi (come del resto abbiamo visto a proposito del diritto longobardo) ³⁹.

Le mogli, come ammoniva la dottrina canonistica sulle orme di S. Agostino, che nelle sue *Confessioni* costruiva sull'immagine di Monica, sua madre, l'archetipo della perfetta moglie cristiana, venivano richiamate alla sopportazione ed esortate a tollerare, senza reagire, le intemperanze dei mariti, riconoscendone la superiorità. Le spose, infatti, avrebbero dovuto sopportare con pazienza tutte le prove imposte dalla legge del matrimonio e dalle sue intrinseche diseguaglianze naturali, e con altrettanta pazienza avrebbero dovuto riconoscere il loro stato di semi-servitù, esercitando giorno dopo giorno le relative virtù di rassegnazione e tolleranza nei confronti delle prevaricazioni subite. Era quella la prova a cui la donna, in quanto moglie, era stata chiamata da Dio sulla terra al fine di guadagnarsi il vero obiettivo della sua provvisoria permanenza terrena: la salvezza eterna ⁴⁰. Del resto, lo stesso apostolo Paolo, nella *Lettera ai Corinzi* (I *Corinth.*, 7,4) aveva detto «plasticamente» – per riprendere il

³⁸ M. Bellomo, *Ricerche sui rapporti patrimoniali* cit., pp. 131-142; v. anche V. Crescenzi, *L'autorizzazione maritale e il problema storico della capacità della donna coniugata di disporre dei propri beni*, in *Mujeres y derecho*. *Un perspectiva històrico-jurìdica*. Encuentro de historiadores del derecho 26-27 niviembre 2014, Actas ed. y coord. de F. L. Pacheco Caballero, Barcelona 2015, pp. 128-185; v. in part., pp. 164-167.

³⁹ M. Cavina, *Il padre spodestato* cit., pp. 14-17; C. Artico, "*Io son padrone di gridare et contrastare con far quello mi pare et piacce con mia moglie*": ius corrigendi *e strategie femminili per la conservazione dell'ordine familiare nella signoria di Duino tra XVII e XVIII secolo*, in *Historia et ius* [www.historiaetius.eu], 8 (2015), paper 22, p. 1.

⁴⁰ Cfr. AGOSTINO, Confessioni, IX. 19.

mirabile avverbio del Vassalli – *Mulier sui corporis potestatem non habet sed vir*, ma aveva aggiunto: *Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet sed mulier*⁴¹. Per la verità, si tratta di precetti di ordine religioso come quelli analoghi di Lattanzio, Girolamo, Agostino, Isidoro da Siviglia e altri padri della Chiesa ⁴², che attengono rigorosamente alla materia coniugale con specifico riguardo ai rapporti sessuali e alla fedeltà; ma Agostino, per esempio, pur affermando, sempre per i rapporti sessuali, la parità del diritto e del dovere dei due sessi, come abbiamo visto, coerentemente con quanto affermato nelle *Confessioni*, «ribadisce negli altri rapporti la superiorità dell'uomo e il governo del marito: *Quis enim nescit uxorem marito tamquam domino debere servire?*⁴³.

La quotidianità della coppia, nell'ambito familiare, doveva fondarsi anzitutto sulla sottomissione della donna, che avrebbe dovuto accogliere la vita coniugale come una delle prove a cui Dio, secondo i suoi imperscrutabili disegni, aveva deliberato di sottoporre gli esseri umani nella loro vicenda terrena. La condizione della donna-moglie, dunque, nel contesto familiare 4, pur essendo assimilabile a quella filiale o a quella servile, nel segno della subordinazione, era però dotata, secondo la visione della Chiesa, di una sua indubitabile specificità. Il canonista Giovanni d'Andrea, per esempio, cercava espressamente di contenere la supremazia del marito, quando scriveva che «la moglie non era sotto la sua potestà, ma in suo servizio ed ossequio» 45, mentre Niccolò de' Tedeschi osservava che «benché la moglie non sia nella potestà del marito come il figlio in quella del padre, tuttavia

⁴¹ F. Vassalli, *Del* Ius in corpus *del* debitum coniugale *e della servitù d'amore, ovverosia La dogmatica ludicra*, Roma 1944, rist. anast. con una lettura di S. Caprioli, *La riva destra dell'Adda*, Sala Bolognese 1981 (Momenti del pensiero giuridico moderno. Testi scelti a cura di P. Rescigno), p. 28.

⁴² F. VASSALLI, *Del* Ius in corpus cit., pp. 28-32.

⁴³ AGOSTINO, Contra Faustum, XXII, 31 (MIGNE, *Patr. lat.* XLII, S. AUGUST., VIII, p. 430), cit. da F. VASSALLI, *Del* Ius in corpus cit., p. 30 e nota 3.

⁴⁴ Di fatto, la famiglia, in quanto *societas*, è fisiologicamente il luogo possibile di una specifica e complessa brutalità, collocabile come violenza espressiva, ovvero fine a se stessa, oppure come violenza strumentale, ossia un mezzo per indurre un'altra persona ad eseguire qualche azione o a tenere un dato comportamento, ma anche nell'ambito del contesto sociale, come violenza legittima o illegittima, vale a dire considerata necessaria e/o autorizzata ovvero proibita dalle leggi o dalle norme sociali. Cfr. G. GULOTTA, *Famiglia e violenza*. *Aspetti psicosociali*, Milano 1984, pp. 41-43 e p. 46; M. CAVINA, *Nozze di sangue*. *Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari 2011, pp. X-XI.

⁴⁵ In A. Tartagni, In I e II Digesti novi partem, Aurelium Pintium, Venetiis 1562, f. 130v, cit. in M. Cavina, *Nozze di sangue* cit., p. 9.

il marito esercita molti diritti sulla persona della moglie [...] si dice che la moglie è una sorta di serva di casa del marito 46.

La donna sposata, dunque, era tenuta innanzitutto all'obbedienza, dovendo attenersi ad assecondare ogni pretesa del marito sul suo corpo e sulla sua opera. In qualsiasi manifestazione, la sua volontà appariva perciò succuba a quella del coniuge, ma la sua sudditanza doveva essere mantenuta senza che al marito fosse permesso di eccedere nella violenza; egli poteva ricorrere allo *ius corrigendi* solo in casi estremi: Alberto da Gandino, per esempio, affermava che «il potere di moderato castigo riposava sul fatto "naturale" per cui la moglie era sotto la conduzione del marito, che ne usava il corpo e ne riceveva i dovuti ossequi» ⁴⁷. In altre parole, per "educare" la moglie disobbediente il marito poteva arrivare anche a batterla, evitando però di provocarle ferite con fuoriuscita di sangue ⁴⁸.

In genere la dottrina del diritto comune prescriveva la moderazione correzionale, se questa si presentasse come necessaria, mentre per quanto concerne le argomentazioni relative alla causa, sembra che la semplice disobbedienza fosse motivo sufficiente per esercitare una qualsiasi forma di correzione nei confronti della moglie⁴⁹.

Peraltro, alcuni autori enfatizzavano la sudditanza al marito come profilo rilevante e caratterizzante della condizione della moglie, ma senza trarne conseguenze drastiche sul piano prettamente correzionale ⁵⁰. Baldo degli Ubaldi, nella seconda metà del Trecento, scriveva che in capo al pater familias si concentrava una familiaritas potestativa che accomunava – nella propria ratio – moglie, figli, servi, e famigli: su tutte queste categorie gli andava riconosciuta una supremazia e quindi, sia pure con venature esclusive, anche un potere punitivo. Il rapporto coniugale, nello specifico, presupponeva una guida del marito sulle abitudini di vita, in

⁴⁶ A. Esmein, Le mariage en droit canonique, II, Paris 1935, p. 3.

⁴⁷ Albertus da Gandino, Tractatus de maleficiis, in Angelus Aretinus, De maleficiis, Iacobi Iuntae, Lugduni 1555, f. 65 r, cit. in M. Cavina, *Nozze di sangue* cit., p. 10.

⁴⁸ G. Minnucci, «An mulier verberari possit». *Una* «quaestio disputata» *di argomento matrimoniale*, in S. Seidel Menchi, D. Quaglioni (a cura di), *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, Bologna 2000, pp. 491-498; L. Garlati, *La famiglia tra passato* cit., p. 5.

⁴⁹ Nello specifico cfr. M. BOARI, *La coercizione privata nella* Magna Glossa. *Tracce fra diritto e violenza*, Milano 2007, pp. 46-47 e p. 79.

⁵⁰ Sul punto si veda in particolare, G. Rossi, "Viri uxoribus imperanto. Uxores viris obediunto". I rapporti coniugali tra modelli classici e diritto consuetudinario francese in André Tiraqueau (1488-1558), in Id. (a cura di), La tradizione politica aristotelica nel Rinascimento europeo: tra familia e civitas, Torino 2004, pp. 163-226.

quanto «[...] vir habet quandam preeminentiam in ipsam in coerctione morum [...]»⁵¹.

Altri giuristi presentavano differenziate sfumature di pensiero, ma complessivamente sempre nel senso della moderazione. Si distingue Bartolo da Sassoferrato, che, su questo argomento, come era suo costume, assumeva un atteggiamento radicale in senso decisamente favorevole alla dignità della donna: prendendo le mosse da una tarda costituzione di Teodosio e Valentiniano, ammoniva che «per il diritto comune non era permesso fustigare la moglie» ⁵².

4. La condizione giuridica della donna nella legislazione statutaria

Un excursus sulla condizione giuridica della donna in età premoderna non sarebbe completo se non tenesse conto della legislazione statutaria delle città comunali, che costituisce una fonte complementare a quella della dottrina di *ius commune* per disegnare, sia pure per grandi linee, i tratti propri dell'esperienza giuridica di quell'età. Anche perché la fonte statutaria costituisce lo specchio della prassi e, dunque, delle condizioni esistenziali esistenti all'interno degli ordinamenti cittadini; ora, erano gli stessi giuristi ad ammettere che nella vita quotidiana l'uso della violenza del marito sulla moglie era generalmente ammesso, sia perché trovava accoglimento nella prassi, sia perché il costume popolare era a ciò incline⁵³; insomma, gli statuti si muovevano lungo una linea conforme a tale costume, sicché, in certo senso gli attribuivano una patina di legittimità.

Ciò, tuttavia, non significa che la violenza fine a se stessa fosse giustificata; essa, al contrario, doveva essere fondata su di una valida motivazione, quale quella data dalla necessità di "correggere, istruire, ammonire": *castigo cum causa*; d'altra parte «dalla qualità dell'arnese usato e dal modo delle percosse si poteva desumere se il castigo fosse stato erogato con animo di

⁵¹ BALDUS DE UBALDIS, Commentaria in primum, secundum & tertium codicis libros, Iuntas, Venetiis 1572, [C. de epi. et cle. l. 1], ff. 36v-37r.

⁵² Bartolus a Saxoferrato, Tractatus de differentiis inter ius canonicum et civile, Venetiis 1615, f. 149v, in M. Cavina, *Nozze di sangue* cit., p. 20.

⁵³ Si veda ad esempio BONIFACIUS DE VITALINIS, Tractatus super maleficiis, in ANGELUS ARETINUS, De maleficiis cit., f. 198v.

emendare o con quello di delinquere»: in altre parole, un conto era usare una cinghia, un altro usare un pugnale⁵⁴.

Quindi, ancora una volta, la violenza coniugale "legittima", specificamente riservata al marito, nel consentito esercizio di un potere correzionale sul piano fisico, costituiva il riflesso sanzionatorio della superiorità del *pater familias* sulla moglie, oggetto di "educazione" e strumento di strategia domestica.

La legislazione statutaria, com'è facile immaginare, si presenta come improntata alla più grande varietà quanto alle specifiche soluzioni, ma allo stesso tempo uniforme nel riconoscere una solida superiorità agnatizia. In alcuni luoghi le percosse erano proibite solo se provocavano spargimento di sangue, in altri erano ammesse anche in quel caso, in altri ancora ci si limitava a condannare unicamente il caso di morte o di lesione permanente, come la debilitazione di un arto, ma ne esistevano altri in cui si indicava come *discrimen* la concreta utilizzazione di modalità tipiche di un castigo domestico⁵⁵. Particolarmente significativo è, come si apprende dal Cavina, il caso della Sardegna, nella cui normativa non si poneva alcun limite formale: talvolta si prescriveva di usare le mani nude purché non si provocasse il versamento del sangue⁵⁶. Quasi ovunque si ammetteva – almeno teoricamente – il diritto di incarcerare la moglie colpevole o fuggitiva⁵⁷.

Se, dunque, la potestà maritale comprendeva a pieno titolo la potestà punitiva a fini educativi ⁵⁸, le norme statutarie, in sintonia con le dottrine dei tardi trattatisti, accomunavano sotto il potere correzionale del *paterfamilias* tutti coloro che vivevano nella sua casa e che gli erano, sia pure a titolo differente, sottomessi. La sussistenza o meno del discriminante fine educativo poteva essere rimessa all'*arbitrium*, ossia alla discrezionalità, del giudice, ovvero, poteva essere dedotta dall'entità delle conseguenze sul piano fisico ⁵⁹.

⁵⁶ M.T. Guerra Medici, *L'aria di città. Donne e diritti nella città medievale*, Napoli 1996, p. 63; M. Cavina, *Nozze di sangue* cit., p. 22.

⁵⁴ Per approfondimenti, cfr. M. CAVINA, *Nozze di sangue* cit., p. 21.

⁵⁵ *Ivi*, p. 22.

⁵⁷ Andreae Tiraquelli, De legibus connubialibus, et iure maritali, Guliel. Rovillium, Lugduni 1560, f. 5v.

⁵⁸ Cfr. Angelus a Gambilionibus, In quatuor Institutionum, ed. Venetiis 1574, [*De his qui sunt sui alieni iuris*] f. 26rab; Iohannes Angelus Bossius, De effectu contractus matrimonii, nempe de patria potestate in filios, Lugduni 1667, f. 82ab.

⁵⁹ G. Rossi, Sul profilo della "locatio operarum" nel mondo del lavoro dei comuni italiani secondo la legislazione statutaria, Milano 1958, pp. 83-91.

5. La repressione dell'adulterio

Sempre nel contesto di una logica di tipo patriarcale, una seconda fenomenologia era rappresentata dal diritto di reazione e di sanzione in caso di lesione del diritto all'esclusività sessuale, con il potere di punizione dell'adultera che superava l'ordinario potere correzionale, per pervenire ad ammettere se non una sorta di *ius vitae ac necis*, sicuramente un potere punitivo singolarmente penetrante⁶⁰.

Del resto, la durezza della repressione dell'adulterio della moglie derivava dal sistema. Ho già fatto riferimento alla norma di principio di D. 2.4.5. secondo la quale pater vero is est quem nuptiae demonstrant; su questo precetto è costruita l'intera struttura della filiazione legittima: il pater è colui che risulta unito in legittimo matrimonio con la donna che ha generato il filius della cui paternità si tratta. Una simile struttura della filiazione legittima ha sorretto nei secoli l'intero regime patrimoniale della famiglia, ed era sicuramente quella vigente negli ordinamenti cittadini, in quanto parte dell'esperienza di ius commune.

Una tale struttura della filiazione legittima accollava all'uxor un inderogabile obbligo di fedeltà; ho accennato sopra al fatto che l'obbligo di fedeltà tra i coniugi ha riflessi anche di natura religiosa soprattutto per effetto del pensiero della patristica e poi del diritto canonico; proseguendo lungo questo ordine di considerazioni qui aggiungerò che, come è stato notato, quell'obbligo «assume connotati di grande rilevanza e viene calato nel concreto dell'esperienza giuridica da un ambito concettuale di spessore decisamente morale», tanto da apparire «nella sua essenzialità come particolarmente idoneo a salvaguardare l'integrità della famiglia, vista nella sua fisionomia di struttura unitaria» 61. La conseguenza di ciò era che l'obbligo di fedeltà, che da un punto di vista generale e, per certi versi, astratto gravava in modo indifferenziato su entrambi i coniugi, nella concretezza della vita quotidiana e nella coscienza della società pre-moderna (ma anche aldilà dell'ingresso nella modernità) ammetteva un diverso trattamento per il marito o per la moglie; invero dal concepimento che avveniva all'interno di un matrimonio scaturiva il rapporto di filiazione tra il marito di colei che aveva

⁶⁰ Per approfondimenti vedi, M.C. Donato, L. Ferrante, *Introduzione*, in *Genesis*. *Rivista della Società Italiana delle Storiche, Violenza*, IX/2, 2010, pp. 8-9; M. CAVINA, *Per una storia della "cultura della violenza coniugale"*, *ivi*, p. 20.

⁶¹ V. Crescenzi, Scansioni della vita cit., p. 291.

concepito e il frutto di quel concepimento. Sappiamo tutti che questo rapporto di filiazione, che è detto, per l'appunto legittimo, ha caratteristiche se non di definitività assoluta, comunque tali che, in linea di principio, era, come è oltremodo arduo smantellare. È sulla base di questo rapporto che s'incardinava la materia successoria, ossia la materia della destinazione del patrimonio della famiglia alle generazioni future che in tanto poteva funzionare in quanto il *pater* si potesse rappresentare nella propria discendenza.

Di qui la repressione non soltanto dell'adulterio in quanto tale, ma anche del sospetto dell'infedeltà dell'*uxor*, come accadeva, per esempio, nel cap. 18 del libro secondo dello statuto di Ferentino ⁶² la cui rubrica così recita: De pena negantis aliquem esse et fuisse patrem et officialem ⁶³.

Item statuimus quod quicunque in curia Ferentini in iudicio, sive criminali sive civili, negaverit aliquem esse sive fuisse patrem alicuius ex legitimo matrimonio procreatum ut filim susceptum ex matrimonio legitimo procedentem [...] tam de vivis quam de mortuis, talis negans in .X. libris quotiens contrafecerit puniatur [...].

Invero, alimentare questo sospetto significava incidere sulla correttezza della vita associata proprio con riferimento alla funzione in essa esplicata dalla figura del pater, che, si può dire consistesse nella costituzione della legittimità della sua prole, funzione socialmente determinante in quanto attinente appunto ad una determinata fisionomia della società, e dunque dell'ordinamento. Come è stato rilevato, «affermare in una sede pubblica e qualificata – in iudicio sive criminali, siue civili – che una persona non è il padre legittimo di un suo tal figlio, postula una disfunzione nello svolgimento dei rapporti familiari della persona, della quale viene negata pubblicamente la qualità di padre, postula cioè una violazione, da parte della moglie dell'oltraggiato, dell'obbligo di fedeltà, violazione che formalmente integra il delitto di adulterio»⁶⁴. Tuttavia, un'accusa di tal genere se non postula, per lo meno implica l'inerzia del marito ai fini della repressione dell'adulterio subito, posto che questo delitto non era perseguibile, da parte dagli organi giudiziari del Comune, d'ufficio, ma solo in seguito alla denunciatio del medesimo marito, o di quella del di lui padre o di altri congiunti, i quali,

⁶² Analiticamente illustrato da V. Crescenzi, Scansioni della vita cit., p. 291 ss.

⁶³ Statuta Ciuitatis Ferentini. Edizione critica dal ms.89 della Biblioteca del Senato della Repubblica, a cura di M. Vendittelli, lib. III, cap. 52, Roma 1988, p. 66.
⁶⁴ V. Crescenzi, *Scansioni della vita* cit., p. 292.

però, potevano agire soltanto se il marito fosse defunto (o si deve intendere, data la genericità della formulazione della norma – stante marito – se fosse assente); se il marito era vivo e presente la denuncia rimaneva di sua esclusiva facoltà: stante maritus, nullus predictorum admittatur ad denunciandum vel ad accusandum, secondo il disposto del cap. 126 del secondo libro dello statuto 65. L'inerzia del marito, in tale situazione, costituiva evidentemente un comportamento riprovevole, che violava la sostanza delle norme di convivenza di una società dotata della struttura familiare così come l'ho delineata, e, in considerazione di ciò si capisce il senso e la funzione di una norma quale quella del cap. 18 di questo Statuto sopra vista; la quale, non per caso, coacervava, insieme con la figura di illecito qui analizzata, altre figure dotate di genuina rilevanza pubblica, si potrebbe, anzi dire, di ordine pubblico, quale quella di colui che disconoscesse in un giudizio penale o civile a qualcuno la qualità di podestà, di rettore, di giudice, di notaio del Comune, o anche altri rapporti di parentela: non è singolare che il disconoscimento della paternità costituisca la prima ipotesi presa in considerazione nell'elenco delle varie figure di illecito contenute nel capitolo.

In realtà, ad una medesima logica, sia pure con esiti più severi, rispondeva la repressione romanistica dell'adulterio secondo la *lex de adulteriis coërcendis* (17 a. C.) di età augustea, ma della quale conosciamo analiticamente le disposizioni tratte dal *Liber singularis sententiarum* di Paolo e da altre opere dei giuristi classici e postclassici contenute nella *Mosaicarum et Romanarum legum collatio* del padre di uccidere la figlia adultera e l'adultero se colti in flagrante, e nell'immediatezza della flagranza re ra necessaria l'uccisione di entrambi, perché in caso contrario il padre che avesse risparmiato la figlia sarebbe stato passibile dell'accusa di omicidio: *Sed si filiam non intefecerit, sed solum adulterum, homicidii reus est* sta facoltà in parola era a lui riservata, in quanto espressione e contenuto della *patria potestas*, secondo quanto si evince da D. 48.5.21:

⁶⁵ Statuta Ciuitatis Ferentini, rub. CXXVI, *Si quis invenierit aliquem cum uxore eam car-naliter cognoscendo possit eum impune offendere*, pp. 129-131; v. in part. p. 130.

⁶⁶ V. Fontes iuris Romani antejustiniani (FIRA), pars altera, Auctores, ed. J. Baviera, Firenze 1940, tit. IV, De adulteriis, pp. 552-556; in part. p. 553.

⁶⁷ V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Napoli 1942, p. 254.

⁶⁸ Cfr. B. Albanese, Vitae necisque potestas *paterna e* Lex Julia de adulteriis coercendis, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, vol. XLIII, Palermo 1980, pp. 5-38; M. Morello, *Aspetti dell'* accusatio iure mariti vel patris cit.

Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex patribus idem iure faciet: sed nec filius familias pater

e dal frammento connesso di D. 48.5.22:

(sic eveniet, ut nec pater nec avus possint occidere) nec immerito: in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis.

Il marito, invece, poteva uccidere o arrestare il complice e tenerlo segregato per venti giorni, secondo D. 48.5.25 pr. e D. 48.5.26 pr.; d'altra parte l'accusa per la repressione in via giudiziaria poteva essere esperita dal marito o dal padre, oppure, trascorsi inutilmente sessanta giorni, anche da extranei qui accusare possunt⁶⁹.

Tuttavia, in assoluto non è ammesso il diritto del marito di uccidere la moglie: *nulla parte legis* – rileva Papiniano nel suo *Liber singularis de adulteriis* – *marito uxorem occidere conceditur*⁷⁰.

Da tutta questa disciplina, dunque, emerge che la repressione di questo delitto risponde ad un interesse generale.

Le numerose soluzioni promosse dalla Chiesa dell'alto medioevo in tema di adulterio furono parzialmente rielaborate nell'esperienza successiva, con una vasta serie di varianti locali accomunate da un ampio e progressivo riconoscimento del delitto d'onore. Sempre nella stessa ottica, e a dispetto di quanto sancito nelle fonti romane, gli stessi giuristi di diritto comune finirono spesso per riconoscere al marito il potere di uccidere la moglie adultera, soprattutto se di bassa condizione⁷¹.

Gli statuti italiani del Duecento generalmente tacevano in tema di adulterio, quasi a voler indicare una precisa volontà di rimettere il problema alle singole strategie familiari⁷². Ma già agli inizi del Trecento si vennero affermando normative specifiche e negli statuti di parecchie città dell'Italia comunale, la pena è solo pecuniaria per l'uomo, ma in varia misura più severe per la donna.

Negli Statuti criminali di Biella, ad esempio, risalenti alla prima metà del Trecento, l'adultero reo di stupro di una donna maritata era punito con la pena di morte, mentre la pena era solo pecuniaria, un'ammenda di 500

⁶⁹ V. Arangio-Ruiz, op. cit., D. 48.5.4.1 e Collatio.

⁷⁰ Collatio, IV, De adulteriis, X, 1.

⁷¹ Cfr. Angelus Aretinus, op. cit., ff. 124v-125r.

⁷² M. CAVINA, *Nozze di sangue* cit., p. 77.

lire se il delitto non era stato ancora consumato, ovvero se l'atto sessuale fosse stato prossimo alla consumazione. Se l'adultero aveva commesso il delitto in accordo con la donna, «in domo habitationis ipsius adulteri», l'ammenda era minore, o per essere più precisi di 100 lire, da pagare al comune, o di 200 se l'atto era stato consumato in altro luogo. Se il reo non pagava, la pena alternativa comminata era la berlina per un intero giorno, indi il taglio del naso. Ma, come abbiamo visto per il caso di Ferentino, non si poteva perseguire il delitto in assenza di denuncia, accusa o querela presentata dal marito, o da suo padre o da suo fratello ⁷³.

Alla metà del secolo XIV cominciano a comparire, per le donne adultere, sanzioni più severe, quali la rasatura, la flagellazione o, addirittura la morte. La pena di morte è irrogata all'adultera e probabilmente al complice, come negli Statuti milanesi del 1396, ma occorre sempre la previa accusa del marito o del suocero, o di suo padre, o di suo fratello, o di suo figlio. La norma è analoga negli Statuti di Bergamo, già nella redazione del 1353 (rubr. XLVI: *De pena mullieris comittentis adulterium*)⁷⁴, e in quelli di Monza⁷⁵ e di Lodi: da questi esempi si desume come la disciplina di un non grande comune del Lazio meridionale, qual era Ferentino, fosse, non casualmente, conforme a quella dei grandi comuni dell'area padana: segno dell'omogeneità delle società che rispettivamente in quei comuni vivevano, e della natura dei beni protetti da questa disciplina, beni che costituivano le fondamenta stesse di quelle società, ossia, in primo luogo la *familia* e la sua struttura.

A Padova, nel 1399, l'adultera, sempre «si maritus voluerit», e in ogni caso «ad accusam mariti, vel soceri, aut patris, seu filii, vel fratris mariti sui, aut avi paterni, vel materni», poteva essere condannata al carcere perpetuo, con conseguente perdita della dote, di cui si impossessava il coniuge tradito: e ciò a meno che non si trattasse di pubblica meretrice, o di un adulterio commesso con il consenso del marito ⁷⁶.

⁷³ Cfr. G. di Renzo Villata, "Crimen adulterii est gravius aliis delictis....". *L'adultera tra diritto e morale nell'area italiana (XIII-XVI secolo)*, in M. Cavina, B. Ribémont (a cura di), *Le donne e la giustizia fra Medioevo ed età moderna. Il caso di Bologna a confronto*, Bologna 2014, p. 21.

⁷⁴ G. FORGIARINI, *Lo Statuto di Bergamo del 1353*, introduzione di C. Storti, Spoleto 1996, p. 208.

⁷⁵ Cfr. C. Storti Storchi, Statuti di Monza del XIV secolo: formazione e caratteri generali, in EAD., Scritti sugli statuti lombardi, Milano 2007, pp. 193-242.

⁷⁶ Liber statutorum Padue, f. 261r, in G. DI RENZO VILLATA, "Crimen adulterii est gravius aliis delictis...." cit., p. 24.

A Messina si riconosce il diritto del marito di uccidere moglie e amante, e addirittura, si giunge a configurare una sua colpevolezza per lenocinio se tiene con sé la moglie, colta in flagrante adulterio, e lascia andare il complice, a meno che la sua "inerzia sia incolpevole" 77, mentre a Lucca il marito è "autorizzato" a battere e a incarcerare la moglie adultera, purché non la uccida 78.

6. La struttura patrimoniale della famiglia: la dote

È necessario qui sottolineare il fatto che una tale supremazia personale si rinsaldava in virtù di altrettanto intensi poteri patrimoniali: il *pater*, oltre ad essere capo indiscusso della casa, era infatti *dominus* assoluto del patrimonio familiare, che si componeva di diversi cespiti, tra i quali la dote, ossia il vero perno della struttura patrimoniale della famiglia ⁷⁹. La dote che la donna recava con sé al momento del matrimonio, e con la quale si contribuiva al sostegno degli *onera matrimonii*, vale a dire il sostentamento giornaliero della stessa famiglia ⁸⁰, sarebbe dovuta essere "congrua", e tale parametro di valutazione veniva calcolato ricorrendo a due coefficienti, quali la *qualitas personarum* e la *quantitas patrimonii*, ovvero, la posizione sociale della famiglia d'origine e della famiglia di destinazione e la consistenza del patrimonio paterno ⁸¹.

Ma al contrario, nella realtà, spesso la dote rappresentava una misera

⁷⁷ Rubr. 41: Quando licet adulterum interficere. Si maritus uxorem in ipso actu adulterii depraehenderit, tam uxorem quam adulterum occidere licebit, nulla tamen mora protracta. § 1. De eodem. Lex maritum lenocinii poena coercet, qui uxorem in adulterio depraehensam detinuit, adulterumque dimisit, nisi forte sine culpa sua ille aufugit, in V. La Mantia (a cura di), Antiche consuetudini delle città di Sicilia: Consuetudini di Messina. A. Testo Antico delle Consuetudini di Messina contenuto nelle Consuetudini di Trapani, Palermo 1900, p. 21.

⁷⁸ G. di Renzo Villata, "Crimen adulterii est gravius aliis delictis...." cit., p. 25.

⁷⁹ M. Bellomo, *Ricerche sui rapporti patrimoniali* cit.; G.S. Pene Vidari, *Dote, famiglia e patrimonio fra dottrina e pratica in Piemonte*, in *La famiglia e la vita quotidiana in Europa dal '400 al '600. Fonti e problemi*, Atti del Convegno internazionale, Milano 1-4 dicembre 1983, Roma 1986, pp. 109-121.

⁸⁰ Solo in questo modo "gli altri cespiti patrimoniali familiari rimanevano più liberi da un simile peso e consentivano ai membri maschili del gruppo di dedicarsi con maggiori disponibilità economiche all'attività pubblica o a quella commerciale". Cfr. G. di Renzo Villata, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, XIII, Sezione civile, Torino 1995⁴, p. 500.

⁸¹ C. CALISSE, La condizione giuridica della donna negli scrittori di diritto comune, in

porzione del patrimonio di famiglia, il più delle volte caratterizzata da una presunta "inofficiosità" ⁸², oppure solamente promessa e mai consegnata, dal momento che per difendere il più possibile l'integrità del patrimonio paterno, sul quale si andava a costituire la dote, si cercava di eludere l'obbligo di dotare le figlie, o, in alterativa, di contenerne al massimo il quantitativo; spesso finiva per diventare non solo un'anticipazione delle ragioni ereditarie della sposa, ma per costituire *tout court* la liquidazione di ogni sua pretesa ereditaria ⁸³.

Per di più, sulla base di un'antica consuetudine, di origine longobarda, inserita in una ricca serie di statuizioni comunali (Pisa, Volterra, Padova, Reggio Emilia, Ferrara ecc.) ⁸⁴, si affermò la prassi comune di escludere le figlie già dotate dai diritti successori, equiparando la dote alla legittima, anche nel caso in cui fosse di valore notevolmente inferiore alla quota riservata, stabilita dal diritto comune. In questo modo la dote prendeva il posto della legittima, anche se di questa non acquistava il carattere di rigorosa ed esatta rispondenza proporzionale al patrimonio paterno ⁸⁵.

Le norme statutarie nascevano dall'esigenza di comprimere e limitare, per quanto possibile, i diritti di proprietà della donna allo scopo di riservare

Studi in memoria di Francesco Ferrara, I, Milano 1943, p. 96; M. Bellomo, Ricerche sui rapporti patrimoniali cit., pp. 169-171 e pp. 176-185.

⁸² La costituzione di doti simulate, altrimenti dette "doti inofficiose" o fraudolente, era un fenomeno abbastanza diffuso, e appunto per questo appare necessario ricordare le parole del Cardinale De Luca: «L'uso delle doti simulate o veramente a pompa è molto frequente [...] per mantenere in tal maniera il decoro o per meglio dire la vanità [...]». G.B. De Luca, Il Dottor Volgare ovvero compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica, vol. II, libro VI, Della dote e dei lucri dotali, cap. XIV, Della dote inofficiosa ed anche della simulata e della fraudolenta e dell'eccessiva, stamperia di G. Coruo, Roma 1673. Inoltre, R. Braccia, Mogli in fuga: riflessioni sugli effetti patrimoniali della separazione coniugale nell'esperienza giuridica genovese d'antico regime, in Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari, I, Soveria Mannelli 2008, p. 171.

⁸³ G.S. Pene Vidari, op. cit., p. 111.

⁸⁴ F. Bonaini (a cura di), Constituta legis et usus pisanae civitatis, Constitutum legis, 35, de successionibus ab intestato, Firenze 1870, pp. 124-132; E. Fiumi (a cura di), Statuti di Volterra, I, 1210-1224, rub. 15 de mulieribus a patribus vel fratribus dotatis, Firenze 1952, p. 10; A. Gloria, Statuti del comune di Padova dal secolo XII all'anno 1285, rub. XVI de mulieribus, Padova 1873, p. 189; A Carlini (a cura di), Consuetudini e statuti reggiani del secolo XIII, vol. I, Consuetudini 1242, rub. 53 quod mulier legittime dotata ad bona paterna non possit habere regressum, Milano 1933, p. 33; W. Montorsi, Statuta Ferrariae anno MCCLXXXVII, Statuti 1287, III, rub. 26 quod filia sit contempta de eo quod pater dedit in dotem, Ferrara 1955, p. 215.

⁸⁵ M. Bellomo, Ricerche sui rapporti patrimoniali cit., pp. 177-178.

i patrimoni ai maschi della famiglia ai quali era affidato il mantenimento dell'onore e del decoro della famiglia stessa. La figlia che alla morte del padre non era ancora dotata, aveva il diritto di avere una dote, il cui ammontare doveva essere pari a quella precedentemente costituita dal padre ad una o più di una sorella, secondo quanto disposto dagli statuti bolognesi del tredicesimo secolo ⁸⁶:

Si autem [filia] non fuerit nupta, vel dos pro ea constituta non fuerit, si pro aliqua earum dos esset constituta alia pro qua dos non esset constituta tantum habeat quantum pro alia fuit in dotem constitutam, [...];

a condizione, però, che le *facultates que fuerunt patris* non fossero *diminute*; se, però *sunt diminute habeatur ratio diminutionis* ⁸⁷. Se, infine, nessuna figlia era stata mai dotata, la misura della dote, mancando il precedente, era stabilita dall'*arbitrium* dei parenti ⁸⁸. Tuttavia, si fissavano dei criteri per evitare che la dote, divenuta causa di esclusione dalla successione ereditaria, fosse di ammontare troppo esiguo rispetto al patrimonio paterno.

La dote veniva così a costituire quasi una sorta di liquidazione anticipata di quanto dovuto per successione, che andava a compensare ogni aspettativa ereditaria della donna attraverso il regime della *exclusio propter dotem*. In altre parole, la sostituzione della dote alla successione ereditaria consentiva alla famiglia della donna di sopprimere ogni aspettativa che le figlie, dopo il matrimonio e dopo l'ingresso nella casa del marito, avrebbero potuto vantare nei confronti del patrimonio paterno ⁸⁹; e sottraeva la famiglia della donna ad ogni pretesa del nuovo nucleo familiare. L'innovazione sostanziale, che implicava la scomparsa della legittima, era costituita, come sostiene Bellomo, dal fatto che il diritto della figlia non cadeva su una quota del patrimonio paterno determinata con criteri di rigorosa proporzionalità, ma sui beni dotali che potevano avere un valore inferiore alla legittima stabilita dal diritto comune.

La giustificazione oggettiva della costituzione della dote era ravvisata nella necessità di sostenere gli *onera* che nascevano con il matrimonio e

⁸⁶ L. Fratt (a cura di), Statuta Communis Bononiae ab ann. MCCL ad ann. MCCLX-VII, lib. IV, rub. XLI, *De dotibus filiarum patre moriente ab intestato*, vol. I, Bologna 1869, pp. 414-415.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ M. Bellomo, *Ricerche sui rapporti patrimoniali* cit., p. 178.

392 Maria Morello

che gravavano sul patrimonio della nuova famiglia; pertanto, concessa in amministrazione al marito, che di fatto ne godeva, anche se formalmente il *dominium* di questi beni rimaneva in capo alla moglie, la dote era il sostegno della comune vita familiare, la fonte alla quale attingere per le spese necessarie al vivere quotidiano, e in aggiunta rappresentava la fonte che avrebbe garantito alla moglie *alimenta et medicina* in casa del marito ⁹⁰.

Per questa sua destinazione, la dote passava nella proprietà del marito. era inalienabile, per un divieto che non avrebbe dovuto ammettere eccezioni, né deroghe. Ed è soprattutto attorno a questa problematica che i giuristi hanno sviluppato le loro tecniche interpretative, spinti non tanto dall'esigenza di una chiarificazione teorica, quanto dalla necessità pratica di fornire soluzioni giuridiche alle numerose controversie dettate dalla realtà. Le maggiori dispute, come testimoniano le numerose cause aventi ad oggetto questioni dotali, sorsero, infatti, intorno alla possibilità se consentire o meno al marito, in costanza di matrimonio, l'alienazione dei beni ricevuti in dote, e di conseguenza, se riconoscere alla donna la *rei vindicatio* sui beni dotali venduti dal marito. Da una parte, infatti, alla moglie veniva per lo più negata nei confronti di un terzo la rei vindicatio, dall'altra era prassi abbastanza diffusa far intervenire la moglie all'atto di alienazione che si compiva. affinché manifestasse il suo consenso e promettesse di non contravvenire a quanto veniva stipulato, confermando la volontà espressa con giuramento. Sicché, se la donna in seguito avesse voluto invalidare la vendita, sarebbe incorsa nello spergiuro: era un evento questo aborrito dai più, se si pensi solo alla religiosità dell'uomo medievale e all'ascendente del potere ecclesiastico sui credenti⁹¹.

Un momento senza dubbio assai delicato per la sorte della dote era, infine, quello dello scioglimento del matrimonio per la morte di uno dei due coniugi, che riproponeva in tutta la sua ambiguità e complessità il ruolo del marito in quanto amministratore dei beni, nonché il netto contrasto tra gli interessi diversi e contrastanti dei due gruppi familiari coinvolti: il primo, quello della donna, intento a recuperare i beni dotali ceduti in occasione del matrimonio, il secondo, quello del marito, preoccupato di riuscire a trattenerli nella propria sfera di disponibilità ⁹².

Ciò premesso, vi era in materia qualche punto fermo: così, se la donna

⁹⁰ Cfr. L. Garlati, *La famiglia tra passato* cit., p. 7; M. Bellomo, *La condizione giuridica della donna* cit., p. 39.

⁹¹ M. Bellomo, Ricerche sui rapporti patrimoniali cit., pp. 189-190.

⁹² *Ivi*, p. 188.

rimaneva vedova, la dote ritornava nella sua piena disponibilità, vi fossero o meno figli nati dall'unione. La vedova non faceva ritorno nella casa paterna, ma rimaneva con i parenti del marito, in una posizione che avrebbe dovuto assicurarle una grande autonomia patrimoniale, ma che, in realtà, provocava forti tensioni e disagi. Infatti, se è vero che nel testamento del marito era comunemente nominata domna et domina et usufructuaria di ogni bene, è pure vero, come sostiene Bellomo⁹³, che con ciò non acquistava un dominium né un usufrutto in senso tecnico⁹⁴, ma solo un potere di amministrazione del patrimonio nell'interesse del gruppo, dal momento che la solenne investitura l'autorizzava solo ed esclusivamente a compiere le normali spese quotidiane, e queste con una certa parsimonia, e ad avere "alimenti decenti" commisurati alla consistenza del patrimonio lasciato dal marito defunto.

Nell'ipotesi, invece, di morte della moglie in assenza di figli, le norme romane ponevano in capo al marito l'obbligo di restituire la dote al suocero o ai suoi eredi. Dubbi d'interpretazione nascevano qualora, morta la donna, vi fossero figli, e alcuni giuristi, nel giusto rispetto dello *ius civile*, ritenevano che anche in questo caso la dote andasse restituita alla famiglia d'origine ⁹⁵; altri invece riconoscevano al marito il diritto di lucrare l'intera dote nella quale succedevano, come eredi, i figli; soluzione quest'ultima accolta e sancita da una buona parte degli statuti cittadini, tra i quali possiamo citare gli Statuti di Brescia del 1277-1298, lo Statuto di Ferrara del 1287 e lo Statuto di Piacenza anteriore al 1336, tesi a tutelare anzitutto la famiglia del marito ⁹⁶.

Ma la dote fu anche la prima causa, se non l'unica, del cosiddetto fenomeno della monacazione forzata: per evitare l'esborso di somme ingenti nella costituzione di "doti carnali", il padre disponeva la chiusura della figlia in monastero. È vero che anche in questo caso era dovuta una dote, cosiddetta

⁹³ Cfr. M. Bellomo, La condizione giuridica della donna cit., p. 41; Id., Ricerche sui rapporti patrimoniali cit., pp. 221-222.

⁹⁴ Cfr. G. VISMARA, L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia, in Studia et documenta historiae et iuris, 22 (1956), pp. 228-265.

⁹⁵ Cfr. G.P. MASSETTO, Il lucro dotale nella dottrina e nella legislazione statutaria lombarde dei secoli XIV-XVI, in Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara, Milano 1996, pp. 189-364.

⁹⁶ Per tutti v. L. Garlati, La famiglia tra passato cit., p. 9. Inoltre, per quanto concerne la molteplicità e la diversità delle disposizioni statutarie e per i tanti espedienti utilizzati per evitare di restituire la dote anche nel caso di scioglimento del matrimonio a causa del decesso del marito, v. M. Bellomo, Dote (diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto, vol. XIII, Milano 1964, p. 9; Id., Ricerche sui rapporti patrimoniali cit., pp. 187-222.

394 Maria Morello

"spirituale", versata al monastero e destinata a provvedere al mantenimento vitalizio della monaca, ma in tale circostanza la somma devoluta sarebbe stata notevolmente inferiore: corrispondeva, infatti, ad un ammontare fisso, uguale per tutte, equivalente alla quota determinata dal monastero, e quindi non suscettibile di quelle oscillazioni dovute all'utilizzo del criterio di congruità ⁹⁷.

7. Considerazioni conclusive

Nel campo del diritto pubblico la donna restò sempre esclusa dagli uffici pubblici, dalle magistrature, dalle professioni; rimase anche fuori dai consigli cittadini e, in generale, dalle assemblee elettive, nonché dalle corporazioni di arti e mestieri e relativi organi e uffici; non c'è bisogno di ricordare che le venne negato il diritto di voto politico – ma su questa materia la vicenda del diritto di voto alle donne s'intreccia con quella relativa al diritto civile e politico del suffragio negato anche ad ampi strati della popolazione indipendentemente dal sesso – e venne ritenuta incapace sia di giudicare sia di patrocinare o testimoniare in giudizio e anche di essere testimone per il compimento di atti pubblici e privati 98.

Del resto, si può dire che queste esclusioni abbiano travalicato l'inizio dell'età della codificazione ⁹⁹; bisognerà, infatti, attendere, in Italia, la legge 17 luglio 1919, n. 1176, *Norme sulla capacità giuridica della donna*, per veder sancita, anche se con notevoli gravi limitazioni, l'ammissione delle donne «a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici» (art. 7) ¹⁰⁰. Si tratta della legge con la quale veniva, tra

⁹⁷ L. GARLATI, La famiglia tra passato cit., pp. 9-10.

⁹⁸ A. Luminoso, La condizione giuridica cit., p. 1185.

⁹⁹ Sulla condizione giuridica della donna dopo l'unificazione nazionale italiana v. M.R. DI SIMONE, La condizione femminile cit., pp. 573-577; più in generale v. P. UNGARI, Storia del diritto cit.; M. BELLOMO, La condizione giuridica della donna cit., pp. 73-111; P. PASSANITI, Diritto di famiglia cit.

Legge 17 luglio 1919, *Norme sulla capacità giuridica della donna*, Art. 7 «Le donne sono ammesse, a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici, esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espresse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento». Sulla legge del 1919 v. P. UNGARI, *Storia del diritto* cit., p. 182; v. anche M. BELLOMO, *La condizione giuridica della donna* cit., pp. 118-122 (il Bellomo

l'altro, abrogata l'autorizzazione maritale prevista dal codice civile del 1865, per gli atti indicati all'art. 134: «La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito»: un istituto ben radicato nell'esperienza giuridica europea e in particolare nella tradizione italiana ¹⁰¹.

L'ammissione delle donne agli impieghi pubblici, come ho accennato. peraltro, avverrà con notevolissime limitazioni, già ventilate dalla medesima legge del 1919 – art. 7: «[...] esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento» -; limitazioni sancite nel successivo regolamento del 1920, che contiene un'elencazione analitica delle numerose esclusioni che, comprimevano il principio introdotto dall'art. 7 della legge del 1919, vanificandone sostanzialmente la portata e l'efficacia; per esempio, le donne rimanevano escluse dalle professioni di capitano e padrone di nave e dall'iscrizione con tali qualifiche nelle matricole della gente di mare (art. 1); ancora rimanevano escluse dagli impieghi pubblici ai quali era annessa la qualità di grande ufficiale dello Stato (art. 2); inoltre continuavano ad essere escluse, tra l'altro, dagli impieghi pubblici statali di grado di direttore generale presso qualunque ministero e di grado superiore, di ragioniere generale dello Stato, di prefetto (art. 3); infine, sempre esemplificando, non potevano accedere all'ordine giudiziario compresi gli impieghi di cancelleria e di ufficiale giudiziario, e nemmeno alle magistrature amministrativa e contabile (art. 4); ulteriori esclusioni erano indicate all'art. 5, tra le quali la carica di direttore generale dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni e dei Banchi di Napoli e di Sicilia 102.

riporta il testo della legge alle pp. 125-126). Sulla preparazione della riforma v. M.R. DI SIMONE, Le discussioni sui diritti delle donne per il codice civile unitario, in Gli avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario, a cura di S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, Bologna 2014, pp. 98-99; P. Passaniti, Diritto di famiglia cit., pp. 232-236 e pp. 354-385; un'analisi del percorso parlamentare della legge del 1919 in V. Crescenzi, L'autorizzazione maritale cit., pp. 144-151.

¹⁰¹ Cfr. V. Crescenzi, *L'autorizzazione maritale* cit., pp. 162-185 e l'ampia bibliografia ivi citata.

¹⁰² V. il testo del R. Decreto 4 gennaio 1920, n. 39, contenente il Regolamento sulla capacità giuridica della donna in M. BELLOMO, La condizione giuridica della donna cit., pp. 127-129.

396 Maria Morello

Queste ultime considerazioni, che derivano dallo sguardo qui lanciato nell'Italia del XIX secolo, ci dicono che l'avvento dell'età moderna non determina in alcuna misura una mutamento significativo del quadro generale. La condizione della donna, conservando i connotati essenziali dei secoli passati, rimane sempre di netta inferiorità; la donna continua ad essere sempre vista come un essere fragile e meno dotato psichicamente, bisognoso pertanto di protezione, guida e controllo. Ne è naturale conseguenza il permanere delle già ricordate incapacità di diritto pubblico e, nell'ambito del diritto privato, il persistente assoggettamento, oltre che alla patria potestà, alla potestà maritale e ad un regime di autorizzazioni da parte del marito per il compimento degli atti giuridici più significativi, nell'ambito di una concezione che impone alla moglie obbedienza verso il marito, in quanto capo della famiglia.

Si può, in conclusione, affermare che della dialettica tra *humanitas* e diritto, con riguardo alla condizione della donna nella storia, per quanto talvolta l'*humanitas* sia stata in grado di condizionare e rendere più mite il diritto, gli esiti non siano stati esaltanti.

Si pensi solo che, ancora in pieno secolo ventesimo, la creazione da parte del regime fascista di uno strumento di tutela della maternità e dell'infanzia, come l'eponima Opera nazionale (O.N.M.I.), per molti aspetti, anche tenuto conto dei tempi, meritevole, aveva come destinataria una figura di donna sostanzialmente deprivata di valore individuale, perché investita esistenzialmente di un vero e proprio ufficio di rilievo pubblico, tanto da essere eretto a missione pubblica e a dovere nazionale: quello di procreare, di allevare la prole, di vigilare sull'integrità della famiglia, all'interno della quale si esplicava la sua funzione precipua di moglie e madre prolifica. In questo quadro, le forme di tutela e di assistenza previste dall'ordinamento non avevano come destinataria la donna in quanto tale, ma in quanto madre e dunque si collocavano in una scia plurisecolare di sostanziale subordinazione alle esigenze dell'universo maschile 103. Bisognerà attendere lungamente in Italia un cambiamento radicale, di natura essenzialmente culturale per iniziare a vedere introdotti istituti finalizzati al conseguimento di un'autentica parità: ma questa è un'altra storia.

¹⁰³ Mi sia permesso di rinviare a M. Morello, *Donna, moglie e madre prolifica. L'Onmi in cinquant'anni di storia italiana*, Soveria Mannelli 2010; in part. v. le considerazioni di cui alle pp. 7-11.

VITTORIO PARLATO* Pietro Leopoldo: Un principe riformatore

Abstract

- Nel saggio viene esaminata l'azione riformatrice di Pietro Leopoldo, granduca di Toscana (1765-1790) nel contesto del diritto pubblico del tempo, in merito alle riforme amministrative, economiche, in materia di diritto penale sostanziale e processuale, come anche le progettate innovazioni relative all'organizzazione dello Stato ipotizzando una Carta costituzionale; da ultimo un riferimento alla sua politica ecclesiastica, ispirata a principî giansenisti, protesa a difendere gli interessi dello Stato e a riformare i costumi ecclesiastici.
- The essay examines the public law reforms of Pietro Leopoldo, Grand Duke of Tuscany (1765-1790), relating to the social and economic context, the rules of substantive criminal law and criminal procedure law, the political constitution and the religious policy, influenced by Jansenist principles, aimed at defending the interests of the state and reforming ecclesiastical customs.

^{*} Già ordinario nel settore scientifico disciplinare IUS/11, Diritto canonico e diritto ecclesiastico nell'Università di Urbino, 'Carlo Bo'.

VITTORIO PARLATO

PIETRO LEOPOLDO: UN PRINCIPE RIFORMATORE

Sommario: 1. Premessa. – 1.1. Dal principe soggetto dell'ordinamento al principe innovatore dell'ordinamento. – 1.2. Sovranità e *iurisdictiones* infra statali. – 1.3. La prima attività legislativa nello Stato assoluto. – 2. L'azione riformatrice di Pietro Leopoldo in Toscana, come esempio di realizzazione dello Stato in senso moderno. – 3. Riforme agrarie. – 4. Un progetto di Costituzione per la Toscana. – 5. Codificazione civile e penale. – 5.1. I primi interventi in materia penale. – 5.2. La riforma del 1786. – 5.2.1. Diritto penale processuale. – 5.2.2. Diritto penale sostanziale. – 6. La riforma in materia ecclesiastica. – 7. Una recentissima lapide per la festa della Toscana.

1. Premessa

La recentissima pubblicazione di P. F. Listri¹ su Pietro Leopoldo mi induce a fare alcune precisazioni per meglio inquadrare la sua azione riformatrice nel contesto storio-giuridico a lui contemporaneo.

1.1. Dal principe soggetto dell'ordinamento al principe innovatore dell'ordinamento

Si discute nella dottrina gius-pubblicistica dell'Antico Regime o del Diritto comune quanto il principe sia superiore all'ordinamento giuridico esistente e quindi non obbligato ad osservarlo, e se la sua volontà sia senz'altro creatrice di diritto.

Si ritiene che nella potestas Principis sia compresa tanto la potestas ordi-

¹ P. F. LISTRI, *Pietro Leopoldo Granduca di Toscana, Un riformatore del settecento,* Firenze, Leonardo edizioni, 2016, in cui si possono trovare molte notizie sulla vita sociale del tempo in Firenze, nonché un'aggiornata bibliografia.

naria, potestà amministrativa, esecutiva, che rimane *sub lege*, soggetta alla legge esistente, quanto la *potestas absoluta*, sostanzialmente la potestà legislativa che è *extra legem*².

Proprio in questa distinzione si può vedere la genesi dell' assolutismo settecentesco.

Infatti, all'evidente asserzione che colui il quale esercita il potere legislativo non può essere legato alle leggi preesistenti, appunto perché il suo potere sta nell' introdurre la *mutatio legum*, si aggiunge, poi, un'altra significativa affermazione, cioè quella secondo cui il principe non solo è superiore alle leggi esistenti, nel senso che le può mutare, ma anche nel senso che egli non è *sub lege* nell'esercizio di quella che si direbbe modernamente attività politica, quella nella quale si esercita per eccellenza la *suprema potestas*.

Questa potestà non si esercita quindi *de iure*, cioè nei limiti del diritto, ma *de facto*, cioè in quei limiti che sono posti soltanto dalla effettiva possibilità dell'esercizio del potere da parte del principe³.

Queste considerazioni pongono le basi per la concezione che sarà propria dello Stato assoluto quando questa si manifesterà nella sua pienezza pratica e nella sua consapevolezza dottrinale, poiché mentre si afferma che il principe nella sua potestà amministrativa, ordinaria, deve attenersi alle leggi, si precisa che nell' esercizio della suprema autorità politica gode di una assoluta autonomia. Questo sottrarsi alle leggi esistenti si evidenzierà e si estenderà con l'allargarsi del campo dell'esercizio della suprema autorità da parte del sovrano.

In questa logica i giuristi prendono in considerazione l'opportunità di creare possibili limiti di questa potestà, cioè l'eventuale obbligo da parte del principe di attenersi alle proprie leggi e a quelle dei suoi predecessori; si rileva che *de honestate* il principe, come i sudditi, deve obbedire all'ordine giuridico precostituito, ma, al tempo steso, si afferma che si tratta di un obbligo meramente morale, non giuridico; rimane, invece, e questo è un postulato dello stato assoluto del '600 e del '700, l'obbligo di rispettare le leggi divine e naturali⁴; un'ulteriore barriera è costituita dalle convenzioni

² B. DEGLI UBALDI, Commentaria in librum primum codicis, Venetiis, 1577, tit. De legibus, ad Digna vox.

³ O. Giacchi, Lo stato laico, Milano, Vita e Pensiero, 1978, p. 20.

⁴ O. Giacchi, Lo stato cit., p. 21-22. Lì si riporta un'affermazione di Baldo degli Ubaldi (In Digestum, lib.I., tit. De constitutionibus ad Princeps): "haec auctoritas; scilicet possibile et honestum, nam impossibilia princeps non potest: illud autem est impossibile cuius contrarium est necessarium; est autem necessarium ius divinum, ita ius naturale; [princeps] non potest tollere ius gentium; et ideo si principi placet quod Deo non placet non habet legis vigorem".

e dalla proprietà privata: le prime vincolano il sovrano al pari del suddito; l'altra deve essere rispettata e non può essere sottoposta a imposizioni se non attraverso debite forme legali⁵.

1.2. Sovranità e iurisdictiones infra statali

La nascente concezione assolutistica non si contrappone soltanto all'idea imperiale, ma anche alla vitalità degli organismi che lo spontaneo collegarsi di interessi economici o ideali, o il trasformarsi di antiche strutture tradizionali aveva creato durante tutto il medioevo sotto l'influenza di fattori diversi: la superstite romanità, l'opera della Chiesa, i costumi germanici, le necessità della difesa militare, le nuove esigenze economiche.

Se ormai la realtà feudale tende ad avere, nell'area italiana, minore importanza, tranne che nei regni di Napoli e di Sicilia dove permangono le giurisdizioni feudali locali⁶, più vitali sono le Arti e le Corporazioni, i consigli comunitativi. Questi organismi erano vitali perché erano liberi ed erano liberi perché protetti da una norma fondamentale della organizzazione politica medioevale: l'osservanza del principio di legalità, per cui le situazioni giuridiche createsi sulla base di norme romane o canoniche, consuetudinarie o feudali, dovevano essere rispettate, qualunque fosse stato il mutamento di fatto. Questo grande scudo, giustificava e garantiva l'ordinamento giuridico esistente, nel suo complesso, e conseguentemente le *iurisdictiones* inferiori; tutto questo aveva come conseguenza logica la limitazione del potere ai governati in genere ed al Sovrano in specie.

Al potere sovrano si contrappongono o si affiancano altri poteri paralleli e concorrenti, nell'Impero Romano-germanico, nello Stato Pontificio, e perfino in Francia, si delibera, e in definitiva si decide e si ordina, soltanto dopo aver in qualche modo contrattato⁷. Controparti del sovrano sono par-

⁵ A. Passerin d' Entrèves, *La dottrina dello Stato, Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 148-149.

⁶ G. Tarello, Storia della cultura giuridica moderna, Assolutismo e codificazione del diritto, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 94.

⁷ B. G. Zenobi, *Le 'ben regolate città'*, *Modelli politici nel governo delle periferie pontificie in età moderna*, Roma, Bulzoni, 1994, p. 13-14. Sia i Paesi Bassi Spagnoli che il Ducato di Milano, passati dalla dominazione degli Asburgo di Spagna a quella degli Asburgo di Austria

lamenti e organismi istituzionali che esprimono interessi corporativi sociali e/o territoriali e che sono portatori legittimi di altrettanti poteri anch'essi originari, non derivati dal principe o monarca.

Il sorgente potere statuale deve quindi fare i conti con corpi territoriali, feudi, città, contadi che in virtù della loro lunga preesistenza, consente loro di adattarsi nel tempo alla congiuntura politica e di esprimere via via istanze ed interessi diversi.

Questi punti fermi saranno ripresi, più avanti, quando si tratterà del progetto di una Carta Fondamentale per la Toscana.

1.3. La prima attività legislativa nello Stato assoluto

Uno dei fini se non il principale dell'opera codificatrice dei sovrani illuministi del settecento era quello della reperibilità della legge, della sua chiarezza (di qui l'ostilità nei confronti della compilazione giustinianea), della sua certezza, spesso messa in forse dalle interpretazioni dei dottori e dalle scuole. Quindi significato dell'azione riformatrice e codificatrice dei principi illuministi è:

- certezza del diritto, intesa come collezione ordinata di fonti documentali del diritto vigente, di facile reperibilità;
- integrazione con nuove norme del principe-sovrano volte a dirimere controversie fra dottori o fra tribunali;
- limitazione dei poteri dei tribunali della Santa Inquisizione, operanti nello Stato.

Ci sono dei tentativi di codificazione in Piemonte, in Toscana, a Modena e a Napoli⁸. Solo con il *Code Napoléon* del 1804 si realizzerà, però, una compilazione generale del diritto civile, compilazione sostitutiva e abrogativa della precedente normativa, composta di disposizioni sintetiche ed astratte, la cui interpretazione, nei casi dubbi, avrebbe dovuto basarsi sui principi generali desumibili dallo stesso codice e non più sulla dottrina e giurisprudenza dello *ius commune*.

-

avevano mantenuto le loro istituzioni. Furono le riforme di Maria Teresa e di Giuseppe II che cercarono di modificare gli antichi assetti; ad es. nel 1786 fu soppresso il Senato di Milano, cfr. V. L. Tapie, *Monarchie e popoli del Danubio*, Torino, SEI, 1993, p. 291.

⁸ G. TARELLO, Storia della cultura giuridica cit., p. 221 s.

2. L'azione riformatrice di Pietro Leopoldo in Toscana, come esempio di realizzazione dello Stato in senso moderno

Uno dei punti qualificanti fu l'abolizione del sistema corporativo che limitava la produzione artigianale e il commercio, favorendo la libera circolazione delle merci e delle persone⁹. Fu abolito, nel 1770, l'ordinamento che stabiliva la giurisdizione delle corporazioni; furono soppressi statuti e tribunali delle singole corporazioni, come pure il Tribunale supremo del commercio e delle arti e mestieri. Fu istituito un giudice di prima istanza, per le questioni commerciali, ma la giurisdizione d'appello fu attribuita ai tribunali ordinari.

L'unificazione economica andava di pari passo con quella amministrativa. Le autorità locali erano molteplici con caratteristiche e compiti diversi. Dal 1772 al 1783 venne esteso a tutto il Granducato un ordinamento amministrativo municipale uniforme che prevedeva per ogni Comunità un Pubblico Consiglio Generale che comprendeva un Gonfaloniere e alcuni Priori, estratti ogni anno su base censuaria, a questi si aggiungevano altri estratti fra soggetti iscritti nei ruoli personali delle imposte personali e di famiglia, coltivatori agricoli, capi famiglia in numero variabile.

Quanto al governo delle Comunità, gli odierni Comuni, il principio secondo cui potevano essere imbussolati sia per l'ufficio di Gonfaloniere, che per quello di Priore o di Deputato del Popolo, non solo i singoli soggetti, ma anche i patrimoni come soggetti tributari, ha fatto sì che sia i cittadini benestanti, sia fattorie site nel territorio come anche gli enti ecclesiastici, in senso lato (cioè Mense vescovili, Benefici parrocchiali, Monasteri, Cappellanie, Capitoli e Canonicati, Confraternite, Commende dell'Ordine di Malta o dell'Ordine di Santo Stefano) potessero ricoprire le cariche comunali; quando si trattava di enti era ovviamente il proprietario, il beneficiario o il rappresentante a ricoprire la carica cui era stato estratto.

Pietro Leopoldo fece sì che la base imponibile per l'imbussolamento per gli uffici di Gonfaloniere e Priore – il primo estratto tra i Priori era il Gonfaloniere – fosse diminuita al fine di favorire il ceto borghese emergente ¹⁰. Per i Deputati del Popolo si imbussola chi persona fisica o corpo mo-

⁹ A. Wandruszka, *Pietro Leopoldo, Un grande riformatore*, Firenze, Vallecchi, 1968, p. 289.

¹⁰ P. Bellucci, *I Lorena in Toscana*, *Gli uomini e le opere*, Firenze, Medicea, 2001, p. 55.

rale pagasse una certa tassa, compreso chi aveva diritto all' imbussolamento ed estrazione nella carica di Priore.

Il Consiglio nell'azione amministrativa era coadiuvato da un Cancelliere comunale di nomina governativa. Ai Comuni veniva lasciata un'ampia autonomia nella gestione dei propri affari interni e venivano investiti di altri e importanti compiti: gestione dei beni comunali, redazione di un bilancio finanziario, nomina degli impiegati comunali, costruzione di strade, amministrazione di ospedali. Un Soprasindaco, o più revisori controllavano i bilanci¹¹. Vi erano, poi, i Potestà che hanno avuto, nel tempo, diverse competenze sia materia amministrativa che in materia giudiziaria.

3. Riforme agrarie

Durante il periodo leopoldino, si portò avanti, con maggior impegno e risultati, la politica di riforma agraria già iniziata nel 1765 dal Botta Adorno, reggente il Granducato per conto di Francesco Stefano di Lorena (Francesco II come granduca, Francesco I come imperatore del S. R. I.), che aveva realizzato l'allivellazione di 9.000 ettari, nel grossetano, di proprietà della Corona e dei beni di enti morali ¹².

Allivellazione è la cessione, tramite un procedimento con asta pubblica, di un podere, di una fattoria, di edifici, in cui si valutava l'idoneità del richiedente anche in base alle sue disponibilità economiche come garanzia di adempimento degli obblighi livellari e di migliorie necessarie, sì che venivano favoriti i ceti più abbienti e più idonei allo sfruttamento agricolo ¹³. Con l'allivellazione si ha una forma di proprietà divisa. **Dominio diretto o eminente, dominio utile.** Siamo di fronte ad istituti del diritto di antico regime: il dominio eminente o diretto consiste del diritto di percepire il canone concordato (livello) nell'allivellazione e di rientrare nella piena proprietà quando si preveda un termine; il dominio utile attribuisce l'utilizzo del fondo per un lungo periodo.

¹¹ A. Wandruszka, *Pietro Leopoldo* cit., p. 288 s.

¹² Pietro Leopoldo, con M. P. del 17 dicembre 1769, inizia le allivellazioni dei beni del Conservatorio di Bonifazio di Firenze, tra i cui beni c'erano il Castello di Badia, vari poderi e case nella comunità di Poggibonsi.

¹³ P. Bellucci, *I Lorena* cit., p. 83 e 90.

Circa la durata dell'allivellazione, essa può essere valida fino alla terza generazione mascolina, oppure prevedere anche la successione femminile in assenza di maschi ¹⁴; la fine della allivellazione ed i conseguente ritorno della piena proprietà al titolare del dominio eminente può derivare anche per accordo tra le parti ¹⁵.

In Toscana, verso la fine del regno di Pietro Leopoldo, il dominio utile poteva essere ceduto anche a terzi, proprio per sganciarlo dal dominio eminente, salvo l'obbligo di avvertire il titolare del dominio diretto ¹⁶.

Si potrà anche affrancare il bene pagando un congruo compenso una sola volta al titolare del dominio eminente, creando così la piena proprietà in capo al livellario.

¹⁴ Dal contratto di allivellazione da Gian Domenico Casini del 1772, "Al Sig. Giov. Domenico del fu Pietro Casini abitante in Poggibonsi, e ai di lui figliuoli, e discendenti maschi di maschio legittimi e naturali in infinito fino a tanto che dura la linea e discendenza masculina di maschio legittimo e naturale di d.tto Sig. Giov. Domenico Casini, ed estinta e consumata detta linea a favore delle Femmine nate immediatamente dall'ultimo maschio compreso nella presente concessione livellaria e durante la vita di ciascuna di esse femmine solamente, e non più del podere Pulce: oltre; ed esclusi sempre i discendenti delle med.me, non altrimenti coll' jus accrescendi fra tutti li coniugati", ASFi, Contratti Bonifazio, libro VI. atto del 18 set. 1772.

¹⁵ Clemente Casini, rinuncia al dominio utile del podere Castagneto il cui dominus eminens era Lucantonio Ciacciaporci, C. Casini, Repertorio, Ovvero Storia Patria, di alcuni cangiamenti seguiti in Poggibonsi ed altrove da me Clemente Casini di detto Luogo, II edizione, Redazione, note e grafica a cura di G. Mantelli, Poggibonsi, La Magione dei Templari, 2000, p. 104, Casini dice erroneamente enfiteusi, perché quando scrive gli istituti di dominio diretto e dominio utile non esistevano più e il dominio utile era qualificato come enfiteusi, tanto da essere ricondotto ad esso anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale in più occasioni ha avuto modo di specificare come i due rapporti siano nel XIX secolo completamente sovrapponibili e soggetti alle norme stabilite dall'ordinamento per le enfiteusi.

¹⁶ Nel 1802 I Casini permutano la loco casa il via Maestra con quella degli Iozzi, di domino eminente dell'ospedale di S. Maria Nova di Firenze. "il sig. Simone di Bonaventura Iozzi cedé e cede e trasferisce agli anzidetti signori Pietro e Clemente fratelli e figli del fu sig. Domenico Casini [...] stipulanti e accettanti e permutanti l'utile dominio e tutta e singola la ragione livellaria che il medesimo ha e aveva sopra di un casamento ossia palazzo posto nella Terra di Poggibonsi sulla strada Romana Maestra composto di n° ventitrè stanze divise in tre piani [...] tutto condotto a livello dal detto sig. Simone di Bonaventura Iozzi dal Regio Spedale di Santa Maria Nova della città di Firenze, diretto padrone di detti stabili, fino sotto di nove giugno millesettecento ottanta per strumento rogato da Francesco Maria Figlinesi, notaro pubblico fiorentino per annuo canone di scudi ventisei[...] di moneta fiorentina come da detto istrumento e di presente passato in dominio diretto della chiesa priora di San Martino a Luco posta nella Potesteria di Poggibonsi per cessione fattale da detto Regio Spedale di Santa Maria Nova della città di Firenze" ASFi, Notarile moderno, Protocolli, notaio Sperandio Prunori, atto n° 22, del 29 giugno 1802. Come si nota il dominio diretto, o eminente, era trasmissibile da un ente proprietario ad altro.

Il domino utile non è un'enfiteusi, che si configura come diritto reale su beni altrui, sia pure con contratti a lungo termine e l'obbligo di migliorie, contratto all'epoca poco utilizzato e, semmai, unito al dominio utile.

Va tenuto presente che all'epoca il patrimonio fondiario in Toscana era in grandissima parte della Corona, di grandi famiglie, per lo più nobili, di enti pubblici di beneficenza (ospedali, orfanotrofi come il Bigallo), della Chiesa (meglio di enti ecclesiastici, i vari benefici curati – con cura d'anime – e non curati senza cura d'anime [le sine cure]), le proprietà degli ordini religiosi, tra cui *la Religione di Santo Stefano*, il Gran magistero, riservato al Granduca di Toscana, risiedeva a Pisa; l' Ordine a carattere religiosomilitare, aveva il compito di tutelare i commerci e il litorale toscano da pirati barbareschi, nella sola Val di Chiana il patrimonio fondiario superava 8.000 ettari ¹⁷. Analoga tipologia aveva la *Religione di Malta*, il cui Gran Magistero dell'Ordine risiedeva a Malta, data, con le isole dell'arcipelago, in feudo all'Ordine stesso dall'Imperatore Carlo V.

Il Gran Priorato di Pisa di quest'Ordine, creato per provvedere all'appannaggio di Antonio de' Medici, comprendeva più Commende.

Nella scelta delle persone cui dare a livello i terreni si doveva tener conto non solo della capacità di corrispondere al pagamento del laudemio e del canone livellario, ma anche quella di effettuare le migliorie necessarie per aumentare la produzione agricola ¹⁸, ne è esempio quanto troviamo in un atto relativo alla allivellazione di un podere, nel 1770, viene respinta la richiesta di un richiedente con la motivazione che non si poteva cedere tutti il complesso fondiario a chi, benché "assai esperto e intelligente nell'arte dell'agricoltura" non si era sicuro che avrebbe pagato in anni successivi il livello stabilito ¹⁹.

Va rilevato che si cerca di allivellare i terreni a persone diverse dai membri delle antiche nobili famiglie facoltose che avrebbero esteso i loro beni fondiari, per creare una nuova classe di imprenditori agricoli che, si presumeva, avrebbero fatto, meglio, sfruttare i beni acquisiti.

¹⁷ P. Bellucci, *I Lorena* cit., p. 80 s.

¹⁸ P. Bellucci, *I Lorena* cit., p. 89. In questa logica si fa in modo che Domenico Casini modifichi la precedente offerta circa il laudemio per superare quanto proposto dal nobile Niccolò Muzzi Rufignani. ASFi, *Contratti Bonifazio*, libro VI, già citato atto del 18 settembre 1772.

¹⁹ ASFi, Contratti S. Bonifazio, f. n. 591, riportato da F. Burresi, La croce e l'albero, Poggibonsi nel XVIII secolo, Poggibonsi, Lalli, 1989, p. 150 e p. 30.

4. Un progetto di Costituzione per la Toscana

Dieci anni prima dello scoppio della Rivoluzione francese ed otto anni prima della Costituzione Statunitense, Pietro Leopoldo voleva dotare il Granducato di una Costituzione che sancisse i diritti dei cittadini-sudditi, che proclamasse la separazione dei poteri, che riformasse l'ordinamento giudiziario e il sistema penale.

Si è scritto molto sulla novità di questo progetto, progetto prematuro, sulla non ancora opportunità di dotare la Toscana di una Carta Fondamentale.

Wandruszka sottolinea che Pietro Leopoldo – contrariamente al fratello Giuseppe II, allora Imperatore e sovrano degli Stati ereditari asburgici – apprezzava e voleva conservare il sistema delle costituzioni locali, specie per l'Ungheria, dove si prevedevano circoscrizioni territoriali (contee), dotate di una relativa autonomia, esse tra l'altro costituivano i collegi elettorali per la designazione dei membri della Camera dei Delegati (camera bassa)del Regno²⁰, e i Paesi Bassi Austriaci, ed anzi estendere questi ordini costituzionali particolari a tutti i Paesi della Monarchia²¹, sicché si sarebbe potuto inquadrare il progetto nell' ambito delle legislazioni 'costituzionali ' allora vigenti in Europa, o meglio nell'Europa asburgica.

Non solo negli Stati asburgici vigevano degli ordinamenti costituzionali che il sovrano doveva osservare, ma anche negli altri ducati e principati del Regno di Germania²² e quindi del Sacro Romano Impero; la Toscana pur facendo essa stessa parte del Sacro Romano Impero²³, era priva di tali ordinamenti; anzi frazionata, se non più di diritto, ancora di fatto, Stato Fiorentino e Stato Senese, aveva magistrature locali che rispecchiavano realtà di secoli precedenti ormai anacronistiche²⁴.

²⁰ V. L. TAPIÉ, *Monarchie* cit., p. 31-32.

A. Wandruszka, *Pietro Leopoldo* cit., p. 395.

²² A. WANDRUSZKA, *Pietro Leopoldo* cit., p. 396.

²³ Rinvio a V. Parlato, Un caso di infeudazione imperiale nel XVIII secolo: Francesco Stefano di Lorena granduca di Toscana, in Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche, vol. 53,2, p. 197-215.

²⁴ Basti pensare ai *Capitani di Parte Guelfa* (magistratura istituita nel 1267 per difendere la supremazia della Parte Guelfa ebbero poi il compito di tutelare fortezze, mura e fabbriche pubbliche amministrando i fondi stanziati per il mantenimento di quelle opere) o al Senato fiorentino, Il Senato, di 48 membri, unitamente al *Consiglio dei Dugento* era a capo del Comune di Firenze e di conseguenza dello "Stato fiorentino", fino alla riforma degli organi amministrativi da parte di Pietro Leopoldo che per Firenze è il 1775. Rimase, tuttavia, come

Pietro Leopoldo riteneva ormai superata la rappresentanza della popolazione secondo gli ordini tradizionali: sovrano, clero, nobiltà, terzo stato, giacché il sovrano, i ministri e il Senato sono strutture deputate al governo pubblico e non costituiscono una classe, la nobiltà non è una classe, ma una distinzione di rango, ugualmente il clero e gli ecclesiastici perché la loro funzione è un ministero. Costituivano, invece, per il Granduca, due classi: quella dei possidenti sia di città che di campagna e quella comprendente il resto della popolazione ²⁵.

Concordo con Wandruszka nel ritenere che, accanto a questi principî vigenti in alcuni Paesi asburgici, Pietro Leopoldo avesse presenti i principî illuministi della divisione dei poteri fatti propri dalla Costituzione della Pennsylvania del 1776²⁶.

È a questo contesto dottrinale e normativo che si ispira il progetto granducale, un progetto volto alla creazione di un nuovo tipo di Stato, basato sulla identificazione della libertà con i diritti individuali, poggiati sul diritto naturale razionale(²⁷), sulla attribuzione del potere sovrano ad una entità astratta, quale la nazione, lo stato, il popolo, sulla divisione dei poteri, in vario modo realizzata, affidando quello legislativo al popolo, o al popolo e al Principe (o Presidente), quello esecutivo al Principe (o Presidente), quello giudiziario ad un ordine indipendente.

5. Codificazione civile e penale

terrene necessità dell'uomo.

In Toscana il dibattito dottrinale relativo alla stesura di codici sostitutivi del diritto comune, o almeno ad una integrazione del diritto statutario, non

organo sostanzialmente privo di potere. cfr. P. Bellucci, *I Lorena in Toscana, Gli uomini e le opere,* Firenze, Medicea, 2001, p. 111 -112. Mantenuto in vita durante il Regno d'Etruria, le nomine dei nuovi senatori furono considerate onorificenze attribuibili ad esponenti della nobiltà; cfr. R. P. Coppini, *Il granducato di Toscana, Dagli "anni francesi" all'Unità*, Torino, Utet, 1993, p. 16. Il Senato fu soppresso il 9 marzo 1808 allorché la Toscana entrò a far parte dell'Impero Francese, R. P. Coppini, *Il granducato* cit., p. 84.

A. Wandruszka, *Pietro Leopoldo* cit., p. 396.
 A. Wandruszka, *Pietro Leopoldo* cit., p. 394.

²⁷ Un diritto totalmente privo di preoccupazioni d'ordine teologico condizionanti, basato invece sulla ragione umana, questo ha avuto come effetto che il sistema dei rapporti sociali e giuridici cominciasse ad essere costruito in termini del tutto politici, ad opera degli stessi portatori d'interessi concreti, in forza di una autonoma valutazione di valori essenzialmente umani, giudicati per sé degni di attuazione in quanto corrispondenti alle reali e

produsse atti normativi, salvo che nel diritto penale, sostanziale e processuale, dove si ebbe il primo codice in senso moderno: *Riforma della legislazione criminale toscana*, del 1786, chiamato comunemente 'Codice Leopoldino'²⁸.

5.1. I primi interventi in materia penale

Tra i primi interventi in materia penale merita ricordare che tra il 1777 e il 1878, dodici ani dopo l'ascesa al trono granducale, furono fissate le competenze delle nuove magistrature dello Stato Senese, fu estesa la competenza dei giudici regi alle cause fino ad allora attribuite alla giurisdizione ecclesiastica, come anche le competenze legate alla giurisdizione di primo grado ad antiche magistrature pisane.

Nelle cause relative ai delitti che turbano la società, che destano allarme sociale, questi sono i principì cui dovevano ispirarsi i giudici :

- la ricerca della nuda verità,
- correttezza degli organi di polizia e divieto di ogni abuso,
- maggior sollecitudine possibile,
- particolare tutela degli indifesi, vedove, minori, poveri,
- garanzia di un difensore,
- minor uso possibile dei mandati di cattura per imputati e testimoni,
- massima cura per lo stato delle carceri e dei carcerati,
- molti di questi principî furono ripresi in un'Istruzione del 1778, cui si aggiunse:
- limitazione nell'uso del giuramento,
- possibilità per il difensore di avere copia degli atti processuali e parlare con l'assistito,
- possibilità per il difensore di interrogare i testimoni,

Questi principî furono inseriti nella riforma del 1786²⁹. In buona sostanza si cominciano ad applicare quei principî cui facevo cenno prima, comuni a tutte le iniziative riformatrici dei Principi illuministi:

²⁸ Va però ricordato che proprio in linea con il principio della certezza della norma, uno dei postulati dell'azione riformatrice dei Principi, in Toscana dopo il 1776 iniziò la pubblicazione di raccolte legislative quali: Gli *Statuti* di Firenze del 1415, Le *Leggi di Toscana* dal 1400 fino al 1778, *Codice della toscana legislazione*, una raccolta di leggi dal 1471 al 1786.

²⁹ Su questi primi interventi cfr. D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, 1° volume, Milano, Giuffrè, 1995, p. 49 s.

- semplificazione, razionalizzazione ed efficienza dell'azione di governo,
- riforma delle strutture giudiziarie, premessa indispensabile per la riforma del diritto e della procedura penali,
- gradualità e sistematicità delle riforme, principi questi che si trovano in modo peculiare in tutta l'attività politico legislativa di Pietro Leopoldo.

5.2. La riforma del 1786

Pietro Leopoldo si avvalse in questa azione riformatrice, come era sua abitudine, dell'aiuto e collaborazione di tutti gli esperti di cui poteva disporre ³⁰. La preoccupazione di rendere la legislazione criminale più mite è un'azione costante nella sua opera di governo ed a fondamento negli stessi principî morali del giovane arciduca ³¹.

Codice in senso moderno perché:

- impone al giudice di interpretare la norma previgente secondo lo spirito della Riforma, che si pone come norma dotata di particolare forza espansiva.
- divieto di interpretazione restrittiva della legge nuova usando su di essa l'argomento a contrario,
- il dovere di forzare la legge vecchia non abrogata per incompatibilità con la nuova sino a conciliarla con lo spirito della nuova legge³².

A tutto questo si aggiunge una mitigazione delle pene; vengono abolite la pena di morte, le marchiature a fuoco e le mutilazioni corporali.

5.2.1. Diritto penale processuale

Le innovazioni processuali tendono, da un lato a modificare l'assunzione e rilevanza delle prove, dall'altro a innovare le situazioni dell'accusato e delle altre figure processuali.

_

³⁰ La normazione e la letteratura di riferimento della riforma penale va ravvisata, oltre che nella legislazione austriaca, in: J. P. Brissot de Warville, *Théorie de loix criminelles*, Berlino, 1781 *Bibliothéque philosophique du législateur* a cura di J. P. Brissot de Warville, Berlino, 1782-1785.

C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, F. B. d'Anièrs, *Discours sur la législation*, Berlino, 1781. A questi trattati si aggiungono: una *Memoria* dell' *Auditor* Tosi, sulla prassi processuale toscana.

³¹ Su questo cfr. D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo* cit., 1° volume, p. 38.

³² G. TARELLO, Storia della cultura giuridica cit., p. 549.

Ci si avvia così, tra l'altro, verso

- il libero convincimento del giudice, a tutto discapito delle prove legali,
- la confessione dell'accusato o dei testi non è più considerata come la regina delle prove,
- da questo deriva l'abolizione della tortura giudiziaria,
- il divieto di spiccare l'arresto contro chi è imputato di un delitto per il quale è prevista solo pena pecuniaria,
- possibilità del giudice di porre l'accusato carcerato in libertà provvisoria,
- divieto di sperimentare col carcere il testimone prima che ne sia provata la reticenza³³.

5.2.2. Diritto penale sostanziale

Il 30 novembre di ogni anno la Regione Toscana celebra la sua festa, la data è quella della promulgazione della *Riforma della legislazione criminale toscana*, del 1786, chiamato comunemente, come ho ricordato, '*Codice Leopoldino*' che ha, come punto centrale della pena da comminare ai delinquenti, anche quello della *correzione* del reo. In questa logica l'art. LI abolisce definitivamente, per tutti i reati, la *comminazione* della pena di morte, praticamente abolita già dal 1775. In quell'anno due soldati, rei di abbandono del posto di guardia, condannati a morte per diserzione, furono trascinati fino al patibolo, e già con il cappio al collo, furono graziati ³⁴.

È interessante leggere la motivazione di questo norma, motivazione posta a giustificazione dell'abolizione stessa, scritta nella prima parte dell'articolo in oggetto:

"Abbiamo veduto – è il Granduca stesso che scrive – con orrore con quanta facilità nella passata Legislazione era decretata la pena di Morte per Delitti anco non gravi ed avendo considerato che l'oggetto della Pena deve essere la soddisfazione al privato, ed al pubblico danno, la correzione del Reo figlio anche esso della Società e dello Stato, della di cui emenda non può non disperarsi la sicurezza nei rei dei più gravi ed atroci Delitti che non restino in libertà di commetterne altri, e finalmente il pubblico esempio; che il Governo della punizione dei Delitti, e nel servire agli oggetti, ai quali questa unicamente è diretta, è tenuto sempre a valersi dei mezzi più efficaci col minor male possibile

³³ G. TARELLO, Storia della cultura giuridica cit., p. 549 s.

³⁴ D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo* cit., 2° volume, p. 223.

al Reo; che tale efficacia, e moderazione insieme si ottiene più che con la Pena di Morte, con la Pena dei Lavori Pubblici, i quali servono di un esempio continuato, e non di un momentaneo terrore, che spesso degenera in compassione, e tolgono la possibilità di commettere nuovi Delitti, e non la speranza di veder tornare alla Società un Cittadino utile, e corretto; avendo altresì considerato che una ben diversa Legislazione potesse più convenire alla maggior dolcezza, e docilità di costumi del presente secolo, e specialmente nel popolo Toscano, Siamo venuti nella determinazione di abolire come Abbiamo abolito con la presente Legge per sempre la Pena di Morte contro qualunque Reo [...]³⁵.

Se l'abolizione della pena di morte fu considerato come l'elemento significativo di tutta la codificazione penale, non meno importanti furono l'abolizione della tortura giudiziaria cui sottoporre la persona gravemente indiziata di un delitto per ottenerne la confessione considerata 'regina delle prove', l'abolizione della confisca dei beni che colpiva anche la famiglia, spesso innocente, del delinquente e dei cosiddetti reati di lesa maestà ³⁶.

Presa nel suo insieme – scrive Wandruszka – la nuova normativa presenta due note caratteristiche "da un lato la preoccupazione di tutelare il cittadino di fronte all'arbitro dello Stato, dall'altro il carattere rieducativo più che repressivo attribuito ad alcune pene che oggi ci si presentano sotto ben diversa luce come l'esposizione alla gogna, e la fustigazione in pubblico del criminale, a cavallo di un asino" ³⁷.

In buona sostanza la pena di morte è sostituita per gli uomini con i lavori pubblici a vita e per le donne con l'ergastolo (art. LIII), in ogni caso perpetui³⁸.

6. La riforma in materia ecclesiastica

Animato da sincero fervore religioso il granduca Pietro Leopoldo credette di compiere opera di vera devozione e pietà quando si adoperò per combattere gli abusi della disciplina ecclesiastica e le superstizioni, la corruzione e l'ignoranza del clero. In lui si riscontrano singolari mescolanze di

³⁵ Il testo è preso da D. Zuliani, *La riforma penale* cit., 2° volume, p. 204-205.

³⁶ A. Wandruszka, *Pietro Leopoldo* cit., p. 522.

³⁷ A. Wandruszka, *Pietro Leopoldo* cit., p. 524.

³⁸ Il condannato ai lavori pubblici dovrà portare un anello di ferro ai piede, doppia catena, un cartello con scritto il titolo del suo delitto e l'indicazione "*ultimo supplizio*", camminare a piedi nudi, essere impiegato nei lavori più duri (art. LV).

sentimenti anticlericali e di tendenze riformiste, tipici i primi dell'illuminismo e le seconde del giansenismo.

Si è da pochi anni fatta piena luce sulla diffusione ed intensità delle correnti gianseniste italiane del secolo XVIII e insieme della loro complessità e ricchezza di sfumature; un dato saliente che distingue il giansenismo francese da quello italiano è che, mentre nel primo il problema centrale era puramente teologico: la Grazia divina; per il secondo avevano rilievo gli aspetti pratici e riformatori: rigorismo morale, miglioramento dei costumi e della disciplina ecclesiastica, maggior indipendenza dei vescovi della Curia romana, e, soprattutto, un'appassionata ostilità contro i Gesuiti, personificazione di tutti i mali e di tutti gli abusi rimproverati alla Chiesa, sia per la morale eccessivamente sofisticata loro attribuita, che in fatto favoriva un certo lassismo, sia per l'istituzionalizzata dipendenza speciale ed attaccamento alla Santa Sede.

La piena attuazione delle riforme inizia nel 1778; i vescovi vengono invitati a dare precise notizie sul patrimonio ecclesiastico, i tribunali ecclesiastici non possono pronunciare sentenze senza il preventivo assenso governativo, si riducono monasteri e conventi, si pongono limiti all'ingresso nel clero.

Alle proteste di Roma il Granduca rispose che le misure già prese e quelle che sarebbero seguite miravano ad elevare la disciplina ecclesiastica e la dignità del clero, e che pertanto sarebbero state di giovamento alla Chiesa ed alla Religione.

Nessuna protesta fu elevata dall'episcopato toscano, o perché vedeva l'inutilità di protestare, o perché approvava quelle misure; forse anche perché nell'episcopato toscano, come anche nel clero, si covava un'antipatia nei confronti degli Ordini religiosi e si accettava volentieri un'autonomia dalla Santa Sede.

Incoraggiato da questi primi successi, Pietro Leopoldo immaginò di effettuare una più profonda riforma della vita ecclesiale; persuaso dal suo consigliere, il vescovo di Pistoia, giansenista, Scipione de' Ricci, non cercò nessun accordo col Papa, anzi per meglio guadagnare i vescovi alla sua idea sollecitò le loro rivendicazioni di autonomia ³⁹.

Animato da sincero spirito riformista, nutrendo sfiducia nella capacità di ammodernare, disciplinare e correggere le istituzioni ecclesiastiche da parte della Santa Sede e della gerarchia toscana, avocò a sé tali compiti; la

³⁹ Cfr. F. Scaduto, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I granduca di Toscana (1765-90)*, Livorno, Bastogi, 1895 (ried. anast. 1975), soprattutto p. 229 s.

conseguenza immediata e l'ordine strettamente politico fu però l'emanazione di provvedimenti volti ad affermare l'egemonia della potestà secolare su quella ecclesiastica. Assistiamo ad un vero e proprio tentativo di attuare una chiesa nazionale che, non allontanandosi dai dogmi deliberati dai concili ed accettati da tutta la Chiesa (principio episcopaliano e gallicano 40), avesse una propria disciplina.

L'azione di governo fu così rivolta ad inserire il clero nell'unità statale, a ridurre la dipendenza da Roma e a porlo nella comune soggezione al sovrano. Furono annullati i privilegi di cui il clero fino ad allora aveva goduto e fu reintegrato lo Stato nell'esercizio di quella giurisdizione che la Chiesa gli aveva tolto. Fu soppresso il tribunale dell'Inquisizione e quello della Nunziatura, fu ridotta la giurisdizione ecclesiastica sulle opere pie ⁴¹. Consapevole che nella sua regale persona come inseparabile sovranità risiede il duplice compito di proteggere la costituzione della Chiesa e di assicurare il buon ordine ed il servizio spirituale dei suoi dilettissimi sudditi, il Granduca si arrogò il diritto, che considerava anche un dovere, di vigilare sull'attività della Chiesa per impedire che violazioni della disciplina ecclesiastica ed insegnamenti della S. Sede, o delle gerarchie inferiori, potessero danneggiare direttamente o indirettamente la compagine statale. Furono sottoposti a controllo tutti gli atti di magistero e di governo di qualsiasi autorità ecclesiastica, questi non potevano essere pubblicati e vincolare i

⁴⁰ In Francia il gallicanesimo, in Germania l'epicopalismo con la *Puntazione di Ems*, patrocinavano chiese di Stato. Il vescovo N. von Hontheim, che sotto lo pseudonimo di Febronius, (I. N. FEBRONIUS, De statu Ecclesiae et legitima potestate Romani Pontificis liber singularis, 2ª ed., Bulloni, 1765, p. 765 s.) espose i punti dell'episcopalismo tedesco, cioè sostiene la natura essenzialmente collegiale della Chiesa; vescovi e clero inferiore hanno titolo ad intervenire nella vita della Chiesa locale: nella chiesa universale si vuole una valorizzazione dei diritti dei vescovi e dei concili, un limite al potere pontificio destinato solo a vegliare sull'osservanza dei canoni e sull'ortodossia della fede, si prevede l'obbligatorietà delle leggi emanate dal Papa solo dopo la loro accettazione da parte dei vescovi. Come mezzo per affermare e far trionfare queste tesi si propose l'azione unitaria tra vescovi e sovrani, l'uso del placet regio sugli atti papali, e l'appello per abuso. I Principi-elettori ecclesiastici si fecero promotori di una revisione dei rapporti della Chiesa tedesca con la Santa Sede: l'Imperatore Giuseppe II li incoraggiò. Nel 1786 un Congresso di delegati riunito a Bad Ems discusse sulle istanze da porre. Frutto di tali discussioni e delibere fu la *Puntazione di Ems* che sviluppa in 23 articoli il programma di una Chiesa tedesca nazionale secondo il modello febroniano. Alla fine si rivolge una preghiera all'Imperatore perché convochi al più presto un concilio nazionale che disciplini la vita della Chiesa in Germania (cfr. sul punto anche C. Fantappie, Le dottrine teologico-canonistiche sulla costituzione della Chiesa nel settecento, in Il dir. eccl., 2001, I. p. 815).

⁴¹ F. Scaduto, *Stato e Chiesa* cit., p. 246 ss.

sudditi senza autorizzazione sovrana (regio *exequatur*); in particolare fu vietata la divulgazione della bolla pontificia *In Coena Domini* che conteneva il riepilogo delle più ardite pretese curialiste e imponeva ai Principi una serie di obblighi e di doveri ritenuti incompatibili con la sovranità ⁴².

Certo la situazione della Chiesa era assai bisognosa di miglioramento, la via intrapresa dal Principe di emanare provvedimenti, senza prender contatto con Roma, era destinata a creare turbamento. Secondo i desideri del Granduca queste riforme dovevano essere ratificate dai sinodi diocesani e quindi da un sinodo nazionale toscano. Come ho detto animatore di queste riforme *gianseniste* era stato il vescovo Scipione de' Ricci⁴³. Nel sinodo generale di Firenze, del 1787, tutti i vescovi dello Stato, tranne il de' Ricci e altri due, respinsero queste riforme. Pietro Leopoldo, indignato, sciolse l'assemblea e continuò a riformare di propria autorità.

* * *

Molto prima della legislazione francese, l'editto di Saint Cloud (correttamente: *Décret Impérial sur les Sépultures*), emanato da Napoleone a Sant-Cloud il 12 giugno 1804, dove fu stabilito che le tombe venissero poste al di fuori delle dalle mura cittadine, e in specie il divieto di tumulazione nelle chiese o nelle cripte delle chiese stesse, nell'agosto 1787 Pietro Leopoldo aveva vietato la sepoltura nelle chiese, salvo che in cappelle gentilizie isolate.

* * *

L'ascesa di Pietro Leopoldo al trono imperiale (coronazione del 30 settembre 1790) portò in Toscana un mutamento di situazione, il nuovo Granduca Ferdinando III revocò la maggior parte delle riforme, specie ecclesiastiche e del libero commercio. Anche la legislazione penale venne modificata, i moti di Livorno e di Pistoia faranno sì che la pena di morte

⁴² In tale Bolla, del 1568, indirizzata espressamente alla Repubblica di Venezia e al Re di Spagna, papa Pio V vietava l'accoglimento di nuclei non cattolici (per Venezia il riferimento era agli Ebrei e ai Greco-ortodossi) nei singoli Stati; proibiva inoltre, secondo il tradizionale principio canonico, l'appello ad un concilio ecumenico contro le decisioni del papa; riaffermava, infine, l'esenzione degli ecclesiastici dalla giurisdizione statale.

⁴³ Sotto la sua guida il sinodo di Pistoia del 1786 emanò una serie di articoli riformatori; tra l'altro furono accolti i quattro punti della Dichiarazione Gallicana, furono confutate l'adorazione al Sacro Cuore di Gesù, le indulgenze, gli esercizi spirituali, fu auspicata la soppressione di tutti gli ordini religiosi, eccettuato uno solo da istituirsi su modello giansenista. La lotta agli ordini religiosi era, purtroppo, provocata dal decadimento morale in cui versavano certi conventi.

fosse reintrodotta ad opera del Consiglio di Reggenza, nel 1790, quando Pietro Leopoldo sarà già Vienna come successore del fratello Giuseppe II e Ferdinando III, non sarà ancora insediato come Granduca⁴⁴.

7. Una recentissima lapide per la festa della Toscana

A ricordo della riforma del diritto penale del 1786, il Consiglio regionale della Toscana, il 21 giugno 2001, ha approvato una legge che celebra, ogni 30 novembre, la festa della Regione Toscana. Nel cortile della Dogana di Palazzo Vecchio di Firenze, il Comune ha collocato una lapide commemorativa dove è stato riprodotto il testo della promulgazione della legge settecentesca. L'epigrafe, composta dal georgofilo Giuseppe Pelli Bencivenni, così recita:

PER MEMORIA

DELLA TOSCANA FELICITÀ

QUANDO **PIETRO LEOPOLDO**CON LEGGE DEL 30 GIUGNO 1786

LA PENA DI MORTE, L'INFAMIA, LA TORTURA,

OGNI DELITTO DI LESA MAESTÀ

CON LA CONFISCAZIONE DELLE SOSTANZE

CANCELLÒ

IL PRIMO IN EUROPA

DALLA VECCHIA LEGISLAZIONE

_

⁴⁴ F. Pesendorfer, *Ferdinando III e la Toscana nell'età napoleonica,* Firenze, Sansoni, 1986, p. 15-16.

Edoardo Alberto Rossi*

L'autodeterminazione dei popoli tra jus cogens ed efficacia dei trattati in un recente accordo dell'Unione europea

ABSTRACT

Il 21 dicembre 2016 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha emesso la sua decisione d'appello nel caso C-104/P, Consiglio c. Fronte Polisario, riformando la decisione del Tribunale del 10 dicembre 2015 (causa T-512/12, Fronte Polisario c. Consiglio). Con la sua sentenza il Tribunale aveva annullato la Decisione del Consiglio 2012/497/UE dell'8 marzo 2012, relativa alla conclusione dell'Accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e il Regno del Marocco avente ad oggetto delle misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli, i prodotti agricoli trasformati, il pesce e i prodotti della pesca, nella misura in cui è stata approvata l'applicazione dell'Accordo al territorio del Sahara occidentale, un «territorio conteso» parzialmente controllato dal Fronte Polisario, un movimento di liberazione nazionale coinvolto in un lungo conflitto armato con il Regno del Marocco. La Corte di giustizia ha stabilito che l'Accordo non si applica al Sahara occidentale e che di conseguenza il Fronte Polisario non possiede interesse ad ottenere l'annullamento della Decisione. Questo lavoro mira ad analizzare i temi, reciprocamente collegati, coinvolti nel caso del Fronte Polisario, con una particolare attenzione per il rapporto tra il principio di autodeterminazione dei popoli e le norme internazionali sulla validità dei trattati, non dimenticando la necessità di proteggere i diritti fondamentali della popolazione del Sahara occidentale.

On 21 December 2016 the Court of Justice of the European Union rendered its appeals decision in the case C-104/16 P, Council v. Front Polisario, overturning the decision by the EU General Court in T-512/12, Front Polisario v. Council of 10 December 2015. With its judgment the EU General Court had annulled the Council Decision 2012/497/EU on the conclusion of the Agreement in the

^{*} Titolare di assegno di ricerca (IUS/13, Diritto Internazionale) nell'Università di Urbino, 'Carlo Bo'.

form of an Exchange of Letters between the European Union and the Kingdom of Morocco concerning reciprocal liberalization measures on agricultural products, processed agricultural products, fish and fishery products, in so far as it had approved the application of the Agreement to Western Sahara, a «disputed territory» partially controlled by the Front Polisario, a national liberation movement involved in a long armed conflict with the Kingdom of Morocco. The ECJ stated that the Agreement did not apply to Western Sahara and therefore Front Polisario is not concerned by the decision of the Council and so it lacked standing in the European Courts. This paper aims to analyze the issues, mutually linked, involved in the Front Polisario case, with a special attention for the relationship between the principle of self-determination of peoples and the rules on the validity of the treaties, not forgetting the necessity to protect the fundamental rights of the Western Sahara population.

EDOARDO ALBERTO ROSSI

L'AUTODETERMINAZIONE DEI POPOLI TRA JUS COGENS ED EFFICACIA DEI TRATTATI IN UN RECENTE ACCORDO DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: 1. Introduzione: la situazione politica internazionale del Sahara occidentale. – 2. I rapporti tra Unione europea e Marocco nel contesto di nascita dell'Accordo euromediterraneo e dei successivi accordi di liberalizzazione. – 3. La sentenza del Tribunale, *Fronte Polisario c. Consiglio*, del 10 dicembre 2015: la protezione dei diritti fondamentali nella conclusione di accordi internazionali dell'Unione. – 4. L'impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia: la sentenza del 21 dicembre 2016. – 5. Qualche rilievo sul principio di autodeterminazione dei popoli nell'ambito del diritto internazionale pattizio – 6. Conclusioni: un'occasione colta o un'opportunità persa?

1. Introduzione: la situazione politica internazionale del Sahara occidentale

Il 21 dicembre 2016 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha emesso la sua decisione d'appello nella causa C-104/16 P, *Consiglio c. Fronte Polisa-rio*¹, annullando la decisione del Tribunale del 10 dicembre 2015².

Con questa sentenza la Corte di giustizia ha annullato la Decisione del Consiglio 2012/497/UE dell'8 marzo 2012³, relativa alla conclusione di un Accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e il

¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, C-104/16 P, *Consiglio c. Fronte Polisario*, sent. 21 dicembre 2016.

² Tribunale, T-512/12, Fronte Polisario c. Consiglio, sent. 10 dicembre 2015.

³ Decisione 2012/497/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2012, relativa alla conclusione dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e il Regno del Marocco in merito a misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli, i prodotti agricoli trasformati, il pesce e i prodotti della pesca, alla sostituzione dei protocolli nn. 1, 2 e 3 e dei relativi allegati e a modifiche dell'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra (GU 2012, L 241, p. 2).

Regno del Marocco⁴ avente ad oggetto delle misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli, i prodotti agricoli trasformati, il pesce e i prodotti della pesca, oltre alla sostituzione dei protocolli nn. 1, 2 e 3 e dei relativi allegati e ad alcune modifiche del precedente Accordo euromediterraneo⁵, con il quale era stata istituita un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra (concluso a Bruxelles il 26 Febbraio 1996 ed in vigore dal 10 marzo 2000). La Decisione, in particolare, è stata oggetto di annullamento nella misura in cui essa ha approvato l'applicazione dell'Accordo al territorio del Sahara occidentale⁶.

Questo territorio, delimitato a nord dal Marocco, a nord-est dall'Algeria, ad est e a sud dalla Mauritania e ad ovest dall'Atlantico, a seguito dell'indipendenza dal Regno di Spagna⁷, è attualmente controllato quasi

⁴ Accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e il Regno del Marocco in merito a misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli, i prodotti agricoli trasformati, il pesce e i prodotti della pesca, alla sostituzione dei protocolli nn. 1, 2 e 3 e dei relativi allegati e a modifiche dell'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra (GU 2012, L 241, p. 4).

⁵ Accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra, firmato a Bruxelles il 26 febbraio 1996 e approvato a nome di tali Comunità con la Decisione 2000/204/CE, CECA del Consiglio e della Commissione, del 24 gennaio 2000 (GU 2000, L 70, p. 1).

⁶ La storia del territorio e della popolazione stanziata sullo stesso ha da tempo ricevuto le attenzioni della dottrina. In generale v. B. Jacquier, L'autodétermination du Sahara espagnol, in Revue générale de droit international public, 1974, p. 683 ss.; M. Hinz, Le droit à l'autodétermination du Sahara Occidental: le chemin difficile du peuple sahraoui, Bonn, 1978; J. Damis, Conflict in Northwest Africa: the Western Sahara dispute, Stanford, 1983; C. Bontems, La guerre du Sahara occidental, Parigi, 1984. Più di recente v. F. Correale, Les origines de la "question du Sahara Occidental": enjeux historiques, défis politiques, in M. Balboni, G. Laschi (a cura di), The European Union Approach Towards Western Sahara, Bruxelles, p. 33 ss.

⁷ L. Condorelli, Le droit international face à l'autodétermination du Sahara occidental, in La Comunità Internazionale, 1978, p. 400 ss., ha distinto due fasi della situazione del Sahara occidentale. Il primo periodo riguarda la dominazione coloniale spagnola sul territorio, terminata con l'indipendenza del Marocco nel 1956 e della Mauritania nel 1960. A questo periodo risalgono le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 2229 del 1966 e n. 3162 del 1973, per mezzo delle quali la situazione del popolo del Sahara occidentale è stata portata per la prima volta all'attenzione della Comunità internazionale, assieme alle mire di appropriazione manifestate dal Marocco e dalla Mauritania. La seconda fase è stata aperta dall'Accordo trilaterale del 14 novembre 1975 fra Spagna, Marocco e Mauritania, con il quale la Spagna ha lasciato il territorio all'amministrazione degli altri due Stati, infor-

interamente dal Regno del Marocco⁸. Tuttavia, una piccola area situata nella parte orientale del territorio è stata coinvolta in un lungo conflitto armato tra il Marocco, la Mauritania e il Fronte Polisario, un movimento di liberazione nazionale creato nel 1973 dalla popolazione Sahrawi al fine di combattere l'occupazione straniera⁹. Tre anni più tardi il Fronte Polisario ha proclamato l'indipendenza della *SADR* (*Sahrawi Arab Democratic Republic*)¹⁰, che è stata successivamente riconosciuta da diversi Stati, ma non ancora né dalle Nazioni Unite, né dall'Unione europea, né dai suoi Stati membri ¹¹.

La Corte internazionale di giustizia, facendo leva sul principio di autodeterminazione dei popoli quale componente di primo piano dei processi di

mando il 26 febbraio 1976 il Segretario generale delle Nazioni Unite circa l'abbandono della propria presenza nel Sahara occidentale, con il conseguente svincolo da ogni responsabilità relativa all'amministrazione dello stesso. Ad avviso dell'A. le circostanze di fatto risultavano già all'epoca idonee a contrastare l'applicabilità del principio di autodeterminazione del popolo del Sahara occidentale.

⁸ Per una recente ricostruzione storica della situazione del Sahara occidentale v. A. Annoni, *C'è un giudice per il Sahara occidentale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 866 ss., la quale, peraltro, sottolinea come la presenza militare del Marocco nel Sahara occidentale costituisca una vera e propria «occupazione», in virtù dell'assenza di qualsivoglia mandato di amministrazione da parte delle Nazioni Unite, oltre che dell'ostilità manifestata dalla popolazione locale. Sul punto v. anche S. Simon, *Western Sahara*, in C. Walter, C. von Ungern-Sternberg, K. Abushov (eds.), *Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford, 2014, p. 255 ss.; A. Roberts, *What is Military Occupation?*, in *British Yearbook of International Law*, vol. 55, 1984, p. 249 ss.; C. Chinkin, *Laws of occupation*, in N.J. Botha, M.E. Olivier, D. Van Tonder (eds.), *Multilateralism and international law with Western Sahara as a case study*, Pretoria, 2010, p. 167 ss.

⁹ Per un'analisi del contesto di nascita, della natura e dei caratteri del Fronte Polisario v. F. Marcelli, *La condizione giuridica internazionale del Fronte Polisario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 291 ss.

¹⁰ A seguito dell'approdo al controllo di una porzione di Sahara occidentale, il Fronte Polisario è stato inquadrato da A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 2016, p. 91, come il «contenuto politico» del soggetto di diritto internazionale, ossia del «contenitore giuridico», costituito dalla *SADR*. In senso sostanzialmente conforme v. S.M. CARBONE, *I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTAMARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016, p. 22.

¹¹ Sul punto v. A. CALIGIURI, La situazione del Sahara occidentale e la sua incidenza sull'applicazione degli accordi internazionali conclusi dall'UE con il Marocco, in Diritti umani e diritto internazionale, 2016, p. 491. In generale sullo status del Sahara occidentale v., per tutti, E. Jensen, Western Sahara: anatomy of a stalemate?, Boulder, 2012.

decolonizzazione 12, ha escluso in un parere del 1975 13, la presenza di legami

12 Il principio di autodeterminazione si è affermato nel contesto del colonialismo come strumento di tutela dei popoli, in forza del quale alle popolazioni soggette a dominazione straniera è attribuito il diritto di acquistare indipendenza, stabilendo autonomamente il proprio apparato politico di governo. L'autodeterminazione, benché internazionalmente consacrata a livello pattizio (ad esempio agli artt. 1 e 55 della Carta delle Nazioni Unite e all'art. 1 dei due Patti internazionali sui diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 1966) si pone come principio di derivazione consuetudinaria, come evidenziato dalla Corte internazionale di giustizia nei pareri del 21 giugno 1971 sulla Namibia, par. 52 e del 22 luglio 2010 sul Kosovo, par. 79 (sul quale v. A. CARCANO, Sul rapporto fra diritto all'autodeterminazione dei popoli e secessione: in margine al parere della Corte Internazionale di Giustizia riguardante il Kosovo, in Rivista di diritto internazionale, 2010, p. 1135 ss.; L. Gradoni, E. Milano, Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo: un'analisi critica, Padova, 2011; nonché C. Focarelli, Tanto rumore (quasi) per nulla: lo status del Kosovo e la strategia argomentativa della Corte Internazionale di giustizia nel parere del 22 luglio 2010, in Il Politico, 2011, pp. 59-80). In particolare, come rilevato da A. TANCREDI, Autodeterminazione dei popoli, in Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006, p. 568 ss., è stata l'Assemblea generale delle Nazioni Unite a cristallizzare l'*opinio iuris* secondo cui il principio di autodeterminazione costituisce un diritto spettante a tutti i popoli, attraverso l'adozione di specifiche risoluzioni (tra le quali si segnalano le risoluzioni n. 1514(1960) del 14 dicembre 1960, n. 1541(1960) del 15 dicembre 1960 e 2625(1970) del 24 ottobre 1970). In termini generali, sul principio di autodeterminazione dei popoli v. R. EMERSON, Self-determination, in American Journal of International Law, 1971, p. 451 ss.; S. CALOGEROPOULOS-STRATIS, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Bruxelles, 1973, A. GRAHL-MADSEN, Decolonization: The Modern Version of a 'Just War', in German Yearbook of International Law, 1979, p. 255 ss; M. Pomerance, Self-determination in Law and Practice. The New Doctrine in the United Nations, L'Aja-Boston-Londra, 1982; G. Guarino, Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale, Napoli, 1984; F. LATTANZI, Autodeterminazione dei popoli, in Digesto delle discipline pubblicistiche, Torino, 1987, p. 4 ss; G. Arangio Ruiz, Autodeterminazione (diritto dei popoli alla), in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.; C. ZANGHÌ, Tutela delle minoranze e autodeterminazione dei popoli, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1993, pp. 415-418; P. Fois, Il rispetto dei diritti delle minoranze: un limite all' autodeterminazione dei popoli?, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1992, pp. 165-166; A. Cassese, Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal, Cambridge, 1995; T. CHRISTIAKIS, Le droit à l'autodetermination en debors de situations de décolonisation, Parigi, 1999; A. CATELANI, Sovranità degli Stati e autodeterminazione dei popoli, in Aa.V.v, Studi per Giovanni Motzo, Milano, 2003, p. 55 ss.; A.M. DEL VECCHIO, Le sfide poste dall'applicazione del principio di autodeterminazione dei popoli e dagli opposti nazionalismi in ambito internazionale, in guesta Rivista, 2014, p. 119 ss.

13 Parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 16 ottobre 1975, consultabile su http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf. Sul parere v., per tutti, M. Flory, L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Sahara occidental, in Annuaire français de droit international, 1975, p. 253 ss.; J.-F. Prevost, Observations sur l'avis consultatif de la Cour internationale de justice relatif au Sahara Occidental, in Journal de droit international, 1976, p. 813 ss.; E.H. Riedel, Confrontation in Western Sahara in the Light of the Advisory Opinion of the International Court of Justice of 16 October 1975. A Critical Appraisal, in German Yearbook of International Law, 1976, p. 405 ss.; M.W. Janis, The International Court of

di sovranità territoriale sul Sahara occidentale tanto in capo al Marocco, quanto in capo alla Mauritania ¹⁴.

La Mauritania è stata parte del conflitto armato fino alla firma di un trattato di pace nel 1979, mentre gli scontri sono proseguiti in forma cruenta tra il Marocco e il Fronte Polisario fino al cessate il fuoco concluso tra il 1988 e il 1991 con l'assistenza del Segretario generale dell'ONU.

Il controllo assunto dal Fronte Polisario sull'area e le continue rivendicazioni avanzate dal Regno del Marocco hanno tuttavia continuato a rendere problematico il contesto socio-politico, tanto che il 29 aprile 2016 il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha emesso la risoluzione 2285(2016) ¹⁵, con la quale le parti sono state invitate a proseguire nelle negoziazioni, in accordo a quanto auspicato dal Segretario generale delle Nazioni Unite nel rapporto del S/2016/355 del 19 aprile 2016 ¹⁶, nell'ottica del raggiungimen-

Justice: The Advisory Opinion on the Western Sahara, in Harvard International Law Journal, 1976, p. 609 ss.; J. Chappez, L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 16 octobre 1975 dans l'affaire du Sahara occidental, in Revue générale de droit international public, 1976, p. 132 ss.; M.N. Shaw, The Western Sahara Case, in British Yearbook of International Law, 1978, p. 119 ss.; B.O. Okere, The Western Sahara Case, in International and Comparative Law Ouarterly, 1979, p. 296 ss.

¹⁴ Nel parere, al par. 129, la Corte internazionale di giustizia si è limitata a rilevare la presenza di un legame giuridico di alleanza («legal tie of allegiance») tra il Marocco e alcune tribù stanziate nel territorio, negando tuttavia che dagli atti di diritto interno e di diritto internazionale potesse essere ricavata la sussistenza di un legame giuridico di sovranità territoriale («legal tie of territorial sovereignty»). Allo stesso modo, la Corte, pur confermando la presenza di relazioni ed influenze razziali, linguistiche, religiose, culturali ed economiche tra le popolazioni del Sahara occidentale e la Mauritania (par. 149), ha escluso la presenza in capo a quest'ultima di ogni forma di potere sovrano territoriale (par. 150). Successivamente, con la risoluzione 690(1991) del 29 aprile 1991, reperibile su http://www.un.org/en/ ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/690(1991), il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nell'intento di raggiungere una soluzione duratura della questione, ha previsto l'espletamento di un referendum (che tuttavia non si è ancora tenuto) per l'autodeterminazione del popolo del Sahara occidentale, da svolgersi sotto la supervisione della Missione MINURSO (United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara), costituita con la medesima risoluzione, in accordo con la proposta di piano di pace accettato il 30 agosto 1988 dal Marocco e dal Fronte Polisario. Il piano, approvato dal Consiglio di Sicurezza, ha previsto un periodo di transizione per la preparazione del referendum, con il quale la popolazione del Sahara occidentale avrebbe dovuto scegliere tra l'indipendenza e l'integrazione con il Marocco sotto la direzione del Rappresentate speciale del Segretario generale assistito dalla Missione MINURSO. Ulteriori informazioni sulla Missione MINURSO sono disponibili su http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minurso/.

¹⁵ La risoluzione 2285(2016) del Consiglio di Sicurezza del 29 aprile 2016 è disponibile nell'apposita sezione del sito delle Nazioni Unite, al link http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2285(2016).

¹⁶ Il Rapporto è consultabile integralmente su http://undocs.org/S/2016/355.

to di una soluzione politica equa, duratura e reciprocamente accettabile e nel rispetto del diritto all'autodeterminazione del popolo del Sahara occidentale¹⁷.

2. I rapporti tra Unione europea e Marocco nel contesto di nascita dell'Accordo euromediterraneo e dei successivi accordi di liberalizzazione.

L'Accordo euromediterraneo si inserisce nell'ambito del partenariato euromediterraneo tra l'Unione europea e i paesi del Mediterraneo del sud, avviato a partire dal 1995 con la Dichiarazione di Barcellona 18, volto a rafforzare il dialogo politico, la sicurezza e la cooperazione economica, sociale e culturale nello spazio comune del Mediterraneo.

La Dichiarazione ha peraltro sottolineato la volontà di eliminare progressivamente gli ostacoli doganali agli scambi commerciali, instaurando una zona di libero scambio, la cui realizzazione è stata affidata a successivi accordi bilaterali di associazione e liberalizzazione tra l'UE e i paesi partner del Mediterraneo, i quali, rispettando il medesimo schema, sono stati orientati all'instaurazione di un dialogo in materia politica e di sicurezza, al fine di favorire la cooperazione economica, commerciale e finanziaria, segnatamente mediante la progressiva liberalizzazione degli scambi.

In questo contesto, i rapporti tra Unione europea e Regno del Marocco sono stati disciplinati nel 1996 con l'Accordo euromediterraneo che ha istituito un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da

¹⁷ Sulla questione del Sahara occidentale come problema di autodeterminazione e decolonizzazione v. L. Condorelli, *Le droit international face à l'autodétermination du Sahara occidental*, cit., p. 404; C. Ruiz Miguel, *The Principle, the Right of Self-determination and the People of Western Sahara*, in M. Balboni, G. Laschi (a cura di), *The European Union Approach Towards Western Sahara*, cit., p. 61 ss.

¹⁸ Il testo della Dichiarazione è disponibile su http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:r15001&from=IT. Essa si pone come atto fondante di un partenariato globale tra l'Unione europea e dodici paesi del Sud del Mediterraneo (Algeria, Cipro, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Malta, Marocco, Siria, Tunisia, Turchia e Autorità palestinese), istituendo un contesto di cooperazione multilaterale. Gli obiettivi del partenariato ineriscono all'ambito politico, economico, finanziario, sociale e cultura-le. Tra questi rientra la creazione di uno spazio comune di pace, stabilità e prosperità nel Mediterraneo, nel rispetto dei diritti umani, dei principi dello Stato di diritto e della democrazia, della sovranità degli Stati, dell'integrità territoriale e del diritto all'autodeterminazione dei popoli.

una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra, entrato in vigore, come abbiamo visto, il 10 marzo 2000. In virtù dell'art. 16 dell'Accordo l'Unione e il Marocco si sono impegnati ad attuare progressivamente «una maggiore liberalizzazione nei reciproci scambi di prodotti agricoli e di prodotti della pesca». Successivamente, nel mese di luglio 2005, le stesse parti hanno adottato un piano d'azione della politica europea di vicinato, nel quale è stato inserito lo specifico obiettivo di ottenere una maggiore liberalizzazione degli scambi di prodotti agricoli, prodotti agricoli trasformati, pesce e prodotti della pesca. A tal fine, il 14 ottobre 2005 il Consiglio ha autorizzato la Commissione ad avviare i negoziati con il Marocco, che si sono conclusi il 14 dicembre 2009 con la stipula dell'Accordo in forma di scambio di lettere diretto ad implementare e modificare l'Accordo di associazione euromediterraneo. Il nuovo Accordo, attraverso la Decisione 2012/497/UE, ha ricevuto l'approvazione del Consiglio l'8 marzo 2012 19.

3. La sentenza del Tribunale, *Fronte Polisario c. Consiglio*, del 10 dicembre 2015: la protezione dei diritti fondamentali nella conclusione di accordi internazionali dell'Unione.

L'assenza di una pattuizione che escludesse l'applicazione dell'Accordo al territorio del Sahara occidentale, ha spinto il Fronte Polisario, in veste di rappresentante del popolo Saharawi, ad impugnare la Decisione di approvazione dell'Accordo attraverso una domanda di annullamento proposta mediante ricorso ex art. 263, comma 4, TFUE, norma che consente a persone fisiche e giuridiche di proporre un ricorso contro gli atti adottati nei loro confronti o che le riguardino direttamente ²⁰.

¹⁹ V nota 3

L'art. 263 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea disciplina l'esercizio del potere di controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni attribuito alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso di incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione e di sviamento di potere. A tal fine, oltre agli Stati membri, al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Commissione, alla Banca centrale europea, alla Corte dei Conti e al Comitato delle regioni, possono rivolgersi alla Corte con il ricorso d'annullamento anche le persone fisiche e giuridiche. In proposito, il quarto comma dell'articolo dispone: «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che

L'articolo contiene due elementi rilevanti ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire in capo al Fronte Polisario. Infatti, a seguito delle eccezioni sollevate dal Consiglio e dalla Commissione, il Tribunale è stato costretto ad esprimersi preliminarmente sulla qualificazione del Fronte Polisario come «persona giuridica» e sull'incidenza «diretta e individuale» della Decisione di approvazione dell'Accordo nei suoi confronti.

In ordine alla prima questione il Tribunale ha preso atto delle affermazioni contenute nel ricorso del Fronte Polisario, con le quali esso si è dichiarato «soggetto di diritto internazionale che dispone della personalità giuridica internazionale riconosciuta ai movimenti nazionali di liberazione nel diritto internazionale»²¹, affermando espressamente di non essere costi-

non comportano alcuna misura d'esecuzione». Per un inquadramento generale sul ricorso d'annullamento si veda P. Manzini, Ricorso di annullamento: riforma e controriforma, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2002, p. 717 ss.; P. PALLARO, Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2002, p. 87 ss.; F. Alcino, Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche. Passato, presente e possibile futuro: pregi e difetti di una ricostruzione giurisprudenziale, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2006, p. 968 ss.; M. MIGLIORANZA, Il ricorso di annullamento tra verifica della legittimità degli atti comunitari e garanzia degli interessi dei cittadini, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2004, p. 1512 ss, oltre ai contributi contenuti in B. NASCIMBENE, L. DANIELE (a cura di), Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità Europea, Milano, 1998. Più specificamente, sul ricorso d'annullamento a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona v. S. MARINO, La legittimazione attiva dei privati nel ricorso per annullamento: quali novità a seguito del Trattato di Lisbona?, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2014, p. 1126 ss.; E. Fontana, Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2010, p. 53 ss.; A.M. ROMITO, Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati, in Studi sull'integrazione europea, 2013, p. 525 ss.; G. Donà, Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2010, p. 567 ss.

²¹ V. punto 37 della sentenza del Tribunale. Sulla soggettività di diritto internazionale dei movimenti di liberazione nazionale la dottrina si è espressa diffusamente, negandone la sussistenza sull'assunto che essi si configurano come enti politici organizzati che si fanno portatori del diritto all'autodeterminazione dei popoli per mezzo di istanze di liberazione da domini coloniali o stranieri. In tal senso v. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, Lezioni di diritto internazionale, cit., p. 90, ma anche S.M. CARBONE, I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale, cit., p. 19-22. In generale sul tema v. N. RONZITTI, Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale, Pisa, 1974; ID., Wars of National Liberation, a Legal Definition, in Italian Yearbook of International Law, 1975, p. 142 ss C. LAZARUS, Le statut des mouvements de libération nationale à l'Organisation des Nations Unies, in Annuaire français de droit international, 1974, p. 173 ss. Inoltre, con riferimento al caso dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina v., mutatis mutandis, T. BALLARINO, Diritto internazionale pubblico, Padova, 2014, pp. 141-142, il quale, avallando la soluzione della Corte di Cassazione italiana (Cass. pen., sez. I, sent. 28 giugno 1985, n. 1981), ha ritenuto condivisibile il

tuito in forma di «persona giuridica» secondo il diritto di alcuno Stato, in quanto «incarnazione della sovranità del popolo Saharawi»²².

Il mancato possesso della qualifica di «persona giuridica» di cui all'art. 263, quarto comma, TFUE è stato superato dal Tribunale facendo ricorso alla giurisprudenza della Corte di giustizia, alla luce della quale è possibile ricavare una definizione di «persona giuridica» molto elastica²³, che non coincide necessariamente con le nozioni proprie dei vari ordinamenti nazionali²⁴.

riconoscimento ai movimenti di liberazione nazionale di una soggettività limitata alla discussione sull'autodeterminazione.

L'affermazione è riportata al punto 41 della sentenza del Tribunale, ove si aggiunge che «esso non può far dipendere la propria esistenza dall'ordinamento giuridico dell'antica potenza coloniale, il Regno di Spagna, che da quarant'anni viene meno a tutti i propri doveri internazionali, né tanto meno [del]la potenza occupante, il Marocco, che impone il proprio ordinamento giuridico mediante un illegittimo impiego della forza militare». Sul punto v. F. MARCELLI, La condizione giuridica internazionale del Fronte Polisario, cit., p. 293 ss., il quale ha parlato di «relazione genetica» del Fronte Polisario con la SADR, in virtù della centralità del ruolo da questo rivestito nel corso della proclamazione della SADR stessa. Con tale proclamazione il popolo saharawi ha annunciato la creazione di un nuovo Stato sovrano, nel cui Consiglio provvisorio sono confluiti i membri del Fronte. Quest'ultimo ha comunque mantenuto il ruolo di referente e rappresentante politico, tanto che nell'inquadrare il rapporto tra la SADR e il Fronte Polisario si è parlato di «due aspetti di una medesima forma di organizzazione politica del popolo saharawi», indirizzata, da un lato, alla realizzazione di un potere di governo e, dall'altro, all'attuazione dell'autodeterminazione (ivi, p. 295)

²³ In particolare, ai punti 48-49 della propria pronuncia, il Tribunale ha richiamato la sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1982, C-135/81, *Groupement des Agences de voyages c. Commissione*, nella quale la Corte ha dichiarato la ricevibilità di un ricorso presentato da un'«associazione occasionale di dieci agenzie di viaggio riunitesi per rispondere insieme ad un bando» contro la decisione di esclusione dalla gara emessa dalla Commissione. In tale occasione la Corte ha osservato che la nozione di «persona giuridica» di cui al quarto comma dell'articolo 263, TFUE, non coincide necessariamente con quelle proprie dei vari ordinamenti giuridici degli Stati membri. Più dettagliatamente, la Corte di giustizia in due pronunce dell'8 ottobre 1974 (C-175/73, *Union syndicale-Service public européen e altri c. Consiglio*, punto 9 ss. e C-18/74, *Syndicat général du personnel des organismes européens c. Commissione*, punto 5 ss.) ha elaborato alcuni criteri utili nell'attribuzione della capacità di agire *ex* art. 263, quarto comma, TFUE, tra i quali figura anche la presenza di uno statuto e di una struttura interna «tali da garantire l'autonomia necessaria per agire quale entità responsabile nell'ambito dei rapporti giuridici».

²⁴ Attraverso l'«interpretazione autonoma» l'interprete è tenuto a prediligere il significato assunto sul piano internazionale, a discapito del significato attribuito all'interno degli ordinamenti nazionali. Il concetto di «interpretazione autonoma» è frequentemente utilizzato in vari ambiti del diritto internazionale. Sul punto, a titolo esemplificativo, si veda S. Bariatti, L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme, Padova, 1986, p. 283 ss., L. Mari, Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, Padova, 1991, p. 47 ss.

In tal maniera il Tribunale è riuscito a considerare il Fronte Polisario come «persona giuridica» ai sensi dell'art. 263 TFUE, facendo leva sull'autonomia ad esso garantita dal proprio statuto e dalla propria struttura interna, nonché sulla capacità di agire come soggetto distinto, responsabile nell'ambito di rapporti giuridici e idoneo ad essere titolare di diritti ed obblighi²⁵.

In ordine all'«incidenza diretta e individuale» della Decisione del Consiglio, requisito ugualmente richiesto dal quarto comma dell'art. 263 TFUE, il Tribunale ha ricordato come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia costantemente richiesto la compresenza di due criteri cumulativi. Innanzitutto il provvedimento contestato deve produrre effetti direttamente sulla situazione giuridica del soggetto interessato. In secondo luogo, non deve sussistere in capo ai destinatari alcun potere discrezionale relativo alla sua applicazione, che deve pertanto avere carattere automatico, senza intervento di norme intermedie ²⁶.

Nel caso di specie il Tribunale ha rilevato la presenza di entrambi i criteri: l'Accordo infatti contiene disposizioni che impongono direttamente obblighi chiari e precisi, non subordinati all'intervento di ulteriori atti di intermediazione ²⁷. Inoltre, le sue disposizioni producono effetti sull'intero territorio in cui esso si applica, ivi compreso il Sahara occidentale. Ad avviso del Tribunale, il Fronte Polisario deve quindi essere considerato direttamente e individualmente interessato, in quanto esso è il solo ed unico interlocutore che partecipa ai negoziati con il Marocco nell'ambito dei quali sarà definito, sotto l'egida dell'ONU, lo *status* internazionale del Sahara occidentale ²⁸.

Accertata la legittimazione a ricorrere del Fronte Polisario, il Tribunale

²⁵ V. punti 52-53 della sentenza del Tribunale.

²⁶ La necessità che sussistano entrambi i criteri è indicata al punto 105 della sentenza del Tribunale, in cui viene richiamata la sentenza della Corte di giustizia, C-445/07 P e C-455/07 P, Commissione c. Ente per le Ville Vesuviane e Ente per le Ville Vesuviane c. Commissione, sent. 10 settembre 2009, punto 45.

²⁷ In proposito ai punti 107-108 della sentenza il Tribunale ha richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale gli accordi internazionali conclusi dall'Unione con Stati terzi possiedono effetto diretto, quando, alla luce del loro tenore, del loro oggetto e della loro natura, stabiliscono obblighi chiari e precisi che non sono subordinati all'intervento di altri atti ulteriori (cfr. Corte di giustizia, C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, sent. 8 marzo 2011, punto 44).

²⁸ Tale argomento è sostenuto dal Tribunale ai punti 109-110 della sentenza. In senso critico su tale impostazione del Tribunale v. A. Annoni, *C'è un giudice per il Sahara occidentale?*, cit., p. 870 e P. Mori, *La sentenza T-512/12, Fronte Polisario c. Consiglio: un'incerta*

è passato all'analisi del merito, respingendo gli undici motivi di ricorso addotti dal Fronte Polisario ed incentrati, in termini generali, su violazioni del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale.

Il Tribunale ha tuttavia rilevato come tutti i motivi sollevassero a monte la questione dell'esistenza di un inderogabile divieto di stipula di accordi applicabili a territori contesi e dell'eventuale possibilità per l'Unione di decidere discrezionalmente se stipulare o meno un accordo in tali circostanze²⁹.

Al riguardo il Tribunale ha evidenziato che, nell'ambito dei motivi e degli argomenti di ricorso, non esistevano ragioni che vietassero in maniera assoluta la conclusione di accordi applicabili a territori contesi né dal punto di vista del diritto dell'Unione, né del diritto internazionale³⁰.

Di conseguenza, il Tribunale ha riconosciuto in capo alle istituzioni dell'Unione un ampio potere discrezionale inerente alla scelta di stipulare con uno Stato terzo un accordo destinato ad essere potenzialmente applicato ad un territorio conteso³¹.

Tuttavia, il Tribunale ha rilevato che nell'esercizio di tale potere discrezionale, le istituzioni dell'UE sono tenute a valutare accuratamente ed in modo imparziale tutti gli elementi di fatto e di diritto relativi al caso concreto, ivi compresa la tutela dei diritti fondamentali delle popolazioni stanziate sul territorio conteso³² ed i possibili pregiudizi derivanti dall'attività di produzione dei beni destinati all'esportazione.

Nel caso di specie, dunque, il Consiglio avrebbe dovuto accertarsi

³¹ V. punto 223.

qualificazione giuridica del rappresentante del popolo sabrawi, in Il Diritto dell'Unione europea - Osservatorio europeo (www.dirittounioneeuropea.eu), 2016, p. 8 ss.

²⁹ Si veda in proposito il punto 117 della sentenza, nel quale il Tribunale ha precisato che per «territorio contesto» si intende un territorio di fatto controllato da uno Stato, senza che la sovranità di tale Stato sul territorio sia riconosciuta dall'UE, dai suoi Stati membri o da tutti gli altri Stati della Comunità internazionale. Critico sulla qualificazione del Sahara occidentale come territorio conteso è A. CALIGIURI, La situazione del Sahara occidentale, cit. p. 494.

³⁰ L'affermazione è stata perentoriamente formulata dal Tribunale al punto 215 della sentenza.

³² Tra i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che vengono in rilievo in questo contesto il Tribunale ha annoverato, al punto 228 della sentenza, i diritti alla dignità umana, alla vita e all'integrità della persona (art. da 1 a 3), la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5), la libertà professionale (art. 15), la libertà d'impresa (art. 16), il diritto di proprietà (art. 17), il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque, il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (artt. 31 e 32).

dell'assenza di indizi di uno sfruttamento delle risorse naturali³³ del Sahara occidentale (attività qualificatà dal Fronte Polisario come «spoliazione economica avente l'obiettivo di modificare la struttura della società saharawi») in violazione dei diritti fondamentali dei suoi abitanti³⁴.

In conclusione, posto che il Consiglio è venuto meno al proprio obbligo di esaminare, preliminarmente rispetto all'adozione della Decisione di approvazione dell'Accordo, tutti gli elementi della fattispecie, il Tribunale ha accolto il ricorso ed ha annullato la Decisione.

4. L'impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia: la sentenza del 21 dicembre 2016

Non condividendo le conclusioni in relazione alla legittimazione ad agire del Fronte Polisario, alla discrezionalità nell'ambito delle relazioni economiche esterne dell'Unione e all'erronea interpretazione ed applicazione della Carta di Nizza e del diritto internazionale, il Consiglio ha impugnato la sentenza del Tribunale dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di ottenerne l'annullamento.

Nelle proprie argomentazioni la Corte ha preso le mosse dal contenuto dell'art. 94 dell'Accordo euromediterraneo, secondo cui lo stesso si applica ai territori degli Stati membri dell'Unione e del Regno del Marocco³⁵.

³³ Ad avviso di A. Annoni, *C'è un giudice per il Sahara occidentale?*, cit., pp. 872-873, nella pronuncia del Tribunale la sovranità permanente sulle risorse naturali ha assunto rilevanza solo marginalmente. In particolare, la presenza di un movimento di liberazione nazionale rappresentativo degli interessi di un popolo comporta l'insorgenza dell'obbligo di consultazione dello stesso in capo alla Potenza amministratrice o occupante (così H. Corell, *The legality of exploring and exploiting natural resources in Western Sahara*, in N.J. Botha, M.E. Olivier, D. Van Tonder (eds.), *Multilateralism and international law with Western Sahara as a case study*, cit., p. 231). Non vanno inoltre dimenticati gli accordi commerciali dell'Unione relativi ai prodotti della Cisgiordania e della Striscia di Gaza, nel contesto dei quali un movimento di liberazione nazionale (l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina) è stato addirittura considerato soggetto idoneo a negoziare e concludere un accordo.

³⁴ V. punto 241. In tema v. anche H. CORELL, *The Principle of Sovereignty of Natural Resources and its Consequences*, in M. Balboni, G. Laschi (a cura di), *The European Union Approach Towards Western Sahara*, cit., p. 129 ss.

³⁵ L'art. 94 dell'Accordo euromediterraneo prevede che l'accordo «si applica ai territori in cui si applicano i trattati che istituiscono la Comunità europea e la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, alle condizioni in essi indicate, da una parte, e al territorio del Regno del Marocco, dall'altra».

Essendo l'Accordo di liberalizzazione uno strumento di implementazione dell'Accordo euromediterraneo, anche il suo ambito di applicazione territoriale è stato individuato facendo riferimento all'art. 94 di quest'ultimo³⁶.

Al riguardo il Tribunale ha considerato il Sahara occidentale quale parte integrante del territorio del Marocco, ritenendo che le parti fossero tacitamente concordi nell'includerlo nell'ambito di applicazione dell'Accordo.

La questione dell'applicabilità dell'Accordo al Sahara occidentale è stata dunque posta dal Tribunale al centro della propria pronuncia. Analogamente anche la Corte di giustizia ha deciso di trattare questo aspetto prioritariamente, osservando che qualora l'Accordo non risulti applicabile al Sahara occidentale non si porrebbe la questione dei diritti e degli obblighi del Marocco su tale territorio, così come non sorgerebbe la questione della legittimazione ad agire del Fronte Polisario.

In proposito la Corte ha rilevato, innanzitutto, che dal 1963 il territorio del Sahara occidentale rientra nell'elenco dei «territori non autonomi» ai sensi dell'art. 73 della Carta delle Nazioni Unite³⁷.

Tali territori, come specificato dall'Assemblea generale dell'ONU nel-

³⁶ La Corte di giustizia, ai punti 112-114 della sentenza, qualifica l'Accordo euromediterraneo di associazione e l'Accordo di liberalizzazione come «trattati successivi» vertenti sulla stessa materia e conclusi tra le stesse parti (art. 30 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), osservando che l'Accordo di liberalizzazione deve essere considerato subordinato all'Accordo euromediterraneo, come previsto dal secondo comma dell'art. 30 della Convenzione di Vienna, secondo cui «quando un trattato precisa di essere subordinato ad un trattato anteriore o posteriore o non debba essere considerato come incompatibile con quest'altro trattato, prevalgono le disposizioni contenute in quest'ultimo».

³⁷ L'art. 73 della Carta delle Nazioni Unite recita: «I Membri delle Nazioni Unite, i quali abbiano od assumano la responsabilità dell'amministrazione di territori la cui popolazione non abbia ancora raggiunto una piena autonomia, riconoscono il principio che gli interessi degli abitanti di tali territori sono preminenti ed accettano come sacra missione l'obbligo di promuovere al massimo, nell'ambito del sistema di pace e di sicurezza internazionale istituito dal presente Statuto, il benessere degli abitanti di tali territori, e, a tal fine, l'obbligo: a) di assicurare, con il dovuto rispetto per la cultura delle popolazioni interessate, il loro progresso politico, economico, sociale ed educativo, il loro giusto trattamento e la loro protezione contro gli abusi; b) di sviluppare l'autogoverno delle popolazioni, di prendere in debita considerazione le aspirazioni politiche e di assisterle nel progressivo sviluppo delle loro libere istituzioni politiche, in armonia con le circostanze particolari di ogni territorio e delle sue popolazioni e del loro diverso grado di sviluppo; c) di rinsaldare la pace e la sicurezza internazionale; d) di promuovere misure costruttive di sviluppo, di incoraggiare ricerche, e di collaborare tra loro, e, quando e dove ne sia il caso, con gli Istituti internazionali specializzati, per il pratico raggiungimento dei fini sociali, economici e scientifici enunciati in questo articolo; e) di trasmettere regolarmente al Segretario Generale, a scopo d'informazione e con le limitazioni che possono essere richieste dalla sicurezza e da considerazioni costituzionali, dati statistici ed altre notizie di natura tecnica, riguardanti le condizioni economiche, sociali

la risoluzione n. 2625 del 24 ottobre 1990, possiedono «*status* separato e distinto» ³⁸. Di conseguenza, il territorio del Sahara occidentale non può essere considerato parte integrante del territorio del Marocco.

Ad avviso della Corte, il Tribunale non ha applicato correttamente tutte le regole di diritto internazionale sull'interpretazione dei trattati, basando le proprie statuizioni sul solo primo paragrafo dell'art. 31 della Convenzione sul diritto del trattati, secondo il quale l'interpretazione degli accordi inter-

ed educative nei territori di cui sono rispettivamente responsabili, eccezion fatta per quei territori cui si applicano i Capitoli XII e XIII».

³⁸ Sul punto occorre preliminarmente ricordare, come osservato da A. Annoni, *C'è* un giudice per il Sahara occidentale?, cit., pp. 870-871, che la qualificazione del Sahara occidentale come territorio non autonomo non incide sull'applicabilità del regime giuridico dell'occupazione, anche in quanto molti degli obblighi internazionali gravanti sulla Potenza occupante non si differenziano dagli obblighi della Potenza amministratrice su un territorio non autonomo. In particolare, che la presenza di una «occupazione» possa sussistere anche su territori non soggetti alla sovranità di alcuno Stato, come il Sahara occidentale, è già stato chiarito dalla Corte internazionale di giustizia nel parere del 9 luglio 2004, par. 92, relativo al caso della Cisgiordania, così come nel parere relativo al caso della Namibia (parere del 21 giugno 1971). Il diritto all'autodeterminazione dei popoli costituisce infatti un principio sufficiente a giustificare la rilevanza delle norme internazionali sull'occupazione territoriale. Sull'occupazione nel diritto internazionale v., ex multis, R. AGO, Il requisito dell'effettività dell'occupazione in diritto internazionale, Roma, 1934; F. CAPOTORTI, L'occupazione nel diritto di guerra, Napoli, 1949; A. MIGLIAZZA, L'occupazione bellica, Milano, 1949; G. BALLADORE Pallieri, Diritto bellico, Padova, 1954, p. 300 ss.; C. Curti Gialdino, Occupazione bellica, in Enciclopedia del Diritto, 1979, p. 720 ss.; A. BERNARDINI, Iraq: illecita occupazione, resistenza popolare, autodeterminazione irakena, in Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale, 2003, p. 29 ss.; S. SILINGARDI, Occupazione bellica e obblighi delle potenze occupanti nel campo economico, in Rivista di diritto internazionale, n. 4/2006, p. 978 ss.; M. Arcari, Autorizzazione del Consiglio di sicurezza, tutela dei diritti dell'uomo e occupazione militare in Iraq: il caso Al-Jedda di fronte ai giudici britannici, in Rivista di diritto internazionale, n. 4/2006, p. 1083 ss.; A. GATTINI, Occupazione bellica, in S. CASSESE (a curadi), Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006, p. 3889 ss.; A. CARCANO, L'occupazione dell'Iraq nel diritto internazionale, Milano, 2009; Y. Arai-Takahashi, The Law of Occupation. Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law, Boston/Leiden, 2009; I. DI BERNARDINI, La tutela dei diritti umani in regime di occupazione belligerante nel caso dell'Iraq, in I diritti dell'uomo, n. 3/2009, p. 27 ss.; A. Gioia, The Belligerent Occupation of Territory, in A. De Guttry, H. Post, G. Venturini (a cura di), The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia: An International Legal Perspective, L'Aja, 2009, p. 351 ss.; S. VEZZANI, Sul previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni in situazioni di occupazione territoriale illegittima, in Rivista di diritto internazionale, n. 3/2011, p. 799 ss.: N. Corso, Occupazione militare e tutela della proprietà privata, in Diritti umani e diritto internazionale, n. 1/2012, p. 5 ss.; M. PACE, Sfruttamento delle risorse naturali e occupazione bellica in una recente sentenza della Corte Suprema d'Israele, in Diritti umani e diritto internazionale, n. 3/2012, p. 679 ss.; A. Annoni, L'occupazione «ostile» nel diritto internazionale contemporaneo, Torino, 2012; E. Benvenisti, The international Law of Occupation, Oxford, 2012.

nazionali deve avvenire «in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce dei suo oggetto e del suo scopo». Al contrario, il Tribunale avrebbe dovuto tenere in considerazione anche il terzo paragrafo, lettera c), dell'art. 31 della Convenzione, in virtù del quale nell'interpretazione deve essere tenuto conto di ogni regola di diritto internazionale pertinente ed applicabile concretamente nei rapporti tra le parti ³⁹.

Tra queste la Corte ha individuato dapprima il principio di autodeterminazione dei popoli, regola di provenienza consuetudinaria, inerente anche alla situazione dei territori non autonomi e dei popoli non ancora indipendenti, come il territorio del Sahara occidentale e la popolazione Saharawi ivi stanziata ⁴⁰.

Inoltre, la Corte ha richiamato, quale norma di diritto internazionale

³⁹ Il terzo paragrafo dell'art. 30 della Convenzione di Vienna prevede infatti che, nell'interpretazione dei trattati, «verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti. Sull'interpretazione dei trattati v., per tutti, S. Sur, L'interprétation en droit international public, Parigi, 1974; M.K. YASSEN, Interprétation des traités d'après la Convention de Vienne, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 116, 1976, p. 44 ss.; M. Bos, Theory and Practice of Treaty Interpretation, in Netherlands International Law Review, 1980, p. 3 ss.; S. Bariatti, L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme, cit.; R. Kolb, Interprétation et création du droit international, Bruxelles, 2006; R. Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008; L. GRADONI, Regole di interpretazione difficili da interpretare e frammentazione del principio di integrazione sistemica, in Rivista di diritto internazionale, 2010, p. 809 ss.; E. FEOLA, I principi sull'interpretazione dei trattati nella giurisprudenza recente della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), in La Comunità Internazionale, 2011, p. 473 ss.; C. RAGNI, Interpretazione dei trattati e "standard of review" nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: riflessioni sull'affare della "Caccia alla balena nell'Antartico", in Rivista di diritto internazionale, 2014, p. 725 ss.. Più recentemente v. anche S. BARIATTI, L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTAMARIA (a cura di), Istituzioni di diritto internazionale, cit., p. 104 ss.

⁴⁰ La rilevanza del diritto all'autodeterminazione dei popoli nel caso di specie è stata sottolineata dalla Corte di giustizia al punto 88 della sentenza, nel quale è stato richiamato quanto affermato ai par. 54-56 del parere della Corte internazionale di giustizia del 16 ottobre 1975 sulla situazione del Sahara occidentale. Qui la Corte ha rimarcato che il principio di autodeterminazione dei popoli, menzionato agli artt. 1 e 55 della Carta delle Nazioni Unite, assume una particolare portata diretta in riferimento ai territori non autonomi. In particolare, il principio di autodeterminazione si configura come un diritto dei popoli, la cui applicazione costituisce una esigenza irrinunciabile nel processo di decolonizzazione.

pertinente, l'art. 29 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che ha codificato il principio consuetudinario secondo il quale uno Stato è vincolato dagli accordi internazionali che ha concluso per tutto l'insieme del suo territorio ⁴¹. La Corte di giustizia ha precisato che quando l'art. 29 fa riferimento al territorio di uno Stato, esso intende «lo spazio geografico sul quale tale Stato esercita la pienezza delle competenze riconosciute alle entità sovrane dal diritto internazionale» ⁴².

Appare quindi di tutta evidenza per la Corte che, essendo il Sahara occidentale territorio non autonomo e non esercitando il Marocco potere sovrano pieno su di esso, l'Accordo non può trovare applicazione in riferimento al territorio del Sahara occidentale ⁴³. A ben vedere, l'applicabilità dell'Accordo potrebbe essere estesa anche oltre il territorio di uno Stato soltanto se esso avesse contenuto una previsione espressa in tal senso, circostanza questa non sussistente né nell'Accordo euromediterraneo né nell'Accordo di liberalizzazione.

Quale ultima regola di diritto internazionale pertinente ai fini dell'interpretazione dell'Accordo, la Corte ha indicato l'art. 34 della Convenzione di Vienna. Tale norma costituisce un'espressione del «principio dell'effetto relativo dei trattati», secondo il quale i trattati non devono né nuocere né operare a vantaggio di soggetti terzi rispetto all'accordo senza il loro consenso ⁴⁴. Nel caso di specie l'Accordo si applica dunque ai soli contraenti, in quanto se fosse stato esteso al Sahara occidentale, esso avrebbe riguardato

⁴¹ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, art. 29: «Salvo che un diverso intendimento non risulti dal trattato o non sia stato altrimenti accertato, un trattato vincola ciascuna delle parti per tutto l'insieme del suo territorio».

⁴² Punto 95 della sentenza della Corte di giustizia.

⁴³ La competenza degli Stati a concludere accordi relativi a territori occupati è stato oggetto di almeno un precedente. Trattasi del caso della Namibia, oggetto del parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 21 giugno 1971, consultabile su http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5594.pdf, relativo alle Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Sfrica in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). In questo parere la Corte, sottolineando l'illegittimità della presenza sudafricana nel territorio della Namibia, ha sancito l'invalidità degli atti compiuti dal Sudafrica relativi a questo territorio.

⁴⁴ Sugli effetti dei trattati rispetto a Stati terzi v. p. E. Jimenez De Arechaga, Treaty Stipulations in Favour of Third States, in American Journal of International Law, 1956, p. 338 ss.; P.-F. Smets, Les effets des traités internationaux à l'égard des Etats tiers, Parigi, 1966; F. Cahier, Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 143, 1974, p. 589 ss.; C. Rozakis, Treaties and Third States: a Study in the Reinforcement of the Consensual Standards in International Law, in Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht, 1975, p. 1 ss.; M. Fitzmaurice,

un «soggetto terzo», ovvero la popolazione locale, che gode, in forza del diritto internazionale generale, del diritto all'autodeterminazione ⁴⁵.

Al termine di tutte le illustrate considerazioni la Corte è giunta dunque ad affermare che il Tribunale nella propria sentenza ha commesso vari errori di diritto, segnatamente nel ritenere che nell'ambito di applicazione dell'Accordo di liberalizzazione tra Unione europea e Marocco fosse incluso anche il Sahara occidentale ⁴⁶.

Di conseguenza la Corte di giustizia ha annullato la sentenza del Tribunale, in quanto esso ha erroneamente dichiarato che l'Accordo di liberalizzazione dovesse essere applicato al territorio del Sahara occidentale, considerando tale assunto quale premessa di ogni valutazione sulla legittimazione ad agire del Fronte Polisario.

Dalla mancata applicabilità dell'Accordo al Sahara occidentale, stabilita ed argomentata dalla Corte di giustizia, è discesa la carenza di legittimazione ad agire del Fronte Polisario, in quanto, non applicandosi l'Accordo al territorio oggetto del ricorso, esso non possiede interesse ad ottenere l'annullamento della Decisione del Consiglio che ne ha approvato la conclusione.

5. Qualche rilievo sul principio di autodeterminazione dei popoli nell'ambito del diritto internazionale pattizio

Tra gli aspetti salienti della vicenda giudiziaria del Fronte Polisario figura senza dubbio la rilevanza assunta dal principio di autodeterminazione dei popoli in relazione all'efficacia degli accordi conclusi dall'Unione con il Marocco⁴⁷.

Third Parties and the Law of Treaties, in Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2002, p. 37 ss.

⁴⁵ Tale affermazione della Corte di giustizia, contenuta al punto 106 della sentenza, trova piena corrispondenza con quanto espresso dall'Avvocato generale Wathelet al punto 105 delle proprie conclusioni del 13 settembre 2016.

⁴⁶ Al punto 116 della sentenza è racchiuso il nucleo del convincimento della Corte, secondo la quale il Tribunale ha erroneamente dichiarato (al punto l03 della sentenza impugnata) che «l'accordo di liberalizzazione doveva essere interpretato nel senso che esso si applicava al territorio del Sahara occidentale, e più specificamente alla parte di tale territorio controllato dal Regno del Marocco, poiché una siffatta interpretazione non può essere giustificata né dal testo dell'accordo di associazione, né da quello dell'accordo di liberalizzazione, né, infine, dalle circostanze che hanno caratterizzato la conclusione di tali due accordi».

⁴⁷ A ben vedere il principio di autodeterminazione dei popoli è stato invocato anche

La sentenza della Corte di Giustizia testimonia la centralità che ancora caratterizza il principio di autodeterminazione dei popoli nello scenario internazionale, attraverso la connotazione dello stesso come principio dal quale sorgono obblighi *erga omnes*⁴⁸.

Tali obblighi sono stati definiti per la prima volta nella decisione della Corte internazionale di giustizia del 1970, relativa al caso *Barcelona Traction*, come obblighi per i quali «in view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection» ⁴⁹.

nell'ambito della questione del Nagorno Karabakh relativa al rapporto conflittuale tra l'Azerbaigian e la maggioranza etnica armena del Nagorno Karabakh, sostenuta dall'Armenia. Sul conflitto v. S. FORLATI, The ECHR and the Nagorno-Karabakh Conflict - Applications Concerning "Historical Situations" and the Difficult Quest for Legal Certainty, in Diritti umani e diritto internazionale, 2012, p. 402 ss.; N. Ronzitti, Conflitto del Nagorno-Karabakh e il diritto internazionale, Torino, 2014.

⁴⁸ La valenza *erga omnes* del principio di autodeterminazione dei popoli è stata rimarcata dalla Corte internazionale di giustizia con la sentenza del 30 giugno 1995 relativa al caso del Timor Est (Portogallo c. Australia). In particolare, al punto 29 della sentenza si legge che «in the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an erga omnes character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court; it is one of the essential principles of contemporary international law». In senso conforme si veda il parere consultivo del 9 luglio 2004 della Corte internazionale di giustizia, par. 156, relativo alle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati (consultabile su http://www. icj-cij.org/docket/files/131/1670.pdf). Sull'autodeterminazione come fonte di obblighi erga omnes v. anche A. Sinagra, P. Bargiacchi, Lezioni di diritto internazionale, cit., p. 162. Sugli obblighi erga omnes nel diritto internazionale v. P. PICONE, Comunità internazionale e obblighi «erga omnes», Napoli, 2013; ID., Gli obblighi «erga omnes», tra passato e futuro, in Rivista di diritto internazionale, 2015, p. 1081 ss.; ID., Le reazioni collettive ad un illecito «erga omnes» in assenza di uno Stato individualmente leso, in Rivista di diritto internazionale, 2013, p. 5 ss.; ID., Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi «erga omnes», in Rivista di diritto internazionale, 2012, p. 957 ss.; ID., Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati, in Rivista di diritto internazionale, 2005, p. 893 ss.; Id., Le Nazioni Unite nel nuovo scenario internazionale. Nazioni Unite ed obblighi «erga omnes», in La Comunità Internazionale, 1993, p. 709 ss.; V. STARACE, La responsabilité résultant de la création des obligations à l'égard de la Communauté Internationale, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 153, 1976, p. 271 ss.; B. Simma, From Bilateralism to Community Interests in International Law, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 250, 1994, p. 229 ss.; T. GAZZINI, Il contributo della Corte Internazionale di Giustizia al rispetto degli obblighi erga omnes in materia di diritti umani, in La Comunità Internazionale, 2000, p. 19 ss.; S. Forlati, Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi erga omnes, in Rivista di diritto internazionale, 2001, p. 69 ss.; G. GAJA, Les obligations et les droits erga omnes en droit international, in Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 71, 2005, p.117 ss.

⁴⁹ Corte internazionale di giustizia, sent. 5 febbraio 1970, Barcelona Traction, Light and

Gli obblighi *erga omnes* si instaurano dunque non soltanto nei confronti di uno o più Stati determinati, ma anche dell'intera Comunità internazionale. Ogni Stato ha dunque titolo per agire in nome e per conto dell'intera Comunità.

A ciò si aggiunga che secondo la maggior parte della dottrina il principio di autodeterminazione dei popoli è entrato a far parte, quale regola di *jus cogens*⁵⁰, del nucleo di valori irrinunciabili ed inderogabili della Comunità internazionale⁵¹.

Power Company (Belgio c. Spagna), par. 33. Il testo della sentenza è consultabile su http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5386.pdf

⁵⁰ Sulla distinzione tra jus cogens e obblighi erga omnes v. E. CANNIZZARO, Diritto internazionale, Torino, 2016, pp. 251-254; C. TOMUSCHAT, J.-M. THOUVENIN (eds), The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes, Leiden-Boston, 2006; P. PICONE, La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes, in Rivista di diritto internazionale, 2008, p. 5 ss.. Quest'ultimo, in particolare, sottolineandone il carattere ugualmente inderogabile, ha evidenziato come l'assimilazione delle norme che prevedono obblighi erga omnes con le norme di jus cogens sia frutto di una insufficiente considerazione delle loro differenze. Segnatamente, lo stesso ha rilevato (ivi, p. 17) come le norme che impongono obblighi erga omnes, al contrario della maggior parte delle norme di jus cogens, non abbiano unicamente la funzione di proteggere valori assoluti e supremi della Comunità internazionale, ma consentano di tutelare, attraverso azioni collettive degli Stati, altri valori che rischierebbero di essere lesi. Sul punto v. A. Sinagra, P. BARGIACCHI, Lezioni di diritto internazionale, cit., p. 166, in cui si sottolinea che le differenze di strumenti normativi di garanzia tra gli obblighi erga omnes e le norme di jus cogens, ricollegando, da un lato, il carattere inderogabile alle norme imperative e, dall'altro, l'esigibilità collettiva da parte di tutti gli Stati per gli obblighi erga omnes. Ciò non toglie, tuttavia, che le norme imperative producano spesso obblighi collettivi e le norme produttive di obblighi collettivi siano anche inderogabili. In senso conforme v. anche T. BALLARINO, Diritto internazionale pubblico, cit., pp. 68-69.

In tal senso v. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2015, p. 187, I. Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, 2008, p. 511; A. CASSESE, Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal, Cambridge, 1995, p. 140, R. LUZZATTO, Il diritto internazionale generale e le sue fonti, in S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santamaria (a cura di), Istituzioni di diritto internazionale, cit., p. 82, A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, Lezioni di diritto internazionale, cit., p. 158, E. CANNIZZARO, Diritto internazionale, cit., pp. 250-251, nonché, con specifico riguardo per il caso di specie A. Annoni, C'è un giudice per il Sahara occidentale?, cit., p. 875. In generale sullo jus cogens v. G. Morelli, A proposito di norme internazionali cogenti, in Rivista di diritto internazionale, 1968, p. 108 ss.; A. Verdross, Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, in American Journal of International Law, 1966, p. 55 ss.; M. Virally, Réflexions sur le "jus cogens", in Annuaire Français de droit international, vol. 12, 1966, p. 5 ss.; A. Gomez Robledo, Le jus cogens international: sa genése, sa nature, ses fonctions, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, v. 172, 1981, p. 9 ss.; L. HANNIKAINEN, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, Helsinki, 1988; R. Kolb, Théorie du ius cogens international, Parigi, 2001; A. Orakhelashvili, Peremptory Norms in International Law, Oxford, 2006; C. Focarelli, Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal

Le norme di *jus cogens*, in quanto poste a protezione di valori particolarmente importanti per la Comunità internazionale assumono carattere imperativo ⁵², che si traduce nell'inderogabilità attraverso altre fonti del diritto internazionale ⁵³.

In proposito va sottolineato che lo *jus cogens* assume rilevanza nel diritto internazionale anche in riferimento all'efficacia dei trattati ³⁴. Infatti, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede, all'art. 53, la nullità di qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, si ponga in contrasto con una «norma imperativa di diritto internazionale generale» ⁵⁵. Con

of Jus Cogens' Legal Effects, in Nordic Journal of International Law, 2008, p. 429 ss; Id., I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente, in Rivista di diritto internazionale, 2007, p. 637 ss.; Id., Jus Cogens senza prassi?, in L. Panella, E. Spatafora (a cura di), Studi in onore di Claudio Zanghi, vol. 1, Torino, 2011, p. 251 ss.

⁵² Per identificare la posizione sovraordinata dello *jus cogens* E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., pp. 245-246 parla di «diritto 'superiore' rispetto alla sfera normativa 'ordinaria'», sottolineando come la sfera di valori ad esso sottesa, al contrario delle norme consuetudinarie «ordinarie», costituisca un limite alla capacità contrattuale degli Stati.

⁵³ La Corte di Cassazione nella nota sentenza *Ferrini* (Cass. civ., S.U., sent. 11 marzo 2004, n. 5044), affermando che la deportazione e il lavoro forzato costituiscono dei crimini di guerra contrari alla libertà e la dignità della persona umana, ha riconosciuto espressamente la nozione di *jus cogens*, riconducendovi quei valori fondamentali posti ai vertici della gerarchia delle norme di diritto internazionale. In tal modo è stato escluso che eventuali violazioni di tali valori possano essere coperte dall'immunità dalla giurisdizione di cui beneficiano gli Stati.

⁵⁴ Per tutti v. G. GAJA, Jus Cogens beyond the Vienna Convention, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 172, 1981, p. 271 ss; N. RONZITTI, Trattati contrari a norme imperative del diritto internazionale?, in Aa.Vv., Studi in onore di Giuseppe Sperduti, Milano, 1984, p. 216 ss.

⁵⁵ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, art. 53: «È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della presente convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere». Allo stesso modo, anche l'art. 64 della Convenzione attribuisce una particolare rilevanza allo jus cogens, disponendo che «qualora sopravvenga una nuova norma imperativa di diritto internazionale generale, qualsiasi trattato esistente che contrasti tale norma diventa nullo ed ha termine». Le conseguenze della nullità del trattato sono disciplinate dall'art. 71, il quale prevede, da un lato, che qualora il trattato sia nullo in base all'articolo 53, «le parti sono tenute: a) ad eliminare, per quanto possibile, le conseguenze di ogni atto compiuto in base ad una disposizione che sia in contrasto con la norma imperativa di diritto internazionale generale; e b) a fare in modo tale che le loro relazioni reciproche siano conformi alla norma cogente del diritto internazionale generale». Dall'altro lato, «nel caso di un trattato che diventi nullo ed abbia termine in base all'articolo 64, la cessazione della validità di un trattato: a) libera

quest'ultima espressione si fa riferimento proprio alle norme di *jus cogens*: l'articolo precisa sul punto che con l'espressione «norma imperativa di diritto internazionale generale» si intende «una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere».

Tuttavia, occorre rilevare che la definizione proposta dall'art. 53 non indica dettagliatamente i caratteri di tali regole, ad eccezione della loro natura inderogabile.

Risulta così necessario, al fine di delimitare i confini dello *jus cogens*, fare ricorso all'esame della dottrina e della giurisprudenza, dal quale si ricava la presenza di un incontestato gruppo di norme internazionali al quale è riconosciuto carattere di inderogabilità. Tra queste sono state ricomprese le norme a protezione dei diritti umani, il generale divieto di uso della forza e, appunto, il principio di autodeterminazione dei popoli, anche se non si può evitare di precisare la natura non esaustiva dell'elencazione ⁵⁶.

Più discussa è la natura imperativa della norma di cui all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, in virtù del quale se gli obblighi derivanti da un accordo internazionale concluso da uno Stato contrastano con gli obblighi contenuti nella Carta a prevalere sono questi ultimi, considerati general-

le parti dall'obbligo di continuare a dare esecuzione al trattato; b) non pregiudica alcun diritto, obbligo o situazione giuridica delle parti che si siano venuti a creare a motivo dell'esecuzione del trattato prima della cessazione della sua validità; tuttavia, detti diritti, obblighi o situazioni non possono essere conservati in seguito che nella misura in cui la loro conservazione non sia in contrasto con la nuova norma imperativa di diritto internazionale generale». Per un'analisi generale delle cause di invalidità dei trattati v., per tutti, F. Capotorti, L'extinction et la suspension des traités, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 134, 1971, p. 415 ss.; J. Verhoeven, Invalidity of Treaties: Anything New in/under the Viena Conventions?, in E. Cannizzaro (ed.), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, p. 297 ss; T.O. Elias, Problems concerning the Validity of Treaties, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 134, 1971, p. 134 ss.

⁵⁶ Sul punto cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 187 e D. Carreau, F. Marrella, *Diritto internazionale*, Milano, 2016, pp. 66-67. Del resto, occorre rilevare che elencare in maniera esaustiva le norme appartenenti allo *jus cogens* costituisce un'operazione incompatibile con la relatività della categoria, legata alla mutevolezza della coscienza giuridica e sociale della Comunità internazionale. Sul punto in A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 158 si rileva che «solo l'esame della prassi e della giurisprudenza può dunque consentire l'individuazione concreta e non astratta delle norme imperative vigenti».

mente dalla Comunità internazionale quali principi inderogabili e fondamentali nelle relazioni internazionali ⁵⁷.

Le conseguenze dell'inclusione dell'art. 103 tra i principi di *jus cogens* sono rilevanti in tema di efficacia dei trattati, in quanto, ai sensi del richiamato art. 53 della Convenzione di Vienna, la contrarietà di un trattato con gli obblighi derivanti dalla Carta ne produrrebbe la nullità. Qualora si accedesse alla teoria secondo cui anche l'art. 103 rientra nello *jus cogens*, sussisterebbe un'ulteriore conferma della natura imperativa e dell'inderogabilità convenzionale del principio di autodeterminazione, posto che, come già ricordato, l'art. 1 della Carta delle Nazioni Unite difende espressamente tale principio.

Dunque, sia che lo si ritenga direttamente ricompreso nello *jus cogens*, sia che vi rientri attraverso l'art. 103 della Carta, il principio di autodeterminazione dei popoli risulta comunque idoneo a sostenere l'invalidità degli accordi con esso contrastanti ⁵⁸.

Tuttavia, nel calare all'interno del caso del Sahara occidentale il principio di autodeterminazione e le norme della Convenzione sull'invalidità dei trattati, non può non essere rilevata l'inidoneità dell'Accordo di liberalizzazione ad incidere sull'autodeterminazione quale normativa di *jus cogens*. Infatti, va esclusa l'invalidità dell'Accordo – come sostenuto anche dalla Corte di giustizia che si è limitata a dichiararne la parziale inapplicabilità territo-

⁵⁷ Sulla portata dell'art. 103 della Carta si veda P. De Sena, Sanzioni individuali del Consiglio di Sicurezza, art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi, in F. Salerno (a cura di), Sanzioni «individuali» del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali, Padova, 2010, p. 46 ss., il quale, analizzando i casi Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio, (Tribunale, T-306/01, sent. 21 settembre 2005) e Kadi c. Consiglio e Commissione (Tribunale, T-315/01), ha escluso che la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia ricondotto l'art. 103 ad una norma consuetudinaria di jus cogens, in forza della quale gli obblighi derivanti dalla Carta sarebbero idonei a vincolare anche l'Unione a prescindere dalla sua adesione alla Carta. In ogni caso, con le menzionate sentenze, così come con la sentenza Ayadi c. Consiglio (Tribunale, T-253/02, sent. 12 luglio 2006), anche il Tribunale ha esplicitamente riconosciuto l'esistenza dello jus cogens, quale nucleo di precetti ai quali non è possibile derogare e che si impongono a tutti, compresa l'Unione.

L'assunto è già stato proposto nella menzionata controversia internazionale che visto contrapposti Guinea-Bissau e Senegal, avente ad oggetto la determinazione della frontiera marittima per mezzo di un accordo del 26 aprile 1960 concluso tra Portogallo e Francia, all'epoca Stati amministratori dei due Paesi africani. Nella sentenza del 31 luglio 1989, il Tribunale arbitrale per la determinazione della frontiera marittima: Guinea-Bissau/Senegal, ha escluso l'invalidità dell'accordo, nonostante il processo di autodeterminazione del Senegal fosse in corso, alla luce del riconoscimento in capo agli Stati in fase di decolonizzazione del potere di ripudiare i precedenti accordi.

riale – in quanto non coincide l'oggetto tutelato dalla norma di *jus cogens* (il principio di autodeterminazione dei popoli) con quello dell'Accordo, ovvero la cooperazione economica bilaterale in campo commerciale ⁵⁹. Solo se l'Accordo avesse potuto produrre conseguenze concrete sull'esercizio del diritto all'autodeterminazione si sarebbe potuta palesare l'esigenza di vagliarne la validità alla luce della normativa di diritto cogente ⁶⁰.

La violazione di norme di *jus cogens* pone, d'altro canto, anche la questione della possibile insorgenza di responsabilità internazionale degli Stati⁶¹ e delle organizzazioni internazionali. In particolare, tra i vari obblighi che l'art. 42 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali del 2011 redatto dalla Commissione di diritto internazionale ha ricondotto alla violazione di norme di *jus cogens* rientra anche l'obbligo di non riconoscimento della situazione sorta dalla violazione, il quale pare poter riguardare anche l'obbligo di interpretare gli accordi internazionali in maniera conforme allo *jus cogens*, non riconoscendone l'applicabilità ai territori nei quali sono stanziate popolazioni alle quali spetta il diritto di autodeterminazione ⁶². Su questo aspetto non si può, pertanto, evitare di ritenere condivisibile la decisione della Corte di giustizia

⁵⁹ In questi termini v. A. Caligiuri, *La situazione del Sahara occidentale*, cit., p. 495 e E. Milano, *The New Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Marocco: Fishing Too Far South?*, in *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, 2006, p. 413 ss.

⁶⁰ Sul punto cfr. B. Conforti, Diritto internazionale, cit., p. 186.

⁶¹ Basti qui ricordare come il Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati della Commissione del diritto internazionale del 2001, all'art. 26, affermi che «nessuna disposizione del presente capitolo esclude l'illiceità di ogni atto di uno Stato che non sia conforme ad un obb¹igo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale». Inoltre, gli artt. 40 e 41 del Progetto impongono agli Stati, in caso di gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative, l'obbligo di cooperare per porre fine con mezzi leciti alla violazione, nonché l'obbligo di non riconoscere come legittima la relativa situazione di fatto.

⁶² In tema cfr. E. Rebasti, Oltre la politica di condizionalità: l'azione esterna dell'Unione europea e il rispetto delle norme imperative di diritto internazionale, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali, Padova, 2010, p. 173 ss., S. Koury, L'obligation de non-reconnaissance de la Communauté européenne et de ses États membres au regard de l'accord d'association CE-Maroc: responsabilité étatique et droit international coutumier, in K. Arts, V. Chapaux, P. Pinto Leite (a cura di), Le droit international et la question du Sahara occidental, Leiden, 2009, p. 165 ss.; M. Dawidowicz, Trading Fish or Human Rights in Western Sahara? Self-Determination, Non-Recognition and the EC-Morocco Fisheries Agreement, in D. French (ed.), Statehood, Self-Determination and Minorities: Reconciling Tradition and Modernity in International Law, Cambridge, 2013, p. 250 ss.

nell'escludere il Sahara occidentale e le popolazioni Saharawi dal campo di applicazione dell'Accordo.

6. Conclusioni: un'occasione colta o un'opportunità persa?

È chiaro che numerosi sono i temi, reciprocamente legati, coinvolti nel caso del Sahara occidentale e del Fronte Polisario ⁶³.

Innanzitutto è stata posta la questione del riconoscimento della soggettività internazionale e del diritto di accesso alla giustizia di un movimento di liberazione nazionale, affrontata in via preliminare dal Tribunale, che non ha poi trovato spazio nella decisione della Corte di giustizia, alla luce dell'acclarata inapplicabilità dell'Accordo al Sahara occidentale.

In secondo luogo, ad essere emersa, limitatamente al giudizio dinanzi al Tribunale, è la necessità di verificare l'impatto che gli accordi internazionali commerciali possono avere sulla protezione dei diritti fondamentali e sullo sfruttamento delle risorse naturali.

Da ultimo, nella pronuncia della Corte di giustizia, si è dato atto della necessità di tenere in considerazione, al fine di determinare l'ambito di applicazione territoriale di un accordo internazionale, l'intero complesso delle regole di diritto internazionale applicabili, come richiesto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Tra queste rientra anche il principio di autodeterminazione dei popoli, sicuramente riconosciuto alle popolazioni stanziate nel Sahara occidentale, in virtù dello *status* «non autonomo» del territorio. La conseguente inapplicabilità dell'accordo di liberalizzazione UE-Marocco al territorio del Sahara occidentale, con la correlata carenza di interesse ad agire del Fronte Polisario, è stata vista come una contestuale sconfitta giuridica-vittoria politica del Fronte Polisario ⁶⁴.

⁶³ Peraltro, occorre sottolineare che i temi affrontati riguardano anche un altro ricorso proposto dal Fronte Polisario il 14 marzo 2014, causa T-180/14, concernente l'annullamento della Decisione del Consiglio 2013/785/UE del 16 dicembre 2013, relativa alla conclusione del protocollo tra Unione europea e Regno del Marocco, che fissa le possibilità di pesca e la contropartita finanziaria previste dall'accordo di partenariato nel settore della pesca. In argomento v. E. Milano, Il nuovo Protocollo di pesca tra Unione europea e Marocco e i diritti del popolo sahrawi sulle risorse naturali, in Diritti umani e diritto internazionale, 2014, p. 505 ss., nonché Id., The 2013 Fisheries Protocol between the EU and Morocco: Fishing 'too South' Continues..., in M. Balboni, G. Laschi (a cura di), The European Union Approach Towards Western Sahara, cit., p. 151 ss.

⁶⁴ Così P. Mori, La Corte di giustizia annulla la sentenza T-512/12, Fronte Polisario c.

Nonostante i precisi riferimenti al diritto internazionale particolare e generale⁶⁵, che non possono che deporre a favore della condivisibilità delle conclusioni alle quali è pervenuta la Corte di giustizia, non si può evitare di osservare come la Corte abbia distolto l'attenzione dalla questione della tutela dei diritti fondamentali nella conclusione di accordi commerciali (posta, invece, al centro della pronuncia del Tribunale).

In particolare, non si deve dimenticare quanto evidenziato dal Tribunale, che sembrava aver aperto la strada alla necessità di valutare preventivamente l'incidenza di qualunque genere di accordo concluso dall'Unione sul rispetto dei diritti fondamentali protetti dalla Carta di Nizza⁶⁶.

In tal modo è rimasto ancora una volta parzialmente irrisolto il problema del rapporto tra accordi commerciali e diritti umani. Resta, infatti, da vedere se i diritti umani possano incidere sull'applicazione degli accordi commerciali e se il commercio internazionale sia in grado di violare le norme sulla tutela internazionale dei diritti fondamentali.

Infatti, nonostante i territori qualificati come «non autonomi» dopo i vari processi di decolonizzazione costituiscano casi ormai isolati nel panorama internazionale, la questione della preventiva considerazione del rispetto dei diritti fondamentali nella conclusione di accordi internazionali si configura come una problematica concernente tutti gli accordi internazionali ⁶⁷.

Consiglio: l'accordo tra l'Unione e il Regno del Marocco relativo a misure di liberalizzazione in materia di agricoltura e di pesca non si applica al territorio del Sahara occidentale, in Il Diritto dell'Unione europea - Osservatorio europeo (www.dirittounioneeuropea.eu), gennaio 2017, p. 11.

⁶⁵ Sul rapporto tra diritto dell'Unione e diritto internazionale generale e sull'incidenza di quest'ultimo nel sistema delle fonti v., per tutti, A. GIANELLI, *Unione Europea e diritto internazionale consuetudinario*. Torino, 2004.

⁶⁶ In tal senso A. Caligiuri, La situazione del Sahara occidentale, cit., pp. 497-498.

⁶⁷ In proposito, sembra utile ricordare che l'Unione, in quanto soggetto di diritto internazionale, è tenuta a sottostare alle norme di diritto internazionale generale, secondo quanto previsto dall'art. 3, par. 5 TUE, che richiama, tra l'altro, anche il «rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite». La competenza dell'Unione, come chiarito anche in sede giurisprudenziale (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, C-162/96, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, sent. 16 giugno 1998; C-364/10, *Ungheria c. Slovacchia*, sent. 16 ottobre 2012) devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale in quanto parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Le norme di diritto internazionale generale devono dunque essere utilizzate sia nell'interpretazione del diritto dell'Unione (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, C-41/74, *Van Duyn c. Home Office (Ministero dell'Interno)*, sent. 4 dicembre 1974; C-286/90, *Poulsen*, sent. 24 novembre 1992; C-347/10, *Salemink c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*, sent. 7 gennaio 2012: ad esempio, in quest'ultimo caso è stato sancito che nell'applicazione territoriale del diritto

In proposito, è noto che agli accordi internazionali, benché prevalenti sugli atti di diritto derivato ⁶⁸, è attribuito rango subordinato rispetto al diritto primario, sia con riferimento ai Trattati ⁶⁹, che ai principi generali, compresa la protezione dei diritti fondamentali ⁷⁰.

D'altra parte, anche il Mediatore europeo ha recentemente richiamato la Commissione⁷¹ sulla necessità di valutare preliminarmente l'impatto sui

dell'Unione occorre tenere conto del diritto internazionale marittimo), sia quale parametro di legittimità degli atti delle istituzioni.

Basti in questa sede ricordare il dettato dell'art. 216, par. 2, TFUE, il quale prevede che «gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri».
 Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, C-122/95, Germania c. Consiglio, sent. 10 marzo 1998.

⁷⁰ Il tema è stato approfonditamente trattato nella nota sentenza della Corte di giustizia, C-402/05 P e C-415/05 P, Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione sent. 3 settembre 2008, emessa sulla base dei ricorsi presentati, lamentando la violazione di vari diritti fondamentali, contro un regolamento del Consiglio, con il quale era stato disposto il blocco dei beni di alcuni sospetti terroristi, in applicazione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. La Corte ha stabilito che «gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso» (punto 285). La stessa ha inoltre precisato che, sebbene l'art. 216, par. 2, TFUE, preveda la supremazia degli accordi internazionali sul diritto derivato, tale prevalenza non può giungere fino alla violazione dei principi generali e alla compressione dei diritti fondamentali (punti 307-308). Sulla vicenda la dottrina si è espressa diffusamente: v., ex multis, M. PORCELLUZZI, La tutela dei diritti fondamentali nella lotta al terrorismo internazionale: il caso Kadi, in Diritto del commercio internazionale, 2014, p. 256 ss.; M. MARCHEGIANI, Il principio di protezione equivalente nel caso "Kadi", in Il Diritto dell'Unione Europea, 2014, p. 169 ss.; A. GIANELLI, Exit Kadi, in Rivista di diritto internazionale, 2013, p. 1244 ss.; V. Sciarabba, L'ultimo importante capitolo della "vicenda Kadi": dalla Corte conferme e precisazioni in tema di controllo sulle misure antiterrorismo e tutela dei diritti fondamentali, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2013, p. 1310 ss.; L. Gradoni, Raccontare "Kadi" dopo "Kadi II": perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo, in Diritti umani e diritto internazionale, 2013, p. 587 ss.; P. Pirrone, Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia relativa ai casi Kadi e Al Barakaat, in Diritti umani e diritto internazionale, 2009, p. 55; F. Salerno, Quale "comunità di diritto" per il signor Kadi?, in Rivista di diritto internazionale, 2009, p. 110 ss.; G.F. FERRARI, Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2009, p. 187 ss.; E. CANNIZZARO, Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi, in Rivista di diritto internazionale, 2008, p. 1075; M.E. Bartoloni, L'ambito di applicazione ratione personae degli articoli 301 e 60 TCE nelle recenti sentenze Yusuf e Kadi, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2006, p. 317 ss. 71 Decisione del Mediatore europeo del 18 gennaio 2017 nei casi riuniti 506-509-674-

diritti umani dell'Accordo UE-Turchia del 18 marzo 2016 relativo al piano di gestione dell'arrivo dei migranti⁷². Il mediatore ha segnatamente rilevato che, pur essendo gli impegni con la Turchia di natura politica, essi devono comunque essere valutati secondo quegli stessi principi a cui si devono ispirare tutte le iniziative delle istituzioni dell'Unione, ivi compreso il rispetto dei diritti fondamentali.

Tutto ciò fa pensare che forse si è persa una buona occasione per eliminare, qualora ce ne fossero, tutti i dubbi relativi al fondamentale rapporto tra accordi internazionali e diritti fondamentali.

784-927-1381/2016/MHZ, emessa a seguito delle denunce presentate da alcune ONG spagnole e alcuni privati cittadini. Il testo è consultabile su https://www.ombudsman.europa.eu/it/cases/decision.faces/en/75160/html.bookmark.

⁷² Il termine «accordo» in questo caso deve essere inteso in senso improprio. Il riferimento è infatti alla Dichiarazione dei membri del Consiglio europeo del 18 marzo 2016 (disponibile su http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18-euturkey-statement). Il documento è stato peraltro oggetto di tre ricorsi d'annullamento per il mancato rispetto dei diritti fondamentali, sui quali si è espresso il Tribunale il 28 febbraio 2017 con alcune ordinanze, a mezzo delle quali lo stesso si è dichiarato incompetente in quanto la Dichiarazione non è stata adottata da una delle istituzioni dell'Unione europea, ma personalmente dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri (cfr. Tribunale, cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16, NF, NG e NM c. Consiglio europeo, ord. 28 febbraio 2017).

INDICE GENERALE – anno LXXXIII 2016 Nuova Serie A n. 67, 3-4

Azzaro Andrea Maria, Appunti sulla nozione giuridica di "crisi" d'impresa come stato di non insolvenza (irreversibile),	II, 181-202
BICCARI MARIA LUISA, Sul titolo De iniuriis del Codice Giustinianeo: le costituzioni di Diocleziano e il diritto classico,	II, 203-239
Fabbri Alberto, Pretelli Ilaria, The Right to Freedom of Religion in the Italian Experience of Secularism,	II, 241-277
Giomaro Anna Maria, La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustinianee,	I, 5-75
Lazzari Chiara, Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro,	I, 77-101
Marra Gabriele, «Diritto penale moderno» v. «Diritto penale ultra- liberale». Note su immagini francofortesi nella gius-penalistica spa- gnola,	II, 279-334
Monaco Lucio, Prolegomena alla riforma del diritto penale dell'informatica nell'ordinamento giuridico della Repubblica di San Marino,	II, 335-364
Morelli Mario Rosario, La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e dovere di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali,	I, 103-126
Morello Maria, Humanitas e diritto: la condizione giuridica della donna nella famiglia dell'età pre-moderna,	II, 365-396
Parlato Vittorio, Pietro Leopoldo: un principe riformatore,	II, 397-416
Parlato Vittorio, Postulati teologici, diversità di interpretazioni e di norme nella chiesa d'Occidente e in quella d'Oriente, nel corso dei secoli,	I, 127-160
Pascucci Paolo, I tirocini negli Uffici Giudiziari di cui all'art. 73 del d.l. n. 69/2013. Il progetto marchigiano e il ruolo delle Università,	I, 161-172
Rossi Edoardo Alberto, <i>L'autodeterminazione dei popoli tra</i> jus cogens <i>ed efficacia dei trattati in un recente accordo dell'Unione europea</i> ,	II, 417-445